

Юридический факультет Белорусского государственного университета

Юридический факультет

Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого

Саратовская государственная академия права

Уральская государственная юридическая академия

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ

Выпуск 3

2010



Юрычны
факультэт БДУ

МИНСК 2010

Учредители и издатель не несут ответственности за ущерб, который может последовать в результате использования, неиспользования или ненадлежащего использования информации, содержащейся в настоящем издании.

Полное или частичное воспроизведение в печатной или электронной форме материалов, содержащихся в данном издании, допускается только с письменного разрешения издателя.

Издатель настоящего выпуска журнала: юридический факультет Белорусского государственного университета, Республика Беларусь, 220030, г. Минск, ул. Ленинградская, 8; тел.: (375 17) 2095230; факс: (375 17) 2095230

В редколлегию настоящего выпуска журнала вошли:

декан юридического факультета
Белорусского государственного университета
С.А. Балашенко

заместитель декана по учебно-методической работе
юридического факультета Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова
Д.Я. Малешин

первый проректор по научной работе Московской государственной
юридической академии им. О.Е. Кутафина
И.М. Мацкевич

проректор по учебно-методической работе Национальной
юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого
В.В. Комаров

проректор по научной работе Саратовской государственной
академии права
О.Ю. Рыбаков

проректор по научной работе Уральской государственной
юридической академии
Н.Н. Тарасов

заместитель декана по научной работе юридического факультета
Белорусского государственного университета
Г.А. Шумак

СОДЕРЖАНИЕ

О 3-м выпуске журнала. Вступительное слово С.А. Балашенко

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Довнар Т.И. Зарождение и развитие науки истории государства и права
Беларуси 7

Погребняк С.П. Верховенство права: сущность, уровни, требования 29

Калинин С.А. О взаимодействии права и религии на современном этапе:
ценностный аспект 40

**НАЛОГОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВЫЕ ПРОЦЕДУРЫ.
ГОСУДАРСТВЕННАЯ СЛУЖБА**

Кучерявенко Н.П. Правовая природа налоговых процедур 53

Смирнов Д.А. Социальные, культурные и психологические факторы
формирования и детерминации принципов налогового права России 63

Чуприс О.И. Догматические и легальные подходы к определению
сущностных признаков государственной службы 81

ГРАЖДАНСКИЙ И ХОЗЯЙСТВЕННЫЙ ПРОЦЕСС

Каменков В.С. История и понятие посредничества в хозяйственном
судопроизводстве Беларуси 96

Малешин Д.Я. Российская модель группового иска 106

Тарасов И.Н. О некоторых процессуальных особенностях споров в сфере
электроэнергетики 126

Щекин Д.М. Использование решений иностранных судов при разрешении
налоговых споров в Российской Федерации 140

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

Василевич Г.А. Противодействие экстремизму – залог стабильного развития
Республики Беларусь 153

Богущ Г.И. Российская наука международного уголовного права:
достижения и проблемы 162

Сташис В.В. Актуальные вопросы системы наказаний по Уголовному
кодексу Украины 2001 года 174

<i>Головко Л.В.</i> Новый УПК Туркменистана: попытка нормативистского анализа	184
<i>Шепитько В.Ю.</i> Реформирование органов досудебного следствия и тенденции криминалистики	201
АГРАРНОЕ И ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО	
<i>Жушман В.П.</i> Предмет аграрного права	209
<i>Чмыхало Е.Ю.</i> Коллизии норм земельного права и проблемы совершенствования земельного законодательства	215
МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА	
<i>Кашкин С.Ю.</i> Конституционализация европейского права в свете Лиссабонского договора	227
<i>Командирова Т.Г.</i> Международные избирательные стандарты и их значение для формирования и развития избирательного законодательства Российской Федерации	241
<i>Четвериков А.О.</i> Формирование общего пространства научных исследований в ЕС и СНГ: правовые и институциональные аспекты	247
ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ	
<i>Ершова И.В.</i> Российское предпринимательское право и методика его преподавания в Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина	265
<i>Кабышев С.В.</i> Юридическое образование в Канаде	281
<i>Семернёва Е.С.</i> Рост профессионального уровня мировой юстиции через повышение квалификации судей (региональный опыт и проблемы)	290
<i>Веренчиков И.Р.</i> Юридический колледж Белорусского государственного университета как элемент системы непрерывного юридического образования в Республике Беларусь	296
Условия опубликования и требования к материалам	299

О 3-м ВЫПУСКЕ ЖУРНАЛА (ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО)

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ!

Вам представляется 3-й выпуск журнала «Юридическая наука и образование», который начал издаваться Содружеством шести ведущих учебных заведений в области правоведения в России и на постсоветском пространстве. Первый выпуск журнала подготовлен и осуществлен в 2008 г. Московской государственной академией им. О.Е. Кутафина, второй – в 2009 г. – Национальной юридической академией Украины им. Ярослава Мудрого.

Настоящий выпуск подготовлен и издается участником Содружества ведущих высших учебных заведений России, Украины и Беларуси – юридическим факультетом Белорусского государственного университета.

Продолжая традиции предыдущих изданий, 3-й выпуск журнала включает статьи по различным направлениям научных исследований в области права и юридического образования. Читателям предоставляется возможность в сравнительном плане познакомиться с состоянием и перспективами развития научных школ по истории и теории государства и права, гражданскому и хозяйственному процессу, налоговому, аграрному, земельному праву, правовому и методическому обеспечению борьбы с преступностью, международному и европейскому праву. Интерес представляют также статьи, посвященные проблемам образования в вузах Содружества и стран дальнего зарубежья.

*Доктор юридических наук, профессор,
декан юридического факультета
Белорусского государственного университета
С.А. Балащенко*

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

*Т.И. Довнар**

ЗАРОЖДЕНИЕ И РАЗВИТИЕ НАУКИ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА БЕЛАРУСИ

Историко-правовая наука Беларуси неразрывно связана с историей самой белорусской государственности и проблемами ее исторической эволюции. Основываясь на глубоких исторических корнях, она также прошла определенные этапы развития, каждому из которых были свойственны характерные черты и особенности, достижения и недостатки.

Истоки историко-правовой науки Беларуси находятся в далекой древности, когда с возникновением Полоцкого, Турово-Пинского, Новогрудского, Берестейского и других древних белорусских государств появилась и группа людей – хранителей исторических событий и знатоков народных обычаев. Различные сведения из жизни народа, значительные исторические факты и события передавались из поколения в поколения, записывались летописцами.

Первые известия о государственности на территории Беларуси, ее внутренних и внешних проблемах мы находим в летописях, содержащих не только описание исторических событий, но и критическое отношение авторов к тем или иным общественным явлениям, а также определенные предложения по их совершенствованию. Например, Хроника Литовская и Жамойтская содержит различные сведения о Полоцком княжестве, причем летописец, сравнивая его с другими государствами, говорит «о полоцкой свободности или Венеции» и отмечает, что определенное время власть в Полоцке принадлежала 30 «мужам» или «старцам», «которые в той час волно себе пановали и жадной зверхности над собою не мели»¹. В свое время А.Е. Пресняков отмечал, что Полоцкое княжество «жило своей отдельной жизнью с первого своего появления на исторической арене»². С X в. Полоцкое княжество существовало уже как известное во всей Европе государство. Появляется и круг лиц, которые непосредственно занимаются не только практическими, но и теоретическими вопросами должного функционирования государственности. Так, в XII в. важную роль в развитии Полоцкого княжества путем укрепления в

* © Довнар Т.И., 2010

Доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Белорусского государственного университета.

¹ Хроника Литовская и Жамойтская // Полное Собрание Русских Летописей. Т. 32. М., 1975. С. 20.

² Пресняков А.Е. Лекции по русской истории. М., 1938. Т. 1. С. 197.

нем позиций христианской идеологии сыграла Ефросинья Полоцкая. Соответственно ее мировоззрению при монастырях открываются школы, где изучаются не только основы христианской религии, но и нотная грамота, а также разные науки (медицина, иностранные языки и др.), в том числе и история. Особенностью этих школ было то, что в них придавалось важное значение историческим знаниям, причем изучалась не только история Полоцкой земли и династии князей Рогволодовичей, но и в целом славянская и даже всемирная история, хотя главной целью изучения истории было распространение идеи христианского, мирного сосуществования людей, народов и государств, а также укрепление международного авторитета Полоцкого государства. Летописные сведения утверждают, что Ефросинья Полоцкая имела значительное влияние на общественно-политическую жизнь не только Полоцкого княжества, но и других государств¹.

Отмечая значение белорусских и зарубежных летописей и хроник в развитии науки истории государства и права Беларуси, следует иметь в виду, что их писали люди, имевшие часто не только собственные политические взгляды и пристрастия, но и находящиеся в определенной зависимости от государственной и церковной власти. В целом древняя историография была тесно связана с церковной жизнью и церковной литературой. В период XII–XV вв. историография базировалась в основном на летописном материале и жизнеописаниях святых. В летописаниях особое внимание уделялось значительным историческим событиям, в том числе часто затрагивался один из насущных вопросов того времени – консолидации восточнославянских княжеств с целью противостояния завоевателям. Летописи XII в. свидетельствуют также о научной деятельности ряда белорусских мыслителей («книжников») – Клименте Смолятиче, Кирилле Туровском и др., которые в своих трудах, основываясь на предшествующем историческом материале, затрагивали проблемные вопросы улучшения общественного и государственного устройства. Так, в Никоновском летописе говорится, что Кирилл Туровский был «зело книжен, и учителен и философ велики, и много писанина написав»². Он вошел в историю не только как значительный религиозно-политический деятель, осуждающий политическую раздробленность, междоусобные войны и пропагандирующий политическое и церковное единство Руси, но и как знаменитый мыслитель. Его волновали многие правовые проблемы, в том числе взаимоотношение между светской и церковной властями. Творческое наследие Кирилла Туровского (в большинстве это различные церковные проповеди) включает рассуждения о государстве и праве и их совершенствовании.

С течением времени появляются специальные научные исследования по проблемным вопросам развития государства и права, которые базировались

¹ Палітычныя мысліцелі і гуманісты Беларусі / Г.С. Авакян, М.В. Кузняцоў, М.П. Сінькевіч. Мінск, 2002. С. 15.

² Полное собрание русских летописей. Т. ХМ. М., 1965. С. 500.

на изучении предшествующего исторического опыта. Особенно это стало характерным для периода Великого княжества Литовского, политико-экономическим центром которого стали белорусские земли. Новые социально-политические и экономические реалии поставили на повестку дня ряд важных практических и теоретических вопросов, что также нашло отражение в летописях и политико-правовой мысли. Ученые обращают внимание на то, что в XV–XVI вв. завершается процесс формирования белорусской народности, в государственно-политической сфере складывается сословно-представительная монархия с ее специфическими чертами и политическими атрибутами. Летописям данного периода свойственна попытка с новых общегосударственных позиций более системно изложить историю не только древних белорусских княжеств, но и Великого княжества Литовского. В этот период возникает и реализуется потребность в глубоком теоретическом осмыслении предшествующего государственного и общественного развития. Наиболее ярко такая тенденция проявилась в XVI в., который некоторые ученые считают периодом расцвета, золотым веком Беларуси. При этом для первой половины XVI в. наиболее характерными были различные публицистические произведения, чаще всего имеющие определенные идейно-политические цели. Однако в это же время постепенно формируется круг политических деятелей и мыслителей нового уровня (Ф. Скорина, М. Литвин, С. Будный, А. Волан, Николай Радзивил Черный, А. Валович, Л. Сапега и др.), которые не только разрабатывают теоретические правовые вопросы, но и на основе изучения исторического опыта и обобщения достижений европейской цивилизации вносят практические предложения по совершенствованию сложившихся общественных отношений.

Особое место среди них занимает знаменитый белорус из Полоцка Франциск Скорина, который не только положил начало книгопечатанию, но явился одним из первых ученых в области отечественной юриспруденции, значительно повлиявшим на последующую разработку и актуализацию проблемных вопросов государства и права. В качестве основы политико-правовых взглядов Ф. Скорины выступала гуманистически интерпретируемая христианская мораль. Он рассуждал о многих правовых вопросах, в том числе о суверенитете государства, роли права, которое, по его мнению (также как и отдельные законы), должно соответствовать обычаям определенной земли, быть справедливым, полезным народу и иметь главной целью – достижение всеобщего добра. Он обращал внимание на то, что закон прежде всего должен быть «почтливый, справедливый, можный, потребный, пожиточный подле приращения, подлуг обычаев земли, часу и месту пригожий, явный, не имея к себе закритости, не к пожитку единого человека, а к посполитому доброму написанный»¹. Ф. Скорина является по существу первым мыслителем Беларуси, который поднял вопрос о соотношении права и закона, хотя под

¹ Франциск Скарына і яго час: Энцыкл. давед. Мінск: БелСЭ, 1988. С. 337.

понятием права у него выступала система раннехристианских нравственных норм, образующих его идеал – «прирожденное право». Именно на основе этих норм, по его мнению, должна строиться система норм писаного права, т.е. действующее законодательство. Предложенная им система права, деление его на посполитое, международное, государственное, уголовное, военное, городское, морское, торговое содействовала развитию правовой культуры феодального общества и, как полагают ученые, была использована при подготовке Статута Великого княжества Литовского 1529 г.¹ Кроме того, в научной литературе высказано весьма обоснованное предположение, что Скорина, имеющий степень доктора медицины и доктора свободных наук, непосредственно принимал участие в разработке проекта Статута 1529 г. Его творческое наследие, для которого было характерным уважение к светским наукам, книжному делу, духовным достижениям прежних времен и отечественной истории, послужило ярким примером для последующих мыслителей.

Активизация научной мысли в XVI в. непосредственно была связана с практическими потребностями законодательства. Многие мыслители вносили практические предложения по совершенствованию законодательства, тем более, что накопленный к началу XVI в. значительный массив нормативно-правового материала требовал его упорядочения. Именно результатом совместных усилий ученых и государственных деятелей Великого княжества Литовского стало осуществление на протяжении XVI в. общей систематизации законодательства и создание на белорусском языке знаменитых сводов законов – Статутов 1529, 1566, 1588 гг., последний из которых был действующим законом (за исключением ряда норм) почти до середины XIX в. Об уровне развития правовой науки в Великом княжестве Литовском свидетельствует и то, что проблема систематизации законодательства стала актуальнейшей темой политических дискуссий уже в начале XVI в. Обсуждение первого проекта Статута на сейме дает основание считать, что в составлении его с самого начала принимала участие не только вся рада, но и сейм, который «начал принимать участие в законодательстве гораздо ранее, чем формальным образом было признано его право на это участие»².

В связи с этим следует отметить, что в белорусской историко-правовой науке тема истории отечественного парламентаризма – одна из менее разработанных. Касаясь этой проблемы, необходимо сказать, что мы разделяем позиции тех ученых, которые считают, что при исследовании истории парламентаризма нельзя рассматривать его только в функционально-институциональном аспекте как особую систему организации государственной власти, которая структурно и функционально основана на принципах разделения властей, верховенства закона при ведущей роли парламента, а следует гово-

¹ Шалькевич В.Ф. Гісторыя палітычнай і прававой думкі Беларусі: навуч. дапам. Мінск, 1999. С. 67.

² Любавский М.К. Литовско-русский сейм. М., 1901. С. 227.

речь о парламентаризме как научной концепции, особой теоретико-идеологической установке, которая ориентировала государство и общество на формирование системы государственного устройства с действующим органом народного представительства, созданного в целях принятия наиболее важных решений и имеющим законотворческую функцию¹. Именно в таком аспекте необходимо обратить внимание на исторические документы, которые свидетельствуют, что истоки белорусского парламентаризма, несомненно, находятся в далёкой древности. С древних времен население белорусских государств (Полоцкого, Турово-Пинского и др.) традиционно собиралось для решения важных жизненных вопросов на собрания (сходы), которые назывались по-разному: «веча», «снем», «сойм», «капа», «купа» и др. Ученые отмечают, что вече возникло одновременно с возникновением государства и существовало оно во всех славянских государствах. Российский историк права В. Сергеевич писал: «вече ... существует с незапамятных времен и было всегда»². Участие в политической жизни государства всех полноправных людей в то время было необходимым для нормальной деятельности органов власти, которые при наличии небольшого чиновничьего аппарата вынуждены были постоянно искать поддержки у населения, а поэтому все важнейшие вопросы государственной политики могли быть проведены в жизнь, как правило, только с согласия большинства полноправных граждан. Полоцкое вече, как орган власти, продолжало действовать и в составе Великого княжества Литовского почти до конца XV в. В Полоцком княжестве в XII–XIII вв., как свидетельствуют летописи, определенное время власть принадлежала совету полочан, который, вероятнее всего, был органом, подобным «совету господ» Новгородской республики. В целом Полоцкое государство, как отмечают ученые, находилось на пути формирования средневековой вечевой республики. Княжеская власть не утратила своей силы, как это произошло в Новгороде, а вече не прекратило свое существование, как в Северо-восточной Руси³.

Отзвук вечевых порядков виден и в законодательстве Великого княжества Литовского XV–XVI вв., в первую очередь в так называемых областных грамотах. В этих законах закреплялся определенный автономный характер ряда земель (как правило, бывших княжеств) в составе ВКЛ и взаимоотношения местной власти с руководством нового объединенного государства. Так, великий князь ВКЛ обязывался не вмешиваться в церковные и судебные дела этих земель, назначал воеводу только с согласия населения, освобождал жителей от ряда общегосударственных повинностей, признавал за ними право свободного перемещения и выезда с территории государства и т.д. Областные грамоты, выданные Витебской земле (1503, 1509 и 1561), Полоцкой земле

¹ Парламентское право России: учеб. пособие / под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2003. С. 6, 9; Гуляева Е.А. Идея парламентаризма в российской дореволюционной политико-правовой мысли // История государства и права. М., 2006. № 12. С. 29.

² Сергеевич В. Русские юридические древности. Т. 2. Вып. 1: Вече и князь. СПб., 1893. С. 33.

³ Штыхаў Г.В. Старажытныя дзяржавы на тэрыторыі Беларусі. Мінск, 2002. С. 49.

(1511, 1547, 1580, 1654), Смоленской земле (1505), Бельскому повету (1501 и 1547), Мстиславскому повету (1551) и т.д., свидетельствуют об особом статусе белорусских земель и продолжающемся функционировании местных вечевых собраний, которые и стали образцом общегосударственного (вального) сейма ВКЛ.

Деятельность вального сейма, а также поветовых сеймиков – органов так называемой «шляхетской демократии», свидетельствует о все более активном развитии парламентаризма. При этом в их деятельности явно прослеживается тенденция реализации прогрессивных идей мыслителей относительно совершенствования государственности. Польские ученые, занимающиеся проблемой парламентаризма ВКЛ, подчеркивают значительную роль местных сеймиков в политико-экономической жизни государства¹. Например, во второй половине XVI в. на сеймах, сеймиках всё чаще начинают обсуждать вопросы разграничения сфер светской и духовной власти и юрисдикции в связи с реформационным движением, получившим распространение в Великом княжестве Литовском. Реформация оказала значительное влияние на все стороны общественно-политической жизни и внесла значительный вклад в распространение прогрессивных идей. Среди политической элиты особенно была распространена кальвинистская идеология. Приверженцами ее и активными пропагандистами были А. Волян, А. Волович, П. Островицкий, К. Радзивилл и другие государственные деятели и мыслители. Деятельность только Криштофа Радзивилла – одного с первых магнатов-протестантов, кардинально повлияла на церковно-религиозную и культурную жизнь Великого княжества Литовского. В реформационном движении Беларуси в 60-х гг. XVI в. определились два основных направления: кальвинизм и антитринитаризм (ариане). Наиболее острая критика церковной догматики и существующих общественных отношений звучала на синодах антитринитариев – наиболее радикальной части кальвинизма, именовавших себя «литовскими братьями». Это направление появилось в 1562–1565 гг. в результате идейно-теоретического размежевания кальвинистской организации. Видными представителями антитринитариев были Сымон Будный, Василий Тяпинский, Петр Гезка и другие мыслители.

Особенностью реформационного движения в Беларуси было то, что оно затронуло не только католическую, но и православную церковь. Об этом свидетельствует массовый переход православных (особенно шляхты) в протестантизм. Следствием всего этого явилось укрепление светских основ государства, превращение христианского вероучения в социально-политическую программу преобразования общества на разумных началах, а также привлечение к политическим дискуссиям всё большего числа людей. В контексте

¹ См. например: *Zakrzewski A. Sejmiki W. Ks. Litewskiego XVI–XVIII w. Ustroj i funkcjonowanie. Sejmik trocki. Warszawa. 2000; Rachuba A. Parlamentaryzm Wielkiego Księstwa Litewskiego z XVI–XVIII w. Warszawa, 2002 и др.*

реформационных идей обращения к человеческому разуму и поиску божеской справедливости активно развивалось просветительство и книжное дело, которые содействовали широкому распространению идей свободы, справедливости, гуманизма и веротерпимости, а также более прогрессивных взглядов на государство, право, личность.

Активно развивается в XVI в. правовая наука, что нашло отражение во многих трудах белорусских мыслителей, просветителей, государственных деятелей. В них высказывались мысли о необходимости широкого распространения книгопечатания, увеличения количества учебных заведений, совершенствования законодательства, распространения юридических знаний среди народа, сохранения и изучения исторического наследия. Внимание белорусских мыслителей было направлено на распространение в обществе высоких морально-гуманистических идей, на решение актуальной проблемы более совершенного нормативно-правового урегулирования государственной и общественной жизни, а также на необходимость изучения исторического опыта с целью совершенствования всех государственных институтов, в том числе законотворческого процесса. Так, вслед за Ф. Скориной белорусский мыслитель М. Литвин в своем политическом трактате «О нравах татар, литовцев и москвитян» (1550) поднял ряд важных политико-правовых проблем, которые оказались надолго в центре общественного внимания. Он подчеркивал необходимость равенства представителей всех сословий перед законом, совершенствования системы государственного управления и правосудия, в том числе говорил о необходимости демократизации судебного процесса, подготовки квалифицированных должностных лиц и судей и др.

Одной из самых знаковых личностей XVI в. являлся Сымон Будный – белорусский гуманист, просветитель, религиозный реформатор, представитель умеренного крыла антитринитаризма. Произведения этого знаменитого белорусского мыслителя, важнейшими среди которых были «Катехизис» (1562) и «О светской власти» (1583) исследовали многие ученые. С.А. Подокшин, отмечая ренессансно-гуманистическую сущность политической концепции Будного, считал, что в целом она носила светский характер¹. Основываясь на идеях мыслителей античности, Будный рассуждал об основах функционирования государственности, качествах монарха, должностных лиц и судей. Он отмечал, что только суд вправе решить вопрос о виновности человека, а самим судьям следует быть «богобоязненными, справедливыми, правдивыми и милосердными... сведущими в законах, внимательными, начитанными, дельными, не жадными, не скоропалительными, не льстецами...»². Будный верил в возможность реформирования, исправления феодального

¹ *Подокшин С.А.* Філасофская думка эпохі Адраджэння ў Беларусі. Мінск, 1990. С. 81–82.

² Цит. по книге: *Сокол С.Ф.* Политическая и правовая мысль в Белоруссии XVI – первой половины XVII в. Минск, 1984. С. 47.

общества и государственного устройства путем внедрения в гражданскую и государственную жизнь норм раннехристианской этики.

Белорусские мыслители – представители реформационного движения (А. Волан, П. Гезка, К. Радзивилл, П. Скарга, В. Тяпинский и др.) начинают обосновывать идею, что закон только тогда способен гарантировать свободу, когда он направлен на защиту интересов всех людей – граждан государства. Все большее распространение получают идеи свободы, как важнейшего свойства человеческой природы, равенства граждан перед законом и их права на частную собственность, как существенных элементов свободы личности. Например, эти идеи обосновывал в своих трудах известный белорусский мыслитель Андрей Волан – приверженец идеологии кальвинизма, который резко выступал против законодательной регламентации сословного неравенства. Пожалуй, он был одним из первых ученых, который стал рассматривать сословия как равноправных социальных партнеров, каждый из которых вносит посильный вклад в общее дело экономического и политического развития государства. Из необходимости всемерной защиты свободы человека Волан выводит естественную функцию права, которая заключалась в подавлении низменных инстинктов людей и справедливом регулировании их отношений. В вопросах права он считал, что право создано разумом человека и должно соответствовать трем принципам – быть справедливым, выступать гарантом свободы и равенства, быть разумным. С последнего тезиса вытекала необходимость постоянного совершенствования законодательства. На основе этого Волан предлагал ряд практических мер по совершенствованию государства и права, в том числе – активное и целенаправленное развитие правовой науки и законодательной политики, рационализацию юридических учреждений, оценку моральных качеств будущих должностных лиц, судей и др. Правосудие он считал «охранником общественного покоя» а важнейшей обязанностью судьи – справедливое и разумное применение закона¹.

Один из мыслителей XVI в. Петр Гезка издал на латинском языке в 1564 г. сочинение «О первохристианской церкви», в котором отрицал всякое насилие, в том числе и государственное принуждение, в связи с чем выступал с критикой светской власти и государственного устройства. Он подчеркивал, что «не может быть истинный христианин королем, князем, гетманом, воеводой, старостой, судьей, подсудком, наместником, войтом, сотником, солдатом»².

Для усиления своего идеологического влияния и привлечения сторонников кальвинисты, антитринитари и другие реформационные группировки открывали при своих общинах школы, типографии, госпитали. В школах латинский и греческий языки ученики изучали не только по грамматике, но и по произведениям Катона, Цицерона, Вергилия, Горация, Ксенофонта, Де-

¹ Падокшын С.А. Беларуская думка ў кантэксце гісторыі культуры. Мінск, 2003. С. 180.

² Цит. по книге: Из истории философской и общественно-политической мысли Белоруссии. Минск, 1962. С. 71.

мосфена, Лукиана и других древних авторов. В качестве предмета в некоторых школах преподавалась история и белорусский язык¹. В основе учебного процесса в антитринитарских школах лежала программа, составленная Ф. Социном. В круг изучаемых предметов были включены философия, право, диалектика по Аристотелю, риторика, этика, история и другие предметы. Выпускалась не только литература религиозного содержания, но и произведения античных авторов, а также книги светского содержания. В одних только виленских изданиях рассматриваемого периода были «названы и процитированы едва ли не все классики античной философии и литературы, сделаны переводы книг: Феогида из Мегар, Гелиодара из Эмезы, Иосифа Флавия, нескольких сочинений Марка Туллия Цицерона»².

В типографиях белорусских городов было издано несколько сотен книг на латинском, белорусском, польском и других языках. Повышение интереса к праву сказалось и на издании специальной юридической литературы. По сведениям А. Анушкина, в XVI в. в типографиях Великого княжества Литовского было издано 16 юридических книг. В том числе на средства Льва Сапегы в Виленской типографии был издан Статут 1588 г., что делало его доступным широкому кругу населения.

Следует отметить, что в «Посвящении Статута Жыгимонту III» и «Обращении ко всем сословиям», предваряющим Статут 1588 г., нашли отражение политико-правовые взгляды самого Л. Сапегы – одного из виднейших государственных деятелей и мыслителей XVI в. Как ренессансный мыслитель-гуманист, Сапега придерживался аристотелевско-цицероновской концепции происхождения и предназначения государства и считал, что оно должно основываться на принципах внутреннего единства, централизма, правопорядка и законности. Он писал, что закон не должен допустить использования государственной власти в корыстных целях правителя, что тирания несовместима с требованиями разума и справедливости и подчеркивал: «сам господар пан наш жадное звирхности над нами заживати не может, одно только, колько ему право допускаеть»³. Таким образом, мы видим, что Сапега фактически был последовательным сторонником справедливого, правового государства. Важно отметить, что он гордился своими законами, написанными на родном языке, и писал: «А если которому народу встыд прав своих не умети, поготовю нам, которые не обчым яким языком, але своим власным права списаные маем и кожного часу, чого нам потреба ку отпору всякое кривды, ведати можем»⁴. Многие идеи Сапегы в той или иной степени получили отражение в Статуте 1588 г., одним из разработчиков которого он был.

¹ Сокол С.Ф. Политическая и правовая мысль в Белоруссии XVI – первой половины XVII в. Минск, 1984. С. 21.

² Анушкин А. На заре книгопечатания в Литве. Вильнюс, 1970. С. 82–86.

³ Статут Вялікага княства Літоўскага 1588: Тэксты. Давед. Камент. Мінск.: БелСЭ, 1989. С. 47.

⁴ Там же.

Следует сказать, что белорусские мыслители XVI в., имеющие в большинстве прекрасное образование, оказали существенное влияние на последующее развитие правовой науки в целом и историко-правовой науки, в частности. Литвины уже в XVI в. получают образование в западноевропейских университетах, в кальвинистских и арианских школах, существовавших на территории Беларуси (Слутском кальвинистском училище, арианских школах в Ивье, Клецке, Койданове, Любче, Лоске, Несвиже, Новогрудке и др.). В 1566 г. в Вильна была образована Светоянская школа гражданского права, которая позже была преобразована в Виленский университет.

На протяжении XVII–XVIII вв., несмотря на тяжелые жизненные реалии, вызванные многолетними войнами, интерес к юридической и историко-правовой науке усиливался, о чем свидетельствуют работы А. Ализаровского, К. Лыщинского, Симеона Полоцкого, И. Копиевича, Г. Конисского, И. Еленского, Н. Огинского и многих других белорусских мыслителей. На территории Беларуси продолжает действовать Полоцкий иезуитский коллегийум, открытый в XVI в., который имел право присваивать ученые степени. Особую роль в развитии правовой науки сыграл Виленский университет. В нем действовали кафедры канонического и гражданского права, а в 1640 г. был открыт юридический факультет. 149 выпускникам университета были присвоены научные степени в области права. Преподаватели университета в лекциях и научных трудах затрагивали правовые проблемы, непосредственно связанные с историей белорусского народа. Первой попыткой изложения системного курса по истории Великого княжества Литовского стала фактически работа А. Виук-Кояловича «История Литвы» (ч. 1–2. 1650–1669), изданная на латинском языке, первая часть которой основывалась на «Хрониках» М. Стрийковского (1582) – первой опубликованной работе по истории ВКЛ.

В XVIII в. растет интерес как к исследованию истории, так и к изучению действующего законодательства. Много внимания было уделено этим вопросам К. Нарбутом, И. Стройновским, Т. Островский, И. Хрептовичем, И. Раковецким и другими мыслителями. Проблемами установления справедливого общества, государства и права занимались многие государственные деятели (Г. Калонтай, Ф. Язерский, и др.). Развитию историко-правовой науки в XVIII в. содействовали опубликованные с помощью Образовательной комиссии Речи Посполитой (одного из первых европейских министерств образования) сборники исторических законодательных актов с комментариями и замечаниями к ним (хронологический сбор законов ВКЛ и Польши в 8 томах – Волюмина легум (1732–1782), сборник документов по международному праву в 3-х томах, изданный М. Догелем в 1758–1764 гг., сборник военно-уголовного права – «Артикулы военные» (Несвиж, 1754), а также книги Т. Млоцкого «Доказательство основ естественного права» (Вильна, 1779), И. Стройновского «Наука о естественном и политическом праве, политической экономии и праве народов» (Вильна, 1785) и т.д.

Нахождение белорусских земель в составе Речи Посполитой, а позже в Российской империи имело свои особенности и последствия, в том числе проявилась явная тенденция отнесения истории Беларуси к собственной истории этих государств. Кроме того, многие польские, российские, а также литовские ученые изучали историю Беларуси со своих, часто весьма субъективных, позиций. Вместе с тем после присоединения белорусских земель к России увеличивается интерес российских ученых, ряд из которых являлись уроженцами Беларуси, к доставшемуся огромному массиву документально-правового материала. Ученые занимаются поиском и сохранением исторического наследия, в связи с чем создается несколько археографических комиссий (в Петербурге, Вильне, Киеве), которые непосредственно занимаются анализом, систематизацией и публикацией документов. Одновременно увеличивается интерес к истории белорусского народа. На основе трудов ученых Петербургского, Киевского, Виленского университетов (С.А. Бершадского, М.Ф. Владимирского-Буданова, Н.П. Дашкевича, М.В. Довнар-Запольского, Г.В. Демченко, А. Коровицкого, Н.И. Костомарова, М.В. Кояловича, И.И. Лаппо, Ф.И. Леонтовича, М.К. Любавского, Н.А. Максимейки, И.А. Малиновского, Т. Чацкого, А.Н. Ясинского и многих других), содержащих иногда весьма спорные положения и выводы, постепенно стала складываться самостоятельная историческая наука Беларуси. Фундаментальную источниковедческую базу для изучения истории государства и права Беларуси составили такие издания, как «Белорусский архив древних грамот» под ред. И.И. Григоровича (ч. 1, 1824), «Сборник Муханова» (1836), «Акты Западной России», т. 1–5 (1846–1853), «Акты Виленской археографической комиссии», т. 1–39 (1865–1915), «Историко-юридические материалы...», вып. 1–32 (Витебск, 1871–1906), «Акты Южной и Западной России...», т. 1–15 (1863–1892).

Активными исследователями истории Беларуси и ее правового наследия становятся многочисленные ученые, прежде всего уроженцы Беларуси (И.Н. Данилович, Т.Е. Нарбут, М.И. Балинский, Ю.А. Ярошевич и др.). Ученые не всегда критически относились к польской шовинистической пропаганде в исторической науке, однако несомненен их значительный вклад в исследование белорусской истории. Особая заслуга в исследовании правовой истории Беларуси принадлежит И.Н. Даниловичу, преподававшему с сентября 1814 г. в Виленском университете «местное» (по существу белорусское) право. Он нашел и опубликовал ряд памятников права. Например, в 1826 г. опубликовал Судебник 1468 г., подготовил к публикации Статут 1529 г. и сборник документов «Скорбец дипломатов» (Вильна, 1860–1862) и др. Глубокие знания всеобщей истории права дополнялись им знанием действующего законодательства России и других государств, а его научная одержимость и любовь к истории делали его лекции любимым предметом для многих студентов. В 1830 г. И.Н. Данилович был приглашен на работу в комиссию Сперанского по кодификации российского законодательства с целью подготовки свода законов Западных губерний, который предполагалось включить в Свод

законов России. Однако в 30–е гг. XIX в. начинается более активный процесс русификации Беларуси, в контексте которого работа над Сводом законов Западных губерний прекращается, отменяется действие Статута 1588 г., запрещается белорусский язык, а белорусские губернии получают название Северо-Западный край.

В XIX в. преподаватели российских университетов в контексте изложения собственной истории стали затрагивать историю Северо-Западного края, а позже некоторые из них начали разрабатывать специальные курсы и писать отдельные работы по истории Беларуси. Примером служат работы А.В. Турчиновича «Огляд истории Белоруссии с древних времен» (СПб, 1857) и М.О. Кояловича «Лекции по истории Западной России» (М., 1884), а также ряд статей и сборников А.П. Сапунова и др. Позже вопросы белорусской истории затрагивались и другими учеными. Так, в «Лекциях по русской истории» А.Я. Преснякова, прочитанных им в 1908–1909 гг., давалось системное изложение истории ВКЛ от его возникновения до Люблинской унии 1569 г., причем было отмечено, что это государство было создано «на территориальной, этнографической и культурной основе белорусской»¹.

Следует отметить, что многие выходцы из Беларуси внесли непосредственный вклад в развитие российской правовой науки (например, В.Д. Спасович, Л.И. Петражицкий и др.).

В начале XX в. в контексте всплеска национально-освободительного движения появляется ряд научных публикаций, посвященных непосредственно истории белорусского народа (Е.Ф. Карский, М.А. Янчук и др.). Особым общественным резонансом и значимостью отличались публикации ученых, общественных деятелей, писателей, касающиеся идеи восстановления белорусской государственности (И. Луцкевича, А. Луцкевича, С. Полуяна, Я. Купалы, Я. Коласа, М. Горецкого, М. Богдановича, В. Ластовского, А. Смолича, А. Цвикевича и др.). Наиболее активизировались исследования при практической реализации этой идеи, так как в этот период проблема национальной государственности оказалась как бы в фокусе политической борьбы в Беларуси. Так, профессор М.В. Довнар-Запольский в небольшой по объему книге «Основы государственности Белоруссии» (Минск, 1918), специально переведенной на многие языки и переданной в иностранные посольства и миссии, обосновал два важнейших тезиса: белорусы с самой далёкой древности имели свою государственность и они имеют право на ее восстановление.

Активизация национально-освободительного движения после Октябрьской революции 1917 г. приводит к восстановлению белорусской государственности. В марте 1918 г. провозглашается Белорусская Народная Республика, а в декабре 1918 г. ЦК РКП(б) принимает решение об образовании Бело-

¹ Пресняков А.Е. Лекции по русской истории. М., 1938. Т. 2. Вып. 1; Западная Русь и Литовско-Русское государство. М., 1939. С. 7.

русской ССР. Начальный советский период характеризовался отношением к Беларуси как составной части РСФСР. Все внутренние и внешние вопросы, касающиеся Беларуси, фактически решались советским и партийным руководством РСФСР. Так, решением ЦК РКП(б) в феврале 1919 г. советские республики Литва и Беларусь объединяются в единую Литовско-Белорусскую ССР, после распада которой повторно в июле 1920 г. провозглашается БССР в составе шести уездов (восточные районы остались в составе РСФСР, западные были отданы Польше).

После восстановления белорусской государственности начался этап активного национально-государственного строительства в БССР, чему способствовало окончание гражданской войны. Активизируются и научные исследования. В 1920–30-х гг. в республике и за ее пределами публикуются работы М.В. Довнар-Запольского, В.М. Игнатовского, В.Ю. Ластовского, Ф.Ф. Турука, В.И. Пичеты и других ученых, посвященные истории белорусского народа. Интерес к историческим исследованиям особо увеличился после открытия в 1921 г. Белорусского государственного университета. Именно с БГУ начинается развитие белорусской советской науки, в том числе и историко-правовой. Изучение истории белорусской государственности, национальной культуры, истории права (этот курс преподавал первый ректор университета В.И. Пичета) стало важной составляющей учебного и воспитательного процесса, что способствовало осознанию молодыми людьми своей этнической принадлежности, воспитанию национальной гордости, уважения к своим предкам, языку, традициям. С участием В.И. Пичеты в Москве в 1918–1920 гг. был издан курс «Белорусоведение».

В публикациях ученых БГУ вопросы истории государства и права занимали существенное место. Так, в статье В.И. Пичеты «Новые труды по истории Беларуси», опубликованной в 1921 г., были проанализированы работы польских историков (С. Кутшебы, В. Каменецкого и др.) и сделан вывод, что все они написаны весьма односторонне и с позиций великопольского шовинизма. В ряде других работ также были подвергнуты критике работы польских и российских ученых. Одновременно были отмечены их положительные стороны, в том числе были отмечены, как наиболее ценные, работы М.К. Любавского, на которых основывалась, по мнению В.И. Пичеты, вся последующая историография. Исследованию истории Беларуси посвящали также свои труды А.В. Бурдейко, Д.И. Довгялло, М.В. Довнар-Запольский, В.Д. Дружчиц, Т.И. Забелло, В.М. Игнатовский, К.И. Товстолес, Ф.Ф. Турук, А.Н. Ясинский и др. Например, В.Д. Дружчиц в конце 20-х гг. опубликовал ряд статей, посвященных истории магдебургского права в городах Беларуси.

Вопросами истории государства и права Беларуси занимались также ученые Института белорусской культуры, открытого в 1922 г. и ставшего затем основой Национальной Академии наук Беларуси. В Инбелкульте началось издание исторических государственно-правовых актов Беларуси. Усилиями ученых (М.О. Гредингер, Г.Я. Поречин, Н.А. Коноплин, В.Н. Ширяев,

С. Слупский, Ф.И. Гавзе, Н.Н. Гутковский, Е.А. Вишневецкий, М.А. Бонч-Асмоловский и др.) был подготовлен и издан в 3-х томах «Белорусский архив» (1927–1930) и другие юридические сборники. Г.Я. Поречин стал фактически ведущим исследователем истории белорусской советской государственности. Особый интерес вызвала его статья «Идэя беларускай дзяржаўнасці перад утварэннем Савецкай Беларусі» (1929), в которой давалась позитивная оценка белорусскому национально-освободительному движению, начиная с восстания Кастуся Калиновского 1863 г.

Период национально-государственного строительства 20-х гг. в БССР (так называемой политики «белорусизации») способствовал развитию национальной истории. Этому содействовало и закрепление в Декларации 1920 г., а позже в Конституции БССР 1927 г. четырех государственных языков (белорусского, русского, польского и еврейского) с преимуществом белорусского языка, как языка большинства населения. Одновременно весьма активно развивается национальная культура всех народов, населяющих Беларусь. Результатом политики национально-государственного строительства стало увеличение интереса к отечественной истории, в том числе к истории всех народов, населяющих Беларусь. В 1927 г. из 11 журналов на белорусском языке выходили 4, на русском – 3, на белорусском и русском – 2, на еврейском – 2. Публикуются также на разных языках книги и газеты. К 1928 г. большинство государственных органов республики работает на белорусском языке, работникам которых предписано знание и других языков. Однако с конца 20-х гг. общественно-политическая ситуация в СССР резко изменяется. В Белорусской ССР на смену «белорусизации» приходит борьба с так называемой «нацдемовщиной», в результате которой были репрессированы многие белорусские ученые. Перестала существовать и историческая научная школа В.И. Пичеты.

Последующие трагичные периоды истории белорусского народа, в том числе Вторая мировая война, унесшая многочисленные человеческие жизни, а также тяжелый послевоенный период, когда ценой невероятных усилий народа восстанавливалось народное хозяйство Белорусской ССР, не способствовали развитию науки.

Восстановление деятельности Минского юридического института в 1944 г., преобразованного позже в юридический факультет БГУ, содействовало постепенному возрождению научных изысканий в области юриспруденции, а в некоторой степени и в области историко-правовой науки. С конца 50-х гг. возобновляется публикация документально-правового материала по отечественной истории. В 1958, 1969 гг. усилиями ученых БГУ и АН БССР издается в двух частях коллективный труд «Очерки по истории государства и права БССР». В 1960 г. переиздается Статут ВКЛ 1529 г. Как весьма важное событие, следует отметить, что с 1963 г. на юридическом факультете БГУ доцент И.А. Юхо начинает читать курс «История государства и права Беларуси». В 70-е гг. усилиями ученых АН БССР и БГУ публикуется в Минске в

двух томах (Т. 1. 1970; Т. 2. 1976) объемный труд «История государства и права БССР» (С.П. Моргунский, И.И. Потеружа, В.Н. Артемова, Ю.П. Бровка, Н.В. Сторожев, В.И. Семенов, В.И. Шабайлов, И.А. Юхо и др.).

В последующие годы важными научными публикациями стали: двухтомная монография В.А. Круталевича «Рождение Белорусской ССР» (Минск, 1975, 1979), книга Ю.П. Бровки «Белорусская ССР – суверенный участник международного общения» (1974). В это же время вопросы истории государства и права Беларуси затрагивали в своих трудах многие белорусские историки (Н.Н. Улащик, Д.З. Похилевич, З.Ю. Копыцкий, А.П. Грицкевич, Н.И. Ермолович и др.), хотя в целом историческая и историко-правовая науки Беларуси развивалась недостаточным образом. Они формировалась в тесной взаимосвязи и в контексте общих партийных установок советского периода. По-прежнему превалировал классово-партийный подход к исторической науке, многие проблемы не затрагивались вовсе, почти не публиковались памятники права Беларуси.

Только после распада СССР, когда Беларусь стала на путь построения суверенного демократического правового государства, вопрос об изучении национальной истории стал чрезвычайно актуальным. Содействующим этому процессу фактором стало закрепление в Преамбуле Конституции Республики Беларусь положения о многовековой истории развития белорусской государственности. На основании этого белорусские ученые (историки, философы, правоведы) не только стали более активно заниматься научными изысканиями в сфере национальной истории, восполняя значительные пробелы в ней, но и прямо заявляли о прежних недостатках в ее изучении и причинах, этому способствующих.

В 90-е гг. XX в. учеными бывших республик СССР много внимания было уделено общим недостаткам советской исторической и историко-правовой науки, в том числе были подвергнуты резкой критике их партийность, а также классовый и формационный подходы к изучению. Учеными был поднят вопрос об объективности и независимости историко-правовой науки. Российский историк права О.И. Чистяков отмечал что общественные науки, к сожалению, допускают их использование в интересах определенных социальных групп, а это приводит к соблазну для их подтасовок, причем «достигнуть этого можно и не отступая от фактов. Достаточно лишь подобрать нужные факты и расположить их в нужном порядке»¹. История свидетельствует, что очень часто так поступали с историей Беларуси.

Следует подчеркнуть, что на протяжении столетий в силу разных объективных и субъективных причин белорусская история подавалась часто односторонне и тенденциозно, исторические события и факты трактовались произвольно, больше внимания уделялось негативным моментам истории, неко-

¹ Чистяков О.И. О социальной ценности историко-правовых наук // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. 1995. № 6. С. 35.

торые вопросы, исторические события, факты, персоналии замалчивались, другие же находились под неофициальным запретом (например, правовая и военная история, история национально-освободительного движения, такие исторические деятели как Л. Сапега, Т. Костюшка и т.д.). В советский период история национально-государственного строительства в Беларуси если и затрагивалась, то по заранее определенной идеологической схеме и в основном относительно государственности советского типа. Те же факты и события, которые не попадали под определенные стереотипы, замалчивались, иногда и фальсифицировались. В целом исторической науке Беларуси советского периода, как отмечают белорусские ученые, был свойственен несомненный парадокс, так как, с одной стороны, необходимость ее научной разработки никто не оспаривал, как и не было официального запрета на изучение каких-либо вопросов и проблем, однако, с другой стороны, почему-то научные исследования слабо проводились, а многие вопросы вообще не затрагивались.

Правовая история вовсе была нежелательной для исследователей, особенно это касалось дооктябрьского периода. Белорусские ученые в основном писали научные работы по истории советского государства и права. Следствием этого стали многочисленные пробелы в историко-правовой науке. Особенно это касается вопросов истории права, эволюции отдельных институтов и отраслей права, особенностей магдебургского права в Беларуси, истории конституционализма и парламентаризма. Мало внимания было обращено и на такой значительный и сложный фактор, активно влияющий на историческое развитие, как национально-освободительное движение в Беларуси.

Кроме того, весь советский период почти не затрагивался вопрос истории белорусской диаспоры за рубежом и ее влияния на развитие белорусской государственности. Длительное время не изучалась история религии и церковных организаций в Беларуси. Религиозный фактор, который был тесно связан и переплетен с национальным фактором, оказывал значительное влияние на общественно-политическую ситуацию в Беларуси. Свидетельством этому является вся белорусская история, на протяжении которой несколько раз вместе с введением новой религии, или сопутствующими факторами, значительно изменялся менталитет народа. Впервые это произошло тогда, когда на смену язычества пришла христианская религия византийского направления. Затем в XIV в. принудительно вводится западное направление христианства – католицизм. В период Реформации во второй половине XVI в. на белорусской земле возникает сильное течение протестантизма. Несомненно, что одна из главных причин толерантности белорусов и кроется в том, что на ее территории на протяжении столетий достаточно мирно уживались (особенно это было характерным для городского населения) приверженцы различных религиозных течений, в том числе иудаизма и ислама (татары и евреи, начиная с XIV в., активно селились на территории Беларуси). В связи с этим устанавливается, а затем законодательно закрепляется Статутом 1588 г. принцип веротерпимости. В конце XVI в. попытка объединения двух ветвей христиан-

ской религии вылилась в создание новой церкви – униатской, которую некоторые политические деятели и ученые стали считать национальной церковью белорусов. Менталитет народа претерпел определенные изменения и после присоединения Беларуси к России, в результате чего была запрещена униатская церковь, введены определенные ограничения в отношении католической церкви. Особенно кардинальные изменения в народном менталитете и мировоззрении произошли в результате Октябрьской революции 1917 г. Все эти весьма сложные вопросы требуют дальнейшего научного осмысления и анализа.

К сожалению, до сих пор далеко не все проблемные вопросы решены, как и не ликвидированы все пробелы в историко-правовой науке Беларуси. Кроме того, вместо предыдущих недостатков и мифов иногда появлялись (или наслаивались) новые. Так, белорусские ученые до настоящего времени постоянно должны акцентировать внимание на терминологической путанице в отношении исторического названия белорусского народа, применении не только в летописях, но и учеными и государственными деятелями на протяжении столетий к населению, проживающему на территории Беларуси, различных наименований. Изменения, в силу различных причин и обстоятельств, названия белорусского народа до настоящего времени мешает нормальному восприятию истории Беларуси со стороны зарубежных ученых и издателей.

В свое время профессор И.А. Юхо отмечал, что белорусы получили известность в европейской истории сравнительно поздно, выступая при этом под разными названиями¹. Древнегреческий историк Геродот называл наших предков будинами и неврами. Название невров, или в славянском написании нарцев, хорошо было известно нашим летописям и оно в определенной степени сохранилось до настоящего времени в географических названиях (Нарочь, Нара, Наревка, Нурец и др.). Именами венедов, венетов, вендов нас называли римские и греческие историки (Тацит, Птолемей и др.). Территорию Беларуси в древний период заселяли различные племена – радимичи, кривичи (кревичи), дреговичи (драговиты) и др. Кроме того, известно, что ее заселяли и балтские племена. Взаимодействие славян и балтов, их смешение на территории Беларуси – также крайне дискуссионная проблема в исторической науке. Определение этнической принадлежности белорусского народа обусловило появление различных научных теорий на этот счет: теория рассмотрения дреговичей, радимичей и кривичей как изначально белорусских племен; теория славянского субстрата, основанная на позиции смешения славянских племен на территории Беларуси, теория балтского субстрата, исходящая из консолидирующей основы балтских племен в смешении славянских племен и т.д.

¹ Юхо Я.А. Кароткі нарыс гісторыі дзяржавы і права Беларусі. Мінск: Універсітэцкае, 1992. С. 4.

Много неясного остается и в отношении названий «Русь», «Белая Русь», «Литва». Известно, что на протяжении сотен лет население Беларуси называлось литвинами, а земля – Литвой в связи с тем, что возникшее на древней земле будинов и невров государство стало называться Великим княжеством Литовским. Например, В.Н. Татищев сообщал, что в 1239 г. великий князь Ярослав Всеволодович «ходил на Литву, бороня смолян» и победив ее, посадил князем в Смоленске Всеволода Мстиславовича. При этом «литовским» князем был никто иной, как Полоцкий князь Святослав Мстиславович, завоевавший в 1232 г. Смоленск при помощи полочан. В книге «Очерк истории Северо-западного края России» И.Д. Беляев писал: «летописи с конца XII ст. представляют много свидетельств, по которым можно ясно проследить, как понемногу Полоцкая земля у наших летописцев обратилась в «Литовскую»¹. Свидетельств о том, что Литвой называли белорусские земли до конца XVIII в. достаточно много. Даже во второй половине XIX в. Западная Беларусь продолжала еще оставаться Литвой. Например, в книге «Живописная Россия: Отечество наше в его земельном, историческом, племенном, экономическом и бытовом значении», изданной в 1882 г., губернии Гродненская и Виленская относились к Литовскому Полесью.

Эта особенность нашей истории имеет отзвук и в наше время. Например, существует как бы недопонимание со стороны некоторых литовских исследователей, которые на основе сокращенного названия Великого княжества Литовского – «Литва» склонны приписывать себе историю этого государства. В этом им содействуют некоторые книги зарубежных авторов, изданные в последние десятилетия, где говорится об истории «литовского права» или «литовских Статутах», что никак так не отождествляется и с историей Беларуси². Также и ряд книг российских ученых не способствуют правильному пониманию нашей истории. Так, в учебниках И.А. Исаева по истории государства и права России заменяется название Великое княжество Литовское на Литовское государство, о древних белорусских княжествах говорится, что это «русские земли». Например, он пишет: «В начале XIV в. Литва присоединяет к себе еще ряд русских княжеств: Туровское, Пинское, Витебское...». «Во второй половине XIV в. разрастается борьба Литвы с Москвой за обладание русскими областями (Тверью и др.)». «Нормы Литовского статута действовали не только на территории Литвы (в русских землях), но и в восточной России»³. Все это вносит терминологическую путаницу и искажает историю Беларуси.

¹ Цит. по книге: Юхо Я.А. Кароткі нарыс гісторыі дзяржавы і права Беларусі. С. 8.

² См., например: Аннерс Э. История европейского права (пер. со швед.). Институт Европы. М., 1994. 397 с.

³ Исаев И.А. История государства и права России: полный курс лекций. 1-е изд, перераб. и доп. М.: Юрист, 1996. С. 29–30; Исаев И.А. История государства и права России: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юность, 2007. С. 74, 76–77.

Проблемным вопросом до сих пор является и происхождении названия «Белая Русь» (страна белых снегов; белый цвет одежды, волос; Русь, свободная от татаро-монгольского ига; Западная Русь, христианизированная Русь; Белая Русь в значении духовного благополучия и т.д.). Вполне вероятно, что именно это название имело целью и содействовало имперской идее собирания земель в единой Российской империи, а термины Великая Русь, Малая Русь и Белая Русь способствовали закреплению в сознании людей идеи единой и неделимой Руси-России.

В 1991 г. было закреплено новое название белорусского государства – Республика Беларусь (сокращенно Беларусь), однако до настоящего времени иностранные средства массовой информации, да часто и официальные органы, игнорируют это название.

В период, когда в 90-е гг. прошлого столетия начался качественно новый период развития белорусской государственности, научные исследования в области отечественной истории весьма активизировались. Причем, в исторической и историко-правовой науке на смену догматизма пришел критический подход к созданным идеологическим схемам и мифам. Белорусские ученые на научных конференциях, в публикациях высказывали накопленные сомнения и собственное понимание исторических процессов и событий, развенчивали созданные мифы относительно истории Беларуси. Особая заслуга в разрушении созданных относительно белорусской истории мифов, в том числе относительно названия «Литва», принадлежит историку Н.И. Ермоловичу, за что и ополчились против него некоторые литовские ученые. Последняя его книга вышла под названием «Беларуская дзяржава Вялікае княства Літоўскае»¹.

В конце XX в. в связи развернувшейся дискуссией об идеологии белорусской государственности некоторые ученые настаивали на необходимости наполнения государственной идеологии национальным содержанием. Так, доктор философских наук А.С. Майхрович подчеркивал, что центральным принципом идеологии любого демократического государства является принцип духовной суверенности и индивидуальности нации. По его мнению, «у беларусаў есць толькі два шляхі: ці яны пацвердзяць сваю дзяржаўную, палітычную, эканамічную і духоўна-культурную адметнасць, ці будуць зноў паглынуты хвалямі суседніх моцных уплываў і інтарэсаў»².

В этот период в контексте национально-государственного подхода, при котором исследование истории собственного народа становится приоритетным направлением научных исследований, белорусские историки права

¹ Ермолович М. Беларуская дзяржава Вялікае княства Літоўскае. Мінск: Беллітфонд, 2000. 448 с.

² Майхрович А.С. Гуманітарныя і сацыяльныя навукі на зыходзе XX стагоддзя. Мінск, 1988. С. 56; Ідэалогія: змест і грамадская функцыя // Ідеология белорусской государственности: Проблемы теории и практики: материалы науч. конф. (12 ноября 1998 г.). Минск, 1998. С. 13–14.

(И.А. Юхо, А.Ф. Вишневский, Т.И. Довнар, В.А. Круталевич, С.Ф. Сокол, Н.В. Сильченко, В.А. Шелкопляс и др.) начали все активнее исследовать важнейшие и проблемные вопросы истории государства и права Беларуси, участвовать в переиздании исторического документально-правового материала, в подготовке ряда энциклопедических изданий «Мысліцелі і асветнікі Беларусі» (1995), «Асветнікі зямлі Беларускай» (2001), «Энцыклапедыя гісторыі Беларусі: у 6 т.» (1993–2003) и др.).

Особая заслуга в развитии белорусской историко-правовой науки принадлежит старейшему отечественному историка права, доктору юридических наук, профессору И.А. Юхо. Все его публикации посвящены различным вопросам исторического развития государственности Беларуси. Так, в монографии «Правовое положение населения Беларуси в XVI в.» (Минск, 1978) не только раскрываются особенности правового положения различных общественных групп населения, но и характеризуются источники права, затрагивается ряд проблемных вопросов отечественной истории. В книге «Крыніцы беларуска-літоўскага права» (Минск, 1991) дан анализ нормативных актов Великого княжества Литовского (общеземских, областных, волостных, городских грамот, Судебника 1468, Статутов 1529, 1566, 1588 гг. и др.). Все его книги, в том числе «Кароткі нарыс гісторыі дзяржавы і права Беларусі» (Минск, 1992), «Гісторыя дзяржавы і права Беларусі» (Минск, 2000) и др., стали учебными пособиями в высших учебных заведениях Республики Беларусь. Ряд его научных публикаций был посвящен непосредственно проблемным историческим вопросам (возникновению белорусской государственности, происхождению названия «Беларусь» и др.). По его инициативе переиздавались исторические памятники права, в том числе в 1989 г. был опубликован с комментариями текст Статута 1588 г., в 2003 г. – Статут 1566 г. Заслуживает ученого является также основание научной белорусской историко-правовой школы.

Многие белорусские ученые внесли вклад в развитие отечественной историко-правовой науки. Так, проблеме самоопределения Беларуси в начале XX в., образованию БНР и БССР посвятил ряд своих работ В.А. Круталевич («История Беларуси: становление национальной державности» (Минск, 1999) и др.). Особенности земской реформы в Беларуси рассматривались в монографии В.П. Слобожанина «Земское самоуправление в Беларуси» (Минск, 1994). Характеристике судебных органов, действовавших на территории Беларуси в конце XVIII – первой половине XIX в., посвящена книга В.А. Шелкопляс «Судебные органы в Беларуси» (Минск, 1997). История белорусской адвокатуры рассмотрена в работе И.И. Мартинович «Адвокатура Беларуси: история и современность» (Минск, 2002).

В работах Т.И. Довнар «Канстытуцыйнае права Беларусі феадальнага перыяду (па Статутах ВКЛ)» (Минск, 2001); «Помнікі права Беларусі феадальнага перыяду» (Минск, 2001); «Гісторыя дзяржавы і права Беларусі» (Минск, 2007); и др.) рассматривался ряд вопросов, касающиеся истории раз-

вития белорусской государственности и эволюции права. Так, в монографиях «Грамадзянскае права феадальнай Беларусі XV–XVI стст.» (Минск, 1997), «Развіццё асноўных інстытутаў грамадзянскага і крымінальнага права Беларусі ў XV–XVI стагоддзях» (Минск, 2001) на основе анализа документально-правового материала характеризовался процесс эволюции важнейших институтов гражданского и уголовного права, раскрывались особенности и тенденции в развитии средневекового права, обращалось внимание на зарождение и развитие отраслевой системы права и особенности кодификации законодательства в XVI в. Ряд работ был посвящен истории государства и права советского периода («Краткий очерк истории государства и права Республики Беларусь (послеоктябрьский период)» (Минск, 1997), «История государства и права Беларуси (1917–1996)» (Минск, 1996) и др.

А.Ф. Вишневым был издан ряд монографий и учебных пособий по истории государства и права Беларуси («Гісторыя дзяржавы і права Беларусі (1917–1996)» (Минск, 2000) и др.), в том числе по истории белорусской милиции. В его монографиях «Палітыка-прававы рэжым савецкай дзяржавы (1917–1953 гг.)» (Минск, 2002), «Асаблівасці палітыка-прававога рэжыму савецкай дзяржавы і яго вытокі (1917–1953 гг.)» (Минск, 2006) исследовались вопросы становления и укрепления тоталитарного режима в советском государстве.

Истории наследственного права Беларуси посвятила монографию Л.Л. Голубева «Наследственное право феодальной Беларуси» (Минск, 2002), семейного праву Г.А. Дербина «Права і сям’я ў Беларусі эпохі Рэнесансу» (Минск, 1997), городского самоуправления М.А. Юрочкин «Реформа городского самоуправления в Беларуси во второй половине XIX – начале XX вв.» (Минск, 2002).

Научным событием стало издание в 2001 г. книги: «Гісторыя канстытуцыйнага права Беларусі» (Г.А. Василевич, Т.И. Довнар, И.А. Юхо), в которой изложен процесс развития конституционного права Беларуси, начиная с конституционных норм, помещенных в грамотах (привилеях) XV–XVI вв., и заканчивая действующей Конституцией Республики Беларусь. Авторы, помещая в хронологическом порядке оригинальный текст (выдержки из текста) документов конституционного характера, давали их общую характеристику и делали комментарии к ним. Истории отечественного конституционализма была посвящена монография М.Ф. Чудакова «Конституционный процесс в Беларуси (1447–1996)» (Минск, 2004).

Отдельным направлением историко-правовой науки стала разработка истории философской и политико-правовой мысли Беларуси. Этой проблематике посвятили свои труды И.В. Вишневецкая, С.А. Подокшин, С.Ф. Сокол, В.Ф. Шалькевич, П.Г. Чигринов и др.

Дополнительный импульс историко-правовым исследованиям был дан учеными Гродненского, Полоцкого, Гомельского, Барановичского университетов, а также иных высших учебных заведений, созданных в конце XX – на-

чале XXI в. Так, в Гродно Н.В. Сильченко и И.А. Басюк опубликовали в 1997 г. работу «Беларуская дзяржаўнасць», в 2003 г. вышла книга Н.В. Місаревич «Магдэбургскае права на Беларусі» и т.д.

Белорусскими учеными все активнее стали разрабатываться вопросы, связанные с историей судебных реформ в Беларуси. Так, на основе диссертационного исследования опубликована монография Ю.П. Довнар «Судовая рэформа XVI ст. ў Вялікім княстве Літоўскім» (Минск, 2007). Научные публикации А.А. Радомана посвящены истории поветовых сеймиков, действовавших в Беларуси. В статьях В.В. Коледы впервые в отечественной истории затрагивается сложная проблема истории военного законодательства Беларуси XIV–XVI ст. Продолжились исследования многоаспектной проблемы истории магдебургского права в Беларуси, начало которому было положено на научной конференции 1999 г., посвященной 500-летию введения магдебургского права в Минске. По этой проблематике опубликован ряд монографий и статей. Последней в это направлении стала работа историка С.П. Стренковского «Прывілеі і вольнасці беларускіх гарадоў з нямецкім правам у канцы XIV – канцы XVIII стст.» (Минск, 2008), в которой анализируется широкий документально-правовой материал. В целом многие белорусские историки в своих работах затрагивали историю права (П.И. Бригадин, П.А. Лойка, В.Л. Носевич, Г.В. Штыхов, И.А. Сороковик, Г.Н. Саганович и др.)

Развитию историко-правовой науки Беларуси способствовали встречи и обмен опытом с зарубежными коллегами. Например, международные конференции 2007–2008 гг., организованные Белорусским институтом правоведения, были посвящены истории парламентаризма, правовым и политическим институтам ВКЛ и Польши. Проблемы исторического развития белорусской государственности и национальной правовой системы обсуждались на международных научных конференциях, посвященных 420-летию Статута 1588 г. (2008), 480-летию Статута 1529 г. (2009), которые были организованы юридическим факультетом Белорусского государственного университета.

Таким образом, в последние десятилетия научные исследования значительно продвинулись. Однако, в силу различных причин, в том числе малочисленности историков права, наука истории государства и права Беларуси развивается недостаточным образом. По-прежнему задачей белорусских ученых остается последовательная системная разработка проблемных исторических вопросов и ликвидация пробелов в отечественной историко-правовой науке.

*С.П. Погребняк**

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА: СУЩНОСТЬ, УРОВНИ, ТРЕБОВАНИЯ

Принцип верховенства права является одним из ведущих элементов конституционного порядка любого современного демократического, правового государства. Преданность этому принципу – общепринятая во всем мире мера легитимности государственной власти¹. Он представляет собой производную всех основополагающих принципов права; как ценностный сплав идей справедливости, равенства, свободы и гуманизма верховенство права формирует соответствующий образ правовой системы и определяет те условия, которые позволяют воплотить этот образ в реальность.

Внимание к верховенству права в украинской юриспруденции обуславливается несколькими причинами. Во-первых, принцип верховенства права закреплен в Конституции Украины (см. ч. 1 ст. 8 Конституции). Во-вторых, принцип верховенства права является фундаментальным в системе европейских ценностей: на нем строят свою деятельность Совет Европы (см. преамбулу и ст. 3 Устава Совета Европы от 05.05.1949 г., а также преамбулу Конвенции о защите прав и основных свобод человека 1950 г.), Европейский Союз (см. преамбулу и п. 1 ст. 6 Договора о Европейском Союзе от 07.02.1992 г., преамбулу Хартии основных прав Союза, а также Копенгагенские критерии для кандидатов на вступление в ЕС) и ОБСЕ (см. п. 5 и 27 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ от 29.06.1990 г.).

При поиске идейных истоков принципа верховенства права нужно исходить из того, что он сформировался в XVII–XIX ст. в условиях европейского культурно-правового пространства, в лоне доктрины естественного права. По своему историческому происхождению он, безусловно, является английской концепцией (the rule of law) и характеризует конституционную систему Великобритании после истечения королевского абсолютизма и поражения Кромвелевской революции в XVII ст.² Сам термин «верховенство права», по до-

* © Погребняк С.П., 2010

Доктор юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого.

¹ Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / пер. з англ. К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. С. 10.

² Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція // Вісник Конституційного Суду України. 2000. № 4. С. 24.

вольно распространенной версии¹, ввел в научный оборот Дж. Гаррингтон в 1656 г. Этот английский ученый и политический деятель, характеризуя республику как форму правления, считал, что она является «империей законов, а не людей» (*imperia of law, not of men*)².

Классическое обоснование данного принципа было осуществлено известным английским юристом А.В. Дайси. Основу принципа верховенства права (для его обозначения А.В. Дайси использует как синонимы три термина – *rule of law, supremacy of law* и *predominance of law*, т.е. господство права, верховенство права и преобладание права), по мысли выдающегося английского юриста, составляют три положения: 1) отсутствие государственного произвола; 2) подчинение каждого обычному закону, который применяется обычными судами; 3) общие нормы конституционного права как результат общего права страны³.

В XX ст. доктрина верховенства права вышла за пределы Великобритании и была воспринята правовыми системами многих европейских государств и международным правом. Такая ситуация с преобразованием этого принципа в общеевропейскую правовую ценность не является удивительной. Ведь идея ограничения государственной власти правовыми средствами не является исключительно английским достижением. Аналогичные концепции создаются в XVIII–XIX ст. и в других европейских государствах. Так, в Германии формируется теория правовой государственности («*Rechtsstaatlichkeit*»), которая начиная с XIX ст. используется для противопоставления правового государства (*Rechtsstaat*) и полицейского государства (*Polizeistaat*). Во Франции от времен Революции говорят о принципе законности и верховенства закона (*Le Principe de Legalite et Suprematie de la Regle de la Loi*), который противопоставляется королевскому произволу. Во второй половине XX ст. во Франции становится также популярной теория правового государства (*l'État de droit*)⁴. Хотя эти концепции не являются идентичными, они, безусловно, имеют общую основу, предусматривая *подчинение государственной власти праву ради гарантирования и защиты прав и свобод человека*⁵.

Отличия между ними, на наш взгляд, состоят в том, что эти концепции делают акцент на разных аспектах. Так, верховенство права сосредотачивается на вопросе, каким должно быть право, для того чтобы сдерживать государство и обеспечивать свободу, в то время как теория правового государства скорее стремится понять, каким должно быть государство, которое подчиня-

¹ Шевчук С. Формальна та органічна характеристика принципу верховенства права: до нових методів тлумачення Конституції // Українське право. 1998. Число 2 (10). С. 57.

² Себайн Дж.Г., Торсон Т.Л. Історія політичної думки / пер. з англ. К.: Основи, 1997. С. 447.

³ Дайси А.В. Основы государственного права Англии. Введение в изучение английской конституции; пер., доп. по 6-му английскому изданию. 2-е изд. М.: Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1907. С. 212–231.

⁴ Зиллер Ж. Політико-адміністративні системи країн ЄС: Порівняльний аналіз / пер. з фр. К.: Основи, 1996. С. 231.

⁵ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. С. 24.

ется праву. Аналогичную мысль высказывает Р. Дарендорф, подчеркивая, что правовое государство является особой немецкой правовой традицией, согласно которой, так сказать, в начале стоит государственное управление, а не Великая хартия вольностей (как в случае с верховенством права)¹.

Сравнивая концепции верховенства права и законности, можно прийти к выводу, что законность в отличие от верховенства права сосредоточена на формальном аспекте – соответствия действий (актов) закону. В последние времена ученые стараются преодолеть эту односторонность законности с помощью идеи правозаконности. Так, в частности, отмечается, что идея правозаконности означает по своей сути безусловный приоритет права относительно власти, государства². Понятно, что это сближает ее с концепцией верховенства права.

Характеризуя данный принцип, прежде всего нужно выяснить, *над чем право властвует и осуществляет свое верховенство*. На наш взгляд, нельзя согласиться с попытками свести проблему верховенства права к вопросу о его приоритете относительно других общественных регуляторов³. Более точным является смещение акцента в определении содержания верховенства права на провозглашение его первенства перед государством⁴. Вследствие этого суверена, провозглашающего право, замещает или имеет тенденцию замещать суверенное право⁵. Право позволяет укротить Левиафана, вдеть крюк в его ноздри, оскопить его, полного жизненных сил⁶. Иными словами, эта ситуация может быть описана как «юстиция вместо Левиафана»⁷. По удачному замечанию Д. Веладеса, в свободных обществах власть подчиняется праву, а в обществах поработанных право подчиняется власти; именно власть диктует его, определяя надлежащее поведение. В данном контексте уместно будет вспомнить, что слово «диктатор» происходит от *dicto* – «говорить», «предписывать» (именно в этом значении использовал его Цицерон в речах против Катилины)⁸. В таком случае верховенство права свидетельствует о связанности государства правом. «Говоря, что государство связано пра-

¹ Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті / пер. з нім. К.: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2006. С. 77.

² Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Норма, 2001. С. 485.

³ См., например: Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: у 2 кн. / за заг. ред. Ю.С. Шемшученка / Кн. 1: Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії / Відп. ред. Н.М. Оніщенко. К.: Юридична думка, 2008. С. 8–9.

⁴ Цвік М.В. Верховенство права в контексті прав людини // Актуальні проблеми формування правової держави в Україні. До 50-ї річниці Конвенції про захист прав людини і основних свобод: матер. міжнар. наук.-практ. конф.: у 2 ч. Х., 2000. Ч. 1. С. 51.

⁵ Манан П. Общедоступный курс политической философии / пер. с фр. М.: Московская школа политических исследований, 2004. С. 278.

⁶ Шмит К. Левиафан в учении о государстве Томаса Гоббса / пер. с нем. СПб.: Владимир Даль, 2006. С. 205, 218.

⁷ Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства / пер. с нем. М.: Изд-во «Гнозис», ред.-издат. группа «Логос», 1994. С. 3.

⁸ Веладес Д. Язык права и право языка / пер. с исп. М.: Идея-Пресс, 2008. С. 148.

вом, – отмечал Л. Дюги, – прежде всего хотят сказать, что государство-законодатель обязано правом не создавать известных законов, и, наоборот, другие законы создавать; далее, этим хотят сказать, что если государство создало известный закон, то пока этот закон существует, оно связано изданным им законом; оно может его изменить или отменить; но пока он существует, оно обязано само, подобно своим подданным, подчиняться этому закону; его администраторы, судьи и сами законодатели должны применять закон и могут действовать лишь в границах, установленных последним»¹.

Однако еще удачней характеризовать *право как явление, имеющее преимущество перед любыми решениями и действиями отдельных субъектов*; все подобные решения и действия «проходят проверку» правом. В таком случае этот принцип будет обращен как к частным лицам, так и к государственным органам и должностным лицам (в том числе к субъектам правотворчества), что позволяет обосновать безусловную обязанность всех субъектов уважать право, обеспечить ситуацию, при которой общество является свободным как от частного, так и от государственного произвола. Никто не стоит над правом и не находится вне права. Иными словами, это «*верховенство права, а не лица*»².

Истоки подобного понимания можно найти еще в древнегреческой философии. Например, в диалоге «Горгий» Платон цитирует Пиндара, для которого «закон надо всеми владыка, над смертными и бессмертными»³. Известным является также утверждение Аристотеля о том, что «мы разрешаем начальствовать не человеку, а слову [закона]»⁴. Верховенство права можно также определять как «правовластие». Это выражение тоже позволяет передать идею отрицания произвольной власти человека – или одного, или – группы, или – одного из политических органов⁵. Верховенство права, если продолжать мысль К. Шмитта, позволяет обеспечить правопорядок, когда оба элемента этого понятия («право-порядок») не противостоят друг другу, а доказывают свое понятийное единство⁶.

Яркая альтернатива верховенству права – устав Василиска Семеновича Бородавкина об «нестеснении градоначальников законами», описанный в «Истории одного города» Г. Салтыкова-Щедрина. Первый и единственный параграф этого устава провозглашал: «Ежели чувствуешь, что закон полагает тебе

¹ Дюги Л. Конституційне право: Загальна теорія держави: репринт / передм. Ю.М. Оборотова. Одеса: Юрид. літ., 2005. С. 64–65.

² Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія. С. 41.

³ Платон. Соч.: в 4-х т. / пер. с древнегреч. СПб.: Изд-во С.-Петербур. ун-та; «Изд-во Олега Абышко», 2006. Т. 1. С. 316.

⁴ Аристотель. Соч.: в 4 т. / пер. с древнегреч. М.: Мысль, 1983. Т. 4. С. 159.

⁵ Головатий С. Верховенство права: Идея. Доктрина. Принципы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. К., 2008. С. 38.

⁶ Шмит К. Политическая теология: сборник / пер. с нем. М.: КАНОН-пресс-Ц, 2000. С. 25.

препятствие, то, сняв оный со стола, положи под себя. И тогда все сие, сделавшись невидимым, много тебя в действии облегчит»¹.

В современной литературе существует много разных конкурирующих определений верховенства права. Впрочем, все они могут быть сведены к двум основным группам, известным как «формальная» и «материальная» (содержательная) концепции. Основное отличие между ними можно определить так: формальные теории сосредотачиваются на надлежащих источниках и форме законности, тогда как материальные теории включают также требования к содержанию закона (обычно он должен согласовываться с правовыми или моральными принципами). Каждая из этих концепций вкладывается в три четких модели, подробное изложение которых приведено в работе Б. Таманаги «Верховенство права: история, политика, теория»².

Так, к *формальным концепциям* относятся определения верховенства права как:

– *правление на основе закона*. В этом простейшем случае закон понимают как основной инструмент действия правительства (такая ситуация характерна для каждого современного государства). Это определение подвергается справедливой критике, поскольку правление с помощью закона не обеспечивает достаточных ограничений государственной власти, являющихся необходимым условием традиции верховенства права;

– *формальной законности*. Эта наиболее распространенная среди англо-американских теоретиков версия связывает верховенство права с существованием закона, способного направлять действия тех, кто ему подчиняется. Для этого закон должен быть общим, предсказуемым, понятным и четким;

– *объединение демократии и законности*. Эта концепция дополняет требования формальной законности демократической идеей, т.е. мыслью об обязательности легитимации закона с помощью демократической процедуры его принятия (иными словами, закон в данном случае устанавливается при согласии граждан).

Все *материальные концепции* содержат элементы формального понимания верховенства права, прибавляя к ним моменты содержательного характера, а именно:

– *индивидуальные права*. Эта наиболее распространенная материальная теория определяет верховенство права как идеал правления, которое гарантирует соблюдение прав человека. Ее приверженцы настаивают на том, что индивиды имеют права – как дар от Бога или связанные со статусом человеческих существ и членов морального сообщества – независимо от каких-либо положений конституций или законов. Итак, права человека должны признаваться в законах, а в случае их нарушения – обеспечиваться судебной системой;

¹ Салтыков-Щедрин М.Е. История одного города. Господа Головлевы. Сказки. Л.: Лен-издат, 1972. С. 117.

² Таманага Б. Верховенство права: история, политика, теория. С. 106–131.

– *достоинство человека*. Этот вариант является особенно популярным в Германии, где достоинство человека и защита этого достоинства как центральный элемент всех других прав человека провозглашен руководящим принципом деятельности государства;

– *право на социальное обеспечение*. В этом случае классическое либеральное понимание верховенства права, направленное на установление ограничений государственной власти, обеспечение отрицательной свободы индивидов, дополняется идеями реального равенства, преодоления бедности, гарантирования достойных условий жизни, социальной защиты, которые вытекают из концепции государства общего благосостояния.

По нашему мнению, более обоснованными являются материальные концепции верховенства права. Так, формальные теории довольно часто приводят к выводам, абсурдным из точки зрения современного правовопонимания (например, в литературе справедливо подчеркивается, что согласно формальным теориям закон может установить рабство, никоим образом не нарушая принцип верховенства права). По точному замечанию Т.Р.С. Аллана, верховенство права нельзя сводить к простой идее, согласно которой право должно направлять поведение лица. Ядром верховенства права является более фундаментальный принцип – идея надлежащего отношения, уважения достоинства, которое в одинаковой мере предоставляет всем гражданам их статус¹.

Следует согласиться с С. Максимовым, который рассматривает формальную законность лишь как первый уровень идеи верховенства права. В более широком понимании идея верховенства права состоит в признании преимущества права и закона над произвольными действиями власти и предоставлении не только частным лицам, но и органам публичной власти статуса субъектов права, действия которых должны пройти через судебные процедуры, контролируемые их законность; при этом граждане могут свободно подвергать критике законы и оспаривать справедливость действий правительства и политиков на основании общепризнанных стандартов прав человека².

В свое время Г. Шершеневич, отдавая предпочтение принципу законности над справедливостью (целесообразностью), подчеркивал, что «лучше зависеть от бездушной нормы, чем от душевного человека»³. Тем не менее, наверное, еще лучше зависеть от «душевной нормы», т.е. нормы, которая отвечает определенным содержательным критериям. Это позволяет обеспечить углубление традиционного для отечественной юриспруденции принципа законности, который толковался лишь как формальное соблюдение требований

¹ Алан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права / пер. з англ. К.: Вид. дім «Кієво-Могилянська академія», 2008. С. 51.

² Максимов С. Верховенство права як ідея і принцип // Актуальні проблеми тлумачення і застосування юридичних норм: Збірник статей учасників міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті професора П.О. Недбайла. 28–29 березня 2008 р. Львів: Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту імені Івана Франка, 2008. С. 39.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. С. 710.

законодательства¹. При таком подходе верховенство права в материальном и формальном понимании не противопоставляются друг другу, а объединяются в концепцию, интегрирующую разные ценности, которые обеспечиваются правом.

Попробуем изложить наше понимание принципа верховенства права, которое основывается на идее выделения двух его аспектов: формального и материального.

Формальный аспект

С формальной точки зрения верховенство права состоит в том, что в обществе должны существовать правовые нормы, которых придерживаются все субъекты, в том числе государство. В этом случае право ограничивает государство самим фактом существования правил и процедур. В свою очередь индивид знает, как себя вести и какого поведения он может ожидать от других субъектов. Защита лица от произвольных действий власти обеспечивается уже тем, что их взаимодействие всегда опосредствовано законом, обязательным как для частного гражданина, так и для члена правительства². Итак, право – это один из путей к тому, чтобы правящий был более осмотрительным, а подвластный – менее ограниченным³. В таком смысле можно говорить о праве как об альтернативе основанному на страстях индивидуальному произволу и насилию. Основные ценности, которые ассоциируются с этим аспектом верховенства права, – порядок, предсказуемость, законность, правовая безопасность.

Формальный аспект верховенства права *предусматривает такие требования:*

1) в обществе *должна вообще существовать система права* как совокупность норм (правил, установленных для бесконечного количества случаев определенного вида и неизвестного количества лиц определенной категории). Для реализации данного требования, которое, вне всякого сомнения, «основывается на трюизме» (Л. Фуллер), не является принципиальным ни содержание подобных норм (т.е. в этом случае правила не оцениваются на их соответствие принципам справедливости, равенства, свободы и гуманизма), ни их внешняя форма (они могут быть закреплены в законах, правовых прецедентах, правовых обычаях и т.п.);

2) эти нормы права должны быть *понятными (четкими, ясными и непротиворечивыми)*.

Нужно заметить, что идея верховенства права в принципе совместима с некоторым уровнем неопределенности и противоречивости правил, поскольку

¹ *Петришин О.В.* Соціально-юридична природа права // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Х.: Право, 2008. Т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / за заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 106.

² *Алан Т.Р.С.* Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. С. 43.

³ *Валадес Д.* Язык права и право языка. С. 25.

ку она учитывает такую фундаментальную особенность права, как его «открытая структура» (Г. Харт). Напомним, что основная идея Г. Харта заключается в том, что правовые нормы обычно состоят из твердого и неизменного ядра и аморфной сферы вокруг него, которую он именуется «открытой структурой» (open texture). По его мнению, она неизбежна благодаря двум обстоятельствам: 1) особенностям языка, который всегда оставляет некоторую неопределенность при использовании юридической терминологии; 2) особенностям правового регулирования, когда не все реальные ситуации можно заранее предусмотреть и точно урегулировать нормами (поэтому для некоторых ситуаций невозможно заранее создать четкое юридическое правило, которое бы при его применении не создавало возможности выбора нескольких альтернативных вариантов). Все это обуславливает появление в суде так называемых «трудных дел»¹.

Поэтому содержание нормы права нередко подвергается уточнению (детализации и конкретизации) в процессе ее применения. Важное значение здесь имеют правовые позиции судебных органов, с помощью которых преодолевается подобная правовая неопределенность. Главное, чтобы право не превратилось в что-то похожее на дельфийского оракула, который издавал неопределенные звуки и произносил темные слова, значение которых каждому принадлежало толковать как ему захочется, за формулой «понимай, как желаешь»².

Требование понятности касается не только отдельных правовых норм; оно обуславливает *стандарты относительно прозрачности (транспарентности) всего правового порядка*. Это затрагивает ряд фундаментальных правовых проблем, а именно: проблему «нормативной инфляции», проблему полного урегулирования общественного отношения и отсутствия пробелов, проблему кодификации и др.;

3) эти нормы права должны быть *доступными* (т.е. обнародованными) и, как правило, *не иметь обратного действия*. Данные требования являются естественными, учитывая тот факт, что невозможно обеспечить соблюдение норм, которые являются неизвестными. Современная правовая система стремится сделать доступными не только нормативно-правовые, но и индивидуально-правовые акты и акты официального толкования права. Поэтому она вводит соответствующие процедуры официального доведения их к сведению заинтересованных лиц;

4) право должно быть *разумно стабильным, а правотворчество последовательным*. В правовой системе должен существовать оптимальный баланс между стабильностью и динамизмом. Субъектам права необходимо предос-

¹ Харт Х.Л.А. Концепция права / пер. с англ. К.: Сфера, 1998. С. 128–129.

² Верещагин А.Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. М.: Междунар. отношения, 2004. С. 19.

твлять достаточное время для того, чтобы они могли приспособиться к изменениям, вызванным принятием нового закона;

5) должна существовать *устойчивая практика реализации норм права*, которая поддерживается гарантией их *одинакового применения*. Иными словами, существует «согласованность между официальными действиями и провозглашенной нормой» (Л. Фуллер). В правовой системе не должно быть никаких правовых «оазисов», т.е. зон, в которых теоретически действующее право на практике не является обязательным¹. Подобные зоны подрывают доверие к правовым институтам, а вместе с ней идею верховенства права. Субъекты права должны быть уверены в возможности реализации своих прав и необходимости выполнения правовых обязанностей. Это убеждение должно быть обеспечено функционированием судебной системы, чьи решения относительно применения закона являются окончательными, обязательными и должны подлежать эффективному выполнению.

Эти правила в наиболее ярком виде воплощены в так называемой *процессуальной версии естественного права Л. Фуллера*, предлагающей восемь требований внутренней морали права². По мнению известного американского философа права, внутренняя мораль права является существенным условием самой этой власти права, а каждое отступление от принципов внутренней морали права является пренебрежением достоинства человека как ответственного лица³.

Выполнение требований, вытекающих из формального аспекта верховенства права, обеспечивается рядом юридических инструментов и институтов, среди которых особое значение имеют: 1) правила юридической техники; 2) «техническое обслуживание» системы права (законодательства); 3) обязанность обнародования нормативно-правовых актов и общий запрет обратного действия законов; 4) принцип правовой определенности; 5) принцип «экономии закона»; 6) принцип добросовестности; 7) эффективная судебная система⁴.

Материальный аспект

Материальный аспект верховенства права состоит в том, что должны *существовать довольно четкие содержательные стандарты, которые определяют сущность позитивного права*. Таким образом, верховенство права – это господство права определенного содержания. В этом случае право сдерживает государство не фактом существования правил и процедур; оно ограничивает государство по содержанию его юридических актов. Государство обязано, в силу права, устанавливать определенные законы и других законов не устанавливать⁵. Для демонстрации этой идеи удачным является вы-

¹ Дарендорф Р. У пошуках нового устрою. Лекції про політику свободи у ХХІ столітті. С. 35.

² Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. К.: Сфера, 1999. С. 95.

³ Там же. С. 148, 154.

⁴ Подробнее об этом см.: Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). Х.: Право, 2008. С. 166–167.

⁵ Дюгі Л. Конституційне право: Загальна теорія держави. С. 65.

ражение «верховенство права над законом»¹. Это в свою очередь означает необходимость теоретического и практического различения права и закона, определение права как явления, которое не содержится исключительно в законах и других нормативных актах. Основные ценности, которые ассоциируются с этим аспектом верховенства права, – достоинство человека, умеренность государственной власти.

Материальный аспект верховенства права *предусматривает такие требования:*

1) нормы права должны соответствовать *стандартам основополагающих прав и свобод человека и гражданина*. Акцент на правах человека при характеристике принципа верховенства права есть неслучайным. Прежде всего, нужно напомнить, что права человека представляют неотъемлемый компонент права, его *raison d'être*; их существование вне права и без права невозможно, равно как и право немыслимо без прав человека. Это явления одной сущности². Можно согласиться с тем, что система норм не может претендовать на статус права, если она не гарантирует свободу и равенство с помощью прав человека и гражданина³. При других обстоятельствах говорить о верховенстве права без толку – из-за отсутствия самого права. Именно поэтому права человека традиционно рассматриваются в юридической литературе в контексте принципа верховенства права и правового государства. Верховенство права существует лишь при условии, когда естественные, неотъемлемые и неотчуждаемые права человека приобретают решающее значение в отношениях между ним и государственной властью⁴. Итак, права человека и верховенство права могут существовать и эффективно действовать только вместе.

Эта идея воспринята также украинской правовой системой. Неслучайно в ч. 1 ст. 8 Кодекса административного судопроизводства Украины от 6 июля 2005 г. № 2747-IV верховенство права объясняется как принцип, согласно которому человек, ее права и свободы признаются высшими ценностями и определяют содержание и направленность деятельности государства. Реализацию принципа верховенства права прежде всего через обеспечение и защиту прав и свобод человека усматривает и Пленум Верховного Суда Украины

¹ *Петришин О.* Верховенство права як принцип дії права // Українське право. 2006. Число 1 (19). С. 49. Подобный акцент делают также французские ученые, объясняя разницу между правовым государством и государством законности: «Правовое государство ставит право на место закона: ... законы находятся под пристальным наблюдением и оцениваются в соответствии с критериями высшей правовой нормы...» (*Рулан Н.* Историческое введение в право / пер. с фр. М.: Nota bene, 2005. С. 301).

² *Козюбра М.* Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. С. 28.

³ *Хессе К.* Основы конституционного права ФРГ / пер. с нем. М.: Юрид. лит., 1981. С. 151.

⁴ *Козюбра М.І.* Верховенство права – основоположний принцип правової і політичної систем України // Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Х.: Право, 2008. Т. 1: Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / За заг. ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. С. 155.

в п. 1 постановления от 1 ноября 1996 г. № 9 «О применении Конституции Украины при осуществимых правосудия»¹. При этом важно, что права человека являются непосредственно действующим правом независимо от того, зафиксированы они в Конституции и законах или нет².

Права человека являются наиболее предметным критерием правового характера законов и других нормативных актов, правовой организации и деятельности государства. Это тот барьер, который в государстве, которое претендует именоваться демократическим и правовым, нельзя преодолеть по собственному усмотрению ни законодательной, ни исполнительной, ни судебной власти³. Приоритет естественных прав человека рассматривается Конституционным Судом Украины «как один из основных принципов Конституции Украины, согласно которому Верховная Рада Украины, как орган законодательной власти, должна принимать правовые акты, соблюдая такой подход» (см. решение от 29 января 2008 г. № 2-рп/2008 по делу об увольнении народных депутатов Украины с других должностей в случае совмещения⁴).

2) нормы права должны отвечать *общим началам права, другим принципам естественного права*. Как отмечает Конституционный Суд Украины в решении от 2 ноября 2004 г. № 15-рп/2004 по делу о назначении судом более мягкого наказания, верховенство права требует от государства его воплощения в правотворческую и правоприменительную деятельность, в частности в законы, которые по своему смыслу должны быть проникнуты, прежде всего, идеями социальной справедливости, свободы, равенства и т.п.⁵

Выполнение требований, вытекающих из материального аспекта верховенства права, в частности, обеспечивается: 1) представлением об ограниченности влияния государства на содержание права; 2) наличием четко изложенного перечня прав человека, зафиксированного, прежде всего, в конституции; 3) принципом разделения власти; 4) наличием эффективной судебной системы; 5) международными соглашениями по правам человека; 6) надлежащей правовой процедурой; 7) принципом пропорциональности; 8) принципом добросовестности; 9) сильной конституционной традицией и соответствующей общей культурной ситуацией⁶.

¹ Ліга: Закон Еліт: комп'ютер.-прав. система / Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. [Електрон. прогр.]. Версія 8.8.1. К., 2009. Заг. з вказів. для користувачів. Щоден. оновлення.

² Козюбра М.І. Верховенство права – основоположний принцип правової і політичної систем України. С. 156.

³ Козюбра М. Принцип верховенства права і конституційна юрисдикція. С. 28.

⁴ Офіційний вісник України. 2008. № 80. Ст. 2697.

⁵ Офіційний вісник України. 2004. № 45. Ст. 2975.

⁶ Подробнее об этом см.: Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика). С. 169–177.

*С.А. Калинин**

О ВЗАИМОДЕЙСТВИИ ПРАВА И РЕЛИГИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ: ЦЕННОСТНЫЙ АСПЕКТ

В последнее время во всех постсоветских государствах активизируется религиозный фактор, религиозная мотивация приобретает весомый характер при выборе моделей социального поведения¹, усиливается религиозная идентификация населения. Религии пытаются активно воздействовать на политическую, экономическую и иные социальные сферы², государство также сотрудничает с религиозными организациями. Вышеназванное соответствует утверждению многих обществоведов о современном системном кризисе социальных моделей эпохи Модерна (суверенитет государства, верховенство права, рассмотрение религии в качестве частной сферы бытия человека и т.д.)³. Данный кризис требует качественно нового (как можно менее идеологически окрашенного) анализа взаимодействия религии и права. Таким образом, отказ от государственного атеизма и возникновение качественно новых форм взаимодействия государства и религиозных организаций порождают потребность в корректном научном анализе взаимоотношений религии и права, а также основ государственно-конфессиональных отношений.

* © Калинин С.А., 2010.

Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Белорусского государственного университета.

¹ Так, в Беларуси православные посты оказывают заметное влияние на потребление мясомолочной продукции.

² Так отдельные конфессии выражают отношение к данным проблемам в своих программных документах. См.: Основы социальной концепции Русской Православной церкви // Официальный портал Русской Православной Церкви [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.mospat.ru/index.php?mid=90> Дата доступа: 10.06.2008; Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека // Официальный портал Русской Православной Церкви [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.patriarchia.ru/db/text/428616.html>. Дата доступа: 1.08.2008; Основные положения социальной программы российских мусульман // Русский архипелаг: сетевой проект «Русского Мира» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.archipelag.ru/agenda/strateg/konfess/conception/islam/> Дата доступа: 1.08.2008.

³ Например, *Клевельд М.* Расцвет и упадок государства. М.: ИРИСЭН, 2007. 462 с.; *Неклесса А.И.* Мир индиго: эпоха постмодерна и новый цивилизационный контекст: материалы к заседанию 27 марта 2008 г. Контуры эпохи постмодерна: новый цивилизационный контекст, Россия в Новом мире / Центр проблемного анализа и гос.-управленческого проектирования при Отд-нии общественных наук РАН, Семинар «Синергия. Цивилизационный контекст и ценностные основания российской политики». М.: Красная площадь, 2008. 86 с.

В Беларуси такие основы заложены Законом Республики Беларусь «О свободе совести и религиозных организациях»¹ (далее – Закон), определяющим существо взаимодействия *государства и религии* (ст. 8). Это не совсем точно отражает природу отношений, более корректно говорить либо о взаимодействии государства и религиозных организаций (субъектное тождество), либо права и религии (регулятивное тождество). Новая редакция Закона отказалась от крайних либеральных подходов и стала учитывать особенности Восточно-европейской цивилизационной модели взаимодействия государства и религиозных организаций². В частности, Закон (Преамбула) регулирует правоотношения в области свободы совести и свободы вероисповедания исходя из:

- права каждого на свободу совести и свободу вероисповедания, а также на равенство перед законом независимо от отношения к религии;
- равенства религий перед законом;
- признания определяющей роли Православной церкви в историческом становлении и развитии духовных, культурных и государственных традиций белорусского народа;
- духовной, культурной и исторической роли Католической церкви на территории Беларуси;
- неотделимости от общей истории народа Беларуси Евангелическо-лютеранской церкви, иудаизма и ислама;
- необходимости содействия достижению взаимного понимания, терпимости и уважения религиозных чувств граждан в вопросах свободы совести и вероисповедания.

Закон призван обеспечить и гарантировать право на свободу совести и свободу вероисповедания, на социальную справедливость, равенство, защиту прав и интересов независимо от отношения к религии и религиозной принадлежности, на свободу объединения в религиозные организации. Таким образом, Закон защищает как фундаментальные индивидуальные права, так и права коллективных субъектов, имеющих собственный культ, догматику и вероучение (традиционных религиозных организаций), обеспечивая необходимый уровень социальной справедливости. Отметим, что важнейшим элементом религиозной свободы человека, кроме избрания религии, является возможность добровольного вступления в религиозную организацию (общину), принятия в ее рамках и на основе ее доктрины решения о сущности убеждений, а также совершения адекватных поступков. Это требует гарантий для общин на сохранение целостности, верности традициям, социальной этике, мировоззрению и мировосприятию. Добровольность вступления в общину, которая руководствуется в своей внутренней жизни религиозным правом,

¹ О свободе совести и религиозных организациях: Закон Респ. Беларусь, 17 дек. 1992 г., № 2054-ХП, в ред. Закона Респ. Беларусь, 31 окт., 2002 г., № 137-3 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 06.11.2002. № 123. 2/886.

² Предыдущая более соответствовала американской модели, основанной на минимальном вмешательстве государства в данную сферу и т.д.

почитаемым верующими превыше любого человеческого закона, обуславливает невозможность дискриминации иных лиц, которые в нее не входят и не подпадают под вышеназванное право, что требует невмешательства государства во внутреннюю жизнь общины.

В качестве методологии мы используем следующие исходные посылки:

1. Право и религия являются *разноприродными* социальными регуляторами, имеющими *собственные* цели и пределы воздействия, направленными на единого субъекта (человека) и объединяемыми в правосознании.

2. Наличие различных целей и, как следствие, различных способов институционализации (для права – территориальное государство, для религии – религиозная организация в широком смысле) предполагает возможность и необходимость как оценки права с позиции религии, так и религии с позиции права, а также наличие взаимных ожиданий и притязаний на *должное* (с собственной позиции) регулирование. В итоге такое взаимодействие порождает одновременные тенденции участия государства в регламентации внешних проявлений сакральных отношений и наличия у религиозных организаций собственных представлений о роли и функциях государства в социуме, что может приводить к определенному конфликту (коллизии) мировоззренческих ожиданий¹.

3. Любая религия является уникальной в силу собственной догматики и преследует собственные иррациональные (*со светских позиций*) цели, которые могут совпадать либо не совпадать с правовыми и государственными. Таким образом, недопустимо вести речь о религии и праве *вообще*. Данные феномены следует анализировать применительно к конкретному государству, учитывая факты мировоззренческого противостояния, когда конфессии пытаются использовать государство и право для достижения собственных целей², а государство использует религиозную мотивацию в таких же целях³.

¹ Так, при обсуждении новой редакции Закона ряд неопротестантских групп американского происхождения угрожал религиозным кризисом в случае ее принятия. Данные «прогнозы» не сбылись, но Беларусь регулярно упоминается в Докладах о международной религиозной свободе как страна, имеющая проблемы со свободой совести. См.: International Religious Freedom Report 2008. Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor // U. S. Department of State [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2008/index.htm>. Дата доступа: 10.06.2009.

² Мировоззренческое (религиозное) противостояние также включает конфликт религии и атеизма. Заслуживает внимания идея академика И.Р. Шафаревича о том, что абсолютизация свободы до уровня догмы светского гуманизма («постоянно совершенствующийся проект подлинной общечеловеческой духовности, которую не могли бы монополизировать ни одна религия или идеология, церковь или партия; ... который ... видит в любом догматизме, во всяком требовании иррациональной веры опасный росток тирании». См.: Светский гуманизм // Сайт «Вера или разум?» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.atheismru.narod.ru/humanism/humanism.htm>. Дата доступа: 10.06.2009.), рядом либеральных течений позволяет определить «либерализм ... как тоталитарную секту, основывающуюся на идеологии смерти». См.: *Шафаревич И.Р.* Круглый стол «Свобода и достоинство личности: православный и либеральный взгляды», 1 июля 2004 г., Москва // Радонеж. Православное общество (братство) [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.radonezh.ru/new/note_bene1/arhiv/?ID=2205. Дата доступа: 10.06.2009.

³ Например, *Олбрайт М.* Религия и мировая политика. М.: Альпина Бизнес Букс, 2007. 352 с.

4. Концепция отделения Церкви (религиозных организаций) от государства (секуляризация), которой обычно мотивируют необходимость ограничения деятельности религиозных организаций, могла возникнуть (и возникла) лишь в Западной Европе, идеологически обеспечив вытеснение Католической церкви из политической (далее и иных) сфер.

5. Идея *возможного* разделения (в крайнем случае – антагонистического противопоставления) религиозного и государственного могла явиться только в Христианстве как *единственном* мировоззрении, разделяющем сакральное (внутреннее) и светское (внешнее)¹ в бытии индивида и признающим *одно-временное* существование человека в данных сферах.

6. Никакие иные мировоззрения, в том числе атеистические², не разделяют сакральной и светской сфер, в них религиозное (мировоззренческое) пронизывает все социальное бытие. В частности, несмотря на то что авраамические религии (Иудаизм, Христианство, Ислам) признают человека высшей ценностью³, только в Христианстве Бог жертвует собой для спасения человека, а публичные институты являются важными, но *вторичными* для этого. Иудаизм и Ислам можно рассматривать в качестве неких общинных юридических религий, личность в них в значительной степени подчинена религиозной общине, образующей и в дальнейшем контролирующей государство. Утрата государственности не уничтожает автономность общины, потенциально способной воссоздать государство на основе религиозного закона.

7. Отделение Церкви (религиозных организаций) от государства и светскость последнего не означает его атеистичности, индифферентности по отношению к религии (мировоззрению). Термин «светский» противопоставляет себя догматической (исторически, в первую очередь, Католической) религиозности, однако может породить нерелигиозную догматичность⁴. В настоящее время «светскость» означает, что для государства цели религиозных организаций не являются собственными. Необходимость сотрудничества государства и религиозных организаций вызвана тем, что индивид, одновременно идентифицируя себя как верующего и как гражданина, желает, чтобы государство с уважением отнеслось к его религиозной мотивации; а государство желает, чтобы верующий выполнял юридические обязанности.

В Беларуси принципы отделения церкви от государства и светскости государства конституционно не закреплены, хотя основные признаки их в праве присутствуют. Это означает, что государство не собирается отказываться

¹ «Итак, отдавайте кесарево кесарю, а Божие Богу» (Мф 22: 21).

² Атеизм можно считать квазирелигиозным мировоззрением лица, *неверящего* в Бога.

³ Человек как образ и подобие Божие (Быт 1: 26, 5: 1).

⁴ При этом светскость породила феномен *гражданской* религии (патриотизм), фактически обожествляющей государство. См.: *Легойда В.Р.* «Гражданская религия» в США: генезис и основные характеристики // Государство, религия, церковь в России и за рубежом. Информационно-аналитический бюллетень РАГС. 1999. № 4; *Легойда В.Р.* Религиозность в безрелигиозном обществе. Статья 1-3 // Альфа и Омега. 2000. № 1, 2, 4.

от учета позитивного наследия и опыта традиционных религий и планирует сотрудничать с некоторыми конфессиями при решении социальных проблем на основе принципа взаимного невмешательства во внутренние дела. Светскость государства нельзя понимать как полное вытеснение религии из всех сфер жизни социума, как отстранение религиозных объединений от участия в решении общественно значимых задач. Напротив, этот принцип предполагает лишь определенное разделение сфер компетенции данных субъектов, а также невмешательство их во внутренние дела друг друга.

8. Проводить сравнение принципа равенства религий перед законом, означающего равную обязательность требований закона для всех религиозных организаций и их равную ответственность за нарушение закона, и выборочного сотрудничества государства с отдельными религиями (конфессиями), имеющими несопоставимо большую значимость для социума, составляющими часть исторического, национального и культурного наследия страны, научно некорректно. Государство может расширять правосубъектность традиционных конфессий, не умаляя права других на религиозную и иную сопутствующую деятельность. Таким образом, *равенство религий перед законом* не означает запрета на возможность и обязанность государства (если оно хочет быть *этим* государством) сотрудничать с религиями, оказавшими наибольшее влияние на его историю¹.

9. Часто сотрудничество государства с традиционными религиями негативно оценивается как клерикализация. Однако данный термин обозначает борьбу Католической церкви за сохранение или усиление своих позиций в социуме, влияние на публичную власть через доминирование в определенных сферах (образование). В государствах с историческим доминированием Православия государственно-церковные отношения имели принципиально иной характер и теоретически должны строиться на принципе симфонии Церкви и государства. При этом защита традиционной религиозной идентичности свойственна многим развитым странам, которые, в частности, строго ограничивают деятельность иностранных миссионеров². Это позволяет утверждать, что первоначально Беларусь восприняла американскую модель государственно-конфессиональных отношений, а в настоящее время стремится

¹ Отметим, что каждая конфессия имеет собственный взгляд на историю собственного государства. Например, для Православной церкви Берестейская (Брестская) церковная уния 1596 г. является однозначно негативным фактом. Украинская Греко-Католическая церковь имеет к этому совершенно иное отношение. В «Истории евангельских христиан-баптистов в СССР» обзор ряда исторических событий, религиозных исканий и разномыслий в России (X – сер. XIX вв.) (глава 1) занял 31 страницу при общем объеме издания в 623 страницы. Это позволяет судить об отношении данной деноминации к истории собственного государства *до* собственного появления в нем. См.: История евангельских христиан-баптистов в СССР. М.: Издание ВСЕХБ, 1989. С. 19–50.

² В Европе это Великобритания, Дания, Исландия, Ирландия, Италия, Испания, Германия, Болгария, Греция, Литва и т.д.

ся к общеевропейской практике, что вызывает зачастую негативную реакцию США¹.

10. Именно Христианство определило цивилизационную сущность Европы. Для Западной Европы – в форме Католицизма и Протестантизма², а для Восточной («единой православной цивилизации Святой Руси» по Патриарху Московскому и всея Руси Кириллу³) – Православия. Таким образом, говоря о взаимоотношении религии и права, следует иметь в виду взаимоотношение Христианства (учитывая его специфику применительно к конкретному государству⁴) и современного права, основанного на атеистических, персонцентричных и либеральных идеях прав человека.

Таким образом, религия (кроме специально оговоренных случаев мы будем вести речь о Православии как религии большинства населения Беларуси, России и Украины) и право имеют различные цели. Для Христианства важнейшей целью является *спасение* человека, преодоление смерти и вечная жизнь. Отметим, что Христианство понимает Церковь как «собрание верующих во Христа, в которое Им Самим призывается войти каждый. В ней «все небесное и земное» должно быть соединено во Христе, ибо Он – Глава «Церкви, которая есть Тело Его, полнота Наполняющего все во всем» (Еф 1: 22–23). В Церкви действием Святого Духа совершается обожение творения, исполняется изначальный замысел Божий о мире и человеке» (п. I.1 Основ социальной концепции Русской Православной церкви). Поэтому его приложение для обозначения общин в других религиях научно и догматически некорректно. Именно в лоне Церкви человек может преодолеть первородный грех и получить жизнь вечную. Государство и право *в этом контексте* являются важными, но *вторичными* институтами⁵.

¹ Например, International Religious Freedom Report 2008. Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor // U. S. Department of State [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2008/index.htm>. Дата доступа: 10.06.2009.

² Следует разделять традиционный Протестантизм Европы (в основном лютеранство), породивший феномен государственной религии, и англосаксонский Протестантизм (в основном кальвинистского толка) породивший отделение религии от государства. Отметим, что неопротестантские деноминации в Беларуси, имеющие в основном американские корни (баптизм, пятидесятничество и т.д.), пытаются апеллировать к своим якобы историческим корням, проводя параллель с протестантами XVI в., традиционными для Беларуси. См.: *Лукашин С.* Протестантизм и белорусский народ // Белорусские новости [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://naviny.by/rubrics/opinion/2009/2/6/ic_articles_410_161114. Дата доступа: 10.06.2009.

³ Полный текст речи Патриарха Кирилла после интронизации // Аргументы и факты Online [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.aif.ru/society/article/24292>. Дата доступа: 10.06.2009.

⁴ Для России Православная церковь фактически является государствообразующей. Для Беларуси и Украины в силу их исторических особенностей традиционным также является Католицизм (для Украины в форме Греко-Католицизма), что для России не свойственно.

⁵ «Государство как необходимый элемент жизни в испорченном грехом мире, где личность и общество нуждаются в ограждении от опасных проявлений греха, благословляется Богом. В то же время необходимость государства вытекает не непосредственно из воли Божией о первозданном Адаме, но из последствий грехопадения и из согласия действий по ограни-

При этом нужно отличать исторические формы взаимодействия Церкви и государства от современных¹.

Согласно Символу Веры христиан верит «в Единую, Святую, Соборную и Апостольскую Церковь», нарушение же такого единства с позиции догматов именуется расколом (сохранение догматов при нарушении канонического строя) либо ересью (повреждение догматов), считая таковой ту, к которой принадлежит *сам*. Также термин «Церковь» в религиозно-научных дисциплинах может использоваться при характеристике любой христианской деноминации, хотя канонически это не совсем верно. Право оперирует понятием «религиозная организация», которое не совсем точно передает такие качества Церкви и иных традиционных религиозных союзов, как традиционность, преемственность, догматичность и каноничность.

Таким образом, именно *равноудаленность* Закона от догматических положений конфессий (религий) объясняет неиспользование терминов в религиозно-научном смысле. Например, ст. 13 Закона под религиозными организациями признает «добровольные объединения граждан Республики Беларусь (религиозные общины) или религиозных общин (религиозные объединения), объединившихся на основе общности их интересов для удовлетворения религиозных потребностей, а также монастыри и монашеские общины, религиозные братства и сестричества, религиозные миссии, духовные учебные заведения». Религиозные организации отличаются наличием вероисповедания, разработанной культовой практикой, проведением богослужений, религиозным просвещением и воспитанием последователей. Такое определение, затрагивающее догматические стороны бытия религиозной организации, позволя-

чению господства греха в мире с Его волей. Священное Писание призывает власть имущих использовать силу государства для ограничения зла и поддержки добра, в чем и видится нравственный смысл существования государства (Рим 13: 3-4). Исходя из вышесказанного, анархия – отсутствие надлежащего устройства государства и общества, – а равно призывы к ней и попытка ее установления противоречат христианскому миропониманию (Рим 13: 2).

Церковь не только предписывает своим чадам повиноваться государственной власти, независимо от убеждений и вероисповедания ее носителей, но и молиться за нее, «дабы проводить нам жизнь тихую и безмятежную во всяком благочестии и чистоте» (1 Тим 2: 2). Одновременно христиане должны уклоняться от абсолютизации власти, от непризнания границ ее чисто земной, временной и преходящей ценности, обусловленной наличием в мире греха и необходимостью его сдерживания. По учению Церкви, сама власть также не вправе абсолютизировать себя, расширяя свои границы до полной автономии от Бога и установленного Им порядка вещей, что может привести к злоупотреблениям властью и даже к обожествлению властителей. Государство, как и иные человеческие учреждения, пусть даже и направленные на благо, может иметь тенденцию к превращению в самодовлеющий институт. Многочисленные исторические примеры такого превращения показывают, что в этом случае государство теряет свое подлинное предназначение. (III.2 Основ социальной концепции Русской Православной церкви).

¹ На наш взгляд, исторические формы взаимодействия (папизм, цезаропапизм, симфония и иные) уже не могут быть реализованы, например, симфония может быть только в государстве имперского типа, связывающего собственную политику и функции с Православием.

ет индифферентно по отношению к вероучительным принципам конфессий формально юридически квалифицировать сакральные институты с позиции государства и права. В области права, то есть во внешней по отношению к вероучению и культуре сфере, религиозная организация рассматривается как определенным образом институциализированный (легализованный) коллективный субъект, способный в лице Священноначалия выступать от имени верующих, идентифицирующих себя с определенным вероисповеданием. Это позволяет разделить религиозную (сакральную) деятельность религиозной организации, направленную на достижение собственных целей, и ее отношение к современным проблемам.

Таким образом, религиозная организация стремится постоянно воспроизводить некий внутренний стереотип поведения (мышления) человека, основанный на аксиоматичных и абсолютных ценностях, задающих направленность бытия и развития конкретного человека и социума. Государство же также основано на определенных ценностях, но которые обычно не носят абсолютного характера¹. Если для Христианства важен Христос как абсолютная Истина², то право на нее не претендует и распространяется лишь на внешнюю жизнь индивида в определенных наиболее значимых (и поддающихся формальной оценке) отношениях. Внешняя жизнь индивида в религии происходит из его внутренней жизни, то есть основной акцент делается на внутренний мотив поведения³.

Проблема выражения ценностей в религии и праве требует анализа природы таких основополагающих признаков права, как его верховенство и формальность. Верховенство, устанавливая иерархические отношения между конкурирующими явлениями, может быть только над чем-либо, что в реальности притязает (может иметь) на такой же статус. Исторически право получило верховенство над религией (Христианством) в эпоху Реформации и Контрреформации по причине утраты Христианством (Католичеством) статуса мировоззрения, интегрирующего Западную Европу (отказ от нормативности Священного Предания). Таким образом, право стало инструментом, который позволил *игнорировать* непримиримую религиозную мотивацию во внешнем поведении индивида, переведя ее на уровень частной жизни. В итоге государство силовыми методами смогло прекратить (минимизировать) ре-

¹ В ряде случаев государство также строится на ценностях, претендующих на абсолютность (коммунизм, либерализм как формы гражданской религии).

² «Если пребудете в слове Моем, то вы истинно мои ученики, и познаете истину, и истина сделает вас свободными... всякий, делающий грех, есть раб греха» (Ин 8: 31–32, 34). «Я есмь путь и истина и жизнь; никто не приходит к Отцу, как только через меня» (Ин 14: 6). «Иисус отвечал: ... Я на то и родился и на то пришел в мир, чтобы свидетельствовать об истине; всякий, кто от истины, слушает гласа Моего. Пилат сказал Ему: что есть истина?» (Ин 18: 37–38).

³ Кирилл (Гундяев), митр. Смоленский и Калининградский. Норма веры как норма жизни // Церковь и время. 2000. № 11.

лигиозно мотивированные конфликты. До этого правовое и религиозное отращение ценностей не порождало антагонистической конкуренции¹.

Право игнорирует сверхъестественное, сводя себя лишь к определенным внешним сферам бытия (политика, экономика, социальное управление, разрешение конфликтов и т.д.). Религия, наоборот, опирается на иррациональные (точнее *неоцениваемые*) с позиции права абсолютные ценности², охватывая практически все бытие человека. Таким образом, аксиоматичность ценностей в религии носит абсолютный характер, аксиоматичность ценностей в праве абсолютной быть не может, будучи зависимой от аксиоматичности ценностей иных регуляторов.

Вышеназванное обуславливает проблему природы ценностей в праве. Можно утверждать, что ценность права заключается в возможности формально справедливого принудительного регулирования внешних отношений между формально равными субъектами для достижения социального прогресса и устойчивого развития социума. Религия регулирует *реальные* отношения как между человеком и Сверхъестественным, так и между людьми через призму Сверхъестественного³. Это требует анализа взаимодействия различных проявлений одной и той же ценности, закрепленной разными регуляторами.

Таким образом, верховенство права реализуется во внешней публичной сфере за счет игнорирования (за редким исключением) в случае коллизии иных социальных регуляторов. Однако в силу формальности право не может охватывать все сферы бытия человека, что не распространяет на них данный

¹ Например, Константин Великий, начиная с 319 г., принимает ряд законов, продиктованных христианской нравственностью (запрет конкубината, объявление воскресенья праздничным днем, запрет разделения семей рабов при продаже, ограждение детей от произвола родителей, преследование хозяев за пытки и убийство рабов и т.д.). См.: Византийская империя // Православная энциклопедия. Т. VIII. Вероучение Владимиро-Волынская епархия. М.: Церковно-научный центр «Православная энциклопедия», 2004. С. 162.

² «Какая польза человеку, если он весь мир приобретет, а душе своей повредит» (Мф 16: 26). «Ищите же прежде Царства Божия и правды Его, и это все приложится вам» (Мф 6: 33).

³ «Вы слышали, что сказано древним: не прелюбодействуй. А Я говорю вам, что всякий, кто смотрит на женщину с вожделением, уже прелюбодействовал с нею в сердце своем» (Мф 5: 37-26). Таким образом, для религии важна в первую очередь мотивация, нежели внешний поступок. Право же мало обращает внимания на мотивы, лежащие в основе правового деяния. Как отмечается в научной литературе «правомерное поведение – это обусловленная культурно-нравственными воззрениями и жизненным опытом человека деятельность в сфере социального действия права, основанная на сознательном выполнении его целей и требований» См.: *Оксамытний В.В.* Правомерное поведение // *Общая теория государства и права: Акад. курс в 2 т. / под ред. проф. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория право. М.: Зерцало, 1998. С. 563.* Это приводит к определенному парадоксальному выводу, что право нуждается в адекватных культурно-нравственных воззрениях, которые само создавать *не может*. Следовательно, правомерное поведение зависит от иных социальных регуляторов, по отношению к которым право имеет верховенство и может их корректировать.

принцип. В некоторых случаях право ограничивает свое регулирование, субсидиарно охраняя сложившиеся морально-нравственные устои¹.

Отметим, что ценности религиозных организаций и ценности, охраняемые государством, объективно не всегда возможно привести к соответствию. Для религии важен внутренний мотив деятельности человека во всех отношениях. Государство, регулируя внешние отношения, абстрагирует, схематизирует, формализует, переводит их на юридический метаязык для возможности их последующей оценки. Это в дальнейшем обуславливает абсолютно закономерный конфликт между формальной юридической справедливостью («образом», моделью справедливости) и справедливостью реальных отношений реальных субъектов. Таким образом, государство в иной сфере бытия, на ином «языке» регулирует отношения, построенные на основе религиозно-нравственных ценностей.

Верховенство права не означает отсутствие его связанности национальными и духовными ценностями, обязанность защищать которые возлагается Конституцией на государство. Право воздействует на социальную действительность через ее юридический «образ», соотносимый с «образом», моделью поведения, признанной по определенной процедуре идеальной (правомерной). Следовательно, реальное социальное явление правом обычно непосредственно не квалифицируется и должно по определенным стадиям быть «переведено» на язык символов, «воспринимаемых правом», то есть *доказано*. Это обусловлено формальностью права как его отличительным признаком. Формализация в праве позволяет осуществлять единообразное социальное регулирование в наиболее значимых внешних общественных отношениях, то есть подающихся формальной аналитической квалификации. Формальность регулирования может воздействовать только на внешние поступки. Внутренние побуждения человека право обычно игнорирует, так как они в основном не могут быть доказаны при помощи однозначно воспринимаемых средств и методов.

Реализация верховенства права затруднена отсутствием собственно *правового* содержания, то есть содержание права определяется иными социальными регуляторами, ценности которых «переводятся» на правовой метаязык. В результате формальность права при *неопределенности* содержания права может выступать инструментом реформирования социума, когда иные мировоззренческие ценности, заложенные в праве, начинают конкурировать с доминирующими морально-нравственными устоями общества². При этом ряд

¹ Например, запрет допроса священнослужителя об обстоятельствах, известных ему из исповеди (абз. 6 п. 2 ст. 60 Уголовного процессуального кодекса Республики Беларусь), признание за семьей преимущественного права и обязанности определять формы, средства и методы воспитания детей (ч. 2 ст. 60 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье) и т.д.

² Например, современные представления о правах человека критически относятся к традиционным институтам, подрывая их основы *юридическим* путем, распространяя статус правомерного поведения на поведение морально уязвимое (гомосексуальные связи, сексуальная распущенность и т.д.).

прав и свобод (свобода совести, слова, вступления в брак и т.д.) имеет несколько иную природу. Право в этом случае защищает свободу человека как уникального автономного индивида, но не дарует человеку права¹. Фактически право констатирует наличие внеправовой ценности, которая подлежит юридической защите.

Формальность в праве одновременно обеспечивает как элитаризм, так и эгалитаризм в социуме. Именно их соотношение в формальном правовом «образе» правомерного поведения (отношения) обеспечивает не только правовую, но и социальную справедливость. Это обуславливает вопрос о *содержании* ценностей, закрепляемых правом, способах их интерпретации и определении их иерархии (в частности, отношения полов, институт брака, применение достижений науки, информационная и культурная политика) и создает дисбаланс в сторону ценностей антропоцентрического гуманизма (либерализма) по отношению к религиозным и национально-культурным ценностям, которые также должны защищаться законом.

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы:

1. Кризис концепций эпохи Модерна обуславливает необходимость изменения подходов к соотношению права и религии, при этом ранее складывающиеся исторические модели такого взаимодействия не всегда могут быть адекватно применены к современности.

2. Взаимоотношение права и религии является весьма политизированной проблемой, отражающей конфликт интересов и ценностей различных социальных субъектов, преследующих собственные цели.

3. Сложившиеся в западном мире представления о взаимодействии права и религии (верховенство права, религия как частная сфера индивида и т.д.) могут фактически существовать лишь в рамках западного христианского (постхристианского) мира, допуск в данную систему ценностей носителей иных (в первую очередь *нехристианских*) мировоззрений фактически приводит к деградации данной системы ценностей. Конкурирующие системы в случае возможного доминирования в будущем не признают за западными ценностями права на существование.

4. В силу утраты религией своей интегративной функции для большинства населения, которое зачастую мало использует религиозную мотивацию в своем внешнем социальном поведении, именно на право возлагается основная роль по интеграции социума на основе принципов равенства перед законом, формальной свободы и справедливости. Религия же может интегрировать население только по религиозным критериям, потенциально пытаясь навязывать государству (через собственных носителей, находящихся у власти) собственные цели.

¹ Например, «если власть принуждает православных верующих к отступлению от Христа и Его Церкви, а также к греховным, душевредным деяниям, Церковь должна отказать государству в повиновении» (абз. 4 п. III.5 Основ социальной концепции Русской Православной церкви).

5. Интегративность права носит в большей степени механистический, инструментальный характер, так как право само по себе не имеет собственных ценностей, формализуя ценности, сложившиеся в рамках иных систем социального регулирования. Следовательно, право должно защищать моральные и религиозные ценности, обеспечивающие идентификацию населения.

6. Конституционно закрепленные доктрины западного происхождения (правовое государство, права человека, разделение властей и т.д.) требуют к себе более взвешенного отношения в силу навязывания со стороны «международного сообщества» наиболее крайних проявлений доктрин либерализма и установки об универсальности именно западного пути развития, а также осмысления собственного пути государственно-правового строительства.

Такие конституционные доктрины не должны использоваться абстрактно с повышенной критичностью к конкретной государственно-правовой и социальной реальности, но должны «связывать» настоящее и будущее через призму исторической перспективы реального государства, общества и нации. Таким образом, конституционный процесс должен быть национально адаптирован и обусловлен, быть позитивно воспринимаемым населением в качестве представленных на более высоком уровне абстракции стереотипов и ценностей доминирующей правовой психологии.

7. Механическое включение иных идеологем в *национальную* социальную реальность может привести либо к полному отказу от них в силу несоответствия менталитету, либо к творческой их переработке, либо к подгонке традиционного к новой идее, либо к возможному противостоянию ценностных систем, сформировавшихся под влиянием религиозных и культурных факторов, нескольких глобальных цивилизаций. Корректировка аксиоматических факторов фактически полностью меняет ценностную парадигму народов (приоритет духовного над материальным, жертвенности и самоограничения над земным успехом, общего над частным).

8. Охрана и соответствие государственной деятельности ценностям, выражаемым традиционными религиями, можно рассматривать в качестве формы самоограничения власти в правовом государстве, которое учитывает мнение Церкви как коллективного субъекта гражданского общества¹. Особенности такой охраны является то, что религиозно-нравственные ценности защищаются в форме некой юридической «производной», пригодной для использования в процессе правоприменения².

¹ Термин «гражданское общество», возникший в протестантской цивилизации как калька с термина «Церковь», означает иные внесударственные формы объединения индивидов коллективного субъекта, противостоящего государству.

² Таким образом, заключенное Соглашение Правительства Республики Беларусь и Белорусской Православной церкви от 12 июня 2003 г. нужно рассматривать как соглашение двух *разноприродных* субъектов, действующих в пределах общей территории, о направлении совместной деятельности в некоторых ценностно-окрашенных сферах, важных для белорусского народа, что действительно ограничивает сферу деятельности государства, препятствуя признавать морально уязвимое поведение правомерным (поэтому изъятым из сферы моральных оценок).

9. Объявление религии частным делом при доминировании исключительно релятивной гедонистической направленной на исключительно житейское благополучие системы ценностей обуславливает проблему поиска сдержек и противовесов, создания баланса прав индивида и прав культурно-религиозных общин (религиозных организаций), имеющих внутреннюю догматическую и аксиологическую целостность и непротиворечивость.

10. Национально-религиозная идентификация человека позволяет ему рассматривать некий сформировавшийся стереотип поведения как собственный, допустимый и желаемый. Основой такого стереотипа выступает определенная иерархия ценностей, укорененная в историческом опыте и мировоззрении народа, поэтому право должно быть соотносимо с такой иерархией для повышения собственного морально-нравственного авторитета.

НАЛОГОВОЕ ПРАВО И НАЛОГОВЫЕ ПРОЦЕДУРЫ. ГОСУДАРСТВЕННАЯ СЛУЖБА

*Н.П. Кучерявенко**

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА НАЛОГОВЫХ ПРОЦЕДУР

Характеристика системы процедур, участвующих в регулировании налогообложения, соотношение между ними опосредуется содержанием налоговых правоотношений. Важно иметь в виду, что налоговые правоотношения характеризуют отношения между юридически неравными субъектами, между властвующими и обязанными участниками налоговых правоотношений, когда формируются реальные предпосылки осуществления защитной функции права, реализации охранительных налоговых правоотношений. Содержание налоговой процедуры, ее разновидности определяются теми отношениями, которые она опосредует, которые реализует через поведение субъекта.

Важное место в процедурном урегулировании поведения субъектов налоговых правоотношений занимают доюрисдикционные процедуры. Они отличаются рядом принципиальных особенностей¹. Во-первых, доюрисдикционные процедуры характеризуют ситуацию, связанную с возникновением спора в рамках регулятивного налогового правоотношения. Они реализуются при нарушении в реализации права (например, применение налоговой льготы) или исполнении обязанностей, связанных с налогообложением, возникновением разногласий между участниками отношений, спора между налогоплательщиком и налоговыми органами. Во-вторых, разрешение спора в данной ситуации осуществляется без участия судебных органов, в режиме согласования позиций налоговых органов и обязанных лиц. В-третьих, конфликт, возникший в режиме доюрисдикционных налоговых процедур, преодолевается за счет действий участников спора. В-четвертых, разрешение конфликта в этой ситуации предполагает многоуровневость: а) устранение противоречий на уровне первичного налогового органа (налоговая инспекция); б) разрешение спора на уровне областной налоговой администрации; в) преодоление конфликта на уровне Государственной налоговой администрации Украины. Примечательна при этом одна особенность: хотя разрешение спора связывается с соотношением поведения двух субъектов, тем не менее иерархичность

* © Кучерявенко Н.П., 2010

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого.

¹ См.: *Протасов В.М.* Основы общеправовой процессуальной теории. М.: Юрид. лит., 1991. С. 80–81.

системы налоговых органов обуславливает появление на втором и третьем уровнях своеобразного арбитра – вышестоящего налогового органа. Вряд ли в данном случае можно ставить вопрос о его абсолютной независимости, но определенные предпосылки для урегулирования спорной ситуации, для разрешения конфликта между плательщиком и налоговой инспекцией (или областной налоговой администрацией) все-таки в данном случае появляются. В-пятых, реализация налогово-правовых норм на стадии доюрисдикционных налоговых процедур происходит в режиме соблюдения предписаний норм, определяющих регулятивную налоговую процедуру, использования прав и обязанностей, закрепленных ими. В-шестых, доюрисдикционные налоговые процедуры не предполагают использования на этой стадии мер принуждения. Фактически в этих условиях речь идет о согласовании позиций субъектов, противостоящих в споре, тогда как санкции как меры принуждения могут использоваться позже. В-седьмых, особенностью доюрисдикционных налоговых процедур является возможность продолжения процедурного урегулирования после их окончания. В данном случае налогоплательщик имеет право обратиться в суд и оспорить действия налоговых органов.

Назначение правовой процедуры ориентировано на реализацию предписаний правовых норм. Подобная установка осуществляется через сложную конструкцию последовательно возникающих и динамически развивающихся этапов воздействия на поведение участников правоотношений. Системой правовых процедур охватываются фактически все отношения с момента их возникновения до прекращения.

Реализация правовых предписаний в налогообложении также ориентирована на осуществление процедурного регулирования, обеспечение осуществления установлений материального права в поведении участников налоговых правоотношений. Возникновение налоговых процедур обусловлено определенной двойственностью. С одной стороны, речь идет о содержании нормотворческих процедур в налогообложении, гарантирующих наличие законодательной нормы, на основании которой возникает возможность налогово-правового регулирования. С другой стороны, наделение субъектов налоговой правоспособностью, порождающей обязанность строить свое поведение согласно предписаниям налогово-правовых норм и находящей свое выражение в налоговых процедурах.

Регулятивная налоговая процедура и охранительная налоговая процедура однопорядковые, родственные правовые явления, разновидности юридической процедуры, на основании чего можно сделать вывод о целой совокупности черт, признаков, их объединяющих. Однако подобная общность вовсе не означает безусловной возможности перерастания регулятивной процедуры в охранительную процедуру. Важно при этом иметь в виду, что и регулятивные налоговые процедуры, и охранительные налоговые процедуры реализуются как правореализующие процедуры, выражают действие налоговых правоотношений. В сфере правореализующих процедур и регулятивные, и охра-

нительные правоотношения принадлежат материальной сфере. «Именно в сфере правореализации, ибо существует еще правотворчество, где деление явлений на материальные и процессуальные неприемлемо и где соответственно основное правоотношение правотворческой процедуры материальным быть не может. Поэтому полное отождествление материальных и основных отношений невозможно ... суть вопроса в том, что не только основные нормы и отношения, но и процедурные могут быть материальными. А отсюда следует важный вывод: нельзя противопоставлять в праве материальное и процедурное»¹. Действительно, процедурные аспекты регулирования налогообложения могут закрепляться через реализацию определенных процедурных моментов. Например, определение плательщика налоговым законодательством и возникновение у него соответствующей налоговой обязанности осуществляется через регистрационную процедуру, действия по постановке на налоговый учет конкретного обязанного лица.

Характеризуя налоговые процедуры, Д.В. Винницкий выделяет среди них: постановку на учет; отчетность и декларирование; информирование и уведомление; учет расходов и доходов лица; изменение сроков исполнения налоговых обязательств; возврат и зачет излишне уплаченных или взысканных сумм налогов, сборов, а также пени; производство бесспорного взыскания; применение обеспечительных санкций; налоговый контроль и производство налоговым органом по делу о налоговом нарушении и т.д.². Вряд ли может быть окончательным в данной ситуации набор разновидностей налоговых процедур, да автор, видимо, и не ставил такой цели. В то же время нам представляется не менее важным акцентировать внимание на логике формирования и последовательности расположения разновидностей налоговых процедур. Прежде всего необходимо исходить из концептуального выделения нормотворческих, регулятивных, охранительных процедур. Однако, что касается первых и последних, то относительно налогообложения вряд ли мы сможем исходить из существования самостоятельных их видов. Безусловно, особенности в правотворчестве (а точнее в нормотворчестве) для регулирования налогообложения существуют, как и некоторая специфика в процессуальной сфере. Однако это не дает основания говорить о самостоятельных их разновидностях. Что же касается регулятивных налоговых процедур, то, видимо, логично их рассматривать в контексте возникновения, развития и прекращения налоговой обязанности, реализацию которой они и призваны обеспечить. С этих позиций необходимо выделить регистрационные налоговые процедуры (обеспечивающие регистрацию обязанных лиц и учет объектов налогообложения); налоговые процедуры, регулирующие уплату налогов и сборов (обязательных платежей); процедуры, реализующие налоговую отчет-

¹ Протасов В.М. Указ. соч. С. 45–46.

² См.: Винницкий Д.В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. СПб: Юрид. Центр Пресс, 2003. С. 308.

ность. Более подробная детализация их возможна по целому ряду оснований (тип плательщика; вид налога и т.д.).

Доюрисдикционные налоговые процедуры представляют разновидность процедур, в режиме которых осуществляется реализация регулятивных налоговых правоотношений. Вряд ли имеет смысл в данной ситуации связывать доюрисдикционные налоговые процедуры с обязательным наличием правонарушения. Нельзя однозначно утверждать, что именно оно является основанием возникновения данной разновидности процедур. В то же время представляется логичным утверждать, что основанием начала доюрисдикционных налоговых процедур является момент возникновения разногласий у субъектов, представляющих властную и обязанную стороны налоговых правоотношений. В основе такого разногласия может находиться как неверное понимание соответствующей законодательной нормы, так и коллизия актов налогового законодательства. В соотнесении позиций противостоящих сторон может быть достигнуто общее видение проблемы и фактически урегулирован спор. В этой ситуации, безусловно, можно считать, что такой порядок урегулирования разногласий является согласительным¹.

Основная цель существования доюрисдикционной процедуры сводится к устранению разногласий между сторонами регулятивного налогового правоотношения в режиме позитивного правоприменения. Фактически она существует в этих условиях как разновидность регулятивной налоговой процедуры, предполагающей устранение конфликта. «Процесс тоже возникает независимо от реального существования своего основного (охранительного) отношения и на первоначальных стадиях своего развития имеет дело лишь с предположением о наличии такового»². Урегулирование спора в условиях доюрисдикционной налоговой процедуры принципиально отличается от подхода к урегулированию спора с участием суда. Если в первом случае задачей является установление соответствия поведения субъектов предписанию правовых норм при реализации налоговой обязанности, согласованию точек зрения участников спора, то во втором случае целью выступает выяснение наличия или отсутствия налогового правонарушения.

Рассматривая доюрисдикционные налоговые процедуры как разновидность регулятивных налоговых процедур, необходимо все-таки учитывать и их некоторую специфику. В этих условиях участники налоговых отношений реализуют не просто свои налоговые права и обязанности, а специфическое право – своими действиями урегулировать спорные, конфликтные отношения с другими участниками налоговых правоотношений. Именно поэтому в условиях доюрисдикционных налоговых процедур материальное регулятивное налоговое отношение выступает уже фактическим предметом согласительного урегулирования.

¹ См.: *Протасов В.М.* Указ. соч. С. 82.

² Там же.

В рамках регулятивного налогового правоотношения при воздействии на поведение участников не возникают новые права и обязанности, не появляются предпосылок возникновения охранительного налогового правоотношения. Реализация регулятивного налогового правоотношения имеет процедурный характер, детализируя реализацию прав и обязанностей субъектов, направленных на осуществление именно регулятивного налогового правоотношения, а не охранительного. Процедурный характер подобных отношений определяется еще и тем, что воздействие на поведение участников данного правоотношения не предполагает наличия юридических фактов, обуславливающих возникновение охранительных правоотношений. Воздействие на поведение субъектов в рамках охранительных налоговых правоотношений предполагает безусловным установление наличия соответствующих юридических фактов как основания правонарушения.

На две специфические черты налоговых процедур обращает внимание А.В. Реут. Он связывает их со спецификой сферы общественных отношений, в которых действуют эти процедуры. Во-первых, это общественные отношения, складывающиеся в процессе деятельности государства и муниципальных образований по взиманию налогов и сборов. Во-вторых, это отношения, сопряженные с переходом права собственности на денежные средства от индивидов и коллективных образований к публичным образованиям¹. Фактически в первом случае акцентируется внимание на организационном, управленческом характере отношений, когда речь идет об организации движения денежных средств (в форме налогов и сборов) в централизованные публичные денежные фонды собственником этих денежных фондов (государством и муниципальными образованиями). Во втором случае выделяется имущественная сторона налоговых отношений. На сегодня характеристика налоговых правоотношений как организационно-имущественных получила уже довольно широкое распространение². Однако, соглашаясь в целом с подобным подходом, хотелось бы все-таки обратить внимание, что подобная специфика отличает все налоговые правоотношения, а не исключительно налоговые процедуры.

Существование материальных налоговых организационных норм и отношений обуславливает и существование налоговой регулятивной процедуры. При этом налоговые материально-организационные отношения являются по сути регулятивными процедурными отношениями, характеризующимися позитивным процедурно урегулированным правоприменением. Последнее характеризуется процедурным урегулированием позитивного применения права, выражающего своевременное и точное исполнение налоговой обязанности, поведение всех участников налоговых правоотношений в соответствии с предписаниями налогово-правовых норм. В.Н. Протасов, рассматривая дан-

¹ См.: Налоговые процедуры: учеб. пособие / под ред. А.Н. Козырина. М.: Норма, 2008. С. 13–14.

² Виницкий Д.В. Указ. соч.; Налоговое право: учебник / под ред. С.Г. Пепеляева. М.: Юрист, 2004; Карасева М.В. Финансовое правоотношение. Монография. Воронеж: ВТУ, 1997.

ную проблему, абсолютно логично ставит вопрос о соотношении понятия процесса и применения права¹. При разграничении этих двух понятий необходимо исходить из критерия деления юридических процедур, определяющегося видами правоотношений.

В.Н. Протасов, анализируя соотношение юридической процедуры и юридического процесса, исходит из того, что юридическая процедура выступает «... как более широкое явление, как более общее понятие, а юридический процесс как частный случай этого явления и понятия, ... определение которым можно найти лишь на пути поэтапной конкретизации более общих категорий, через разработку промежуточных определений-характеристик»². В качестве такого исходного понятия он и выделяет процедуру как общесоциальное явление. Исходя из социальной ориентированности налоговых процедур, действительно, можно выделить некоторые их особенности.

1. Ориентированность – достижение определенного социального результата. В данном случае можно ставить вопрос как об общей, так и специальной ориентированности налоговых процедур с точки зрения достижения социально-значимого результата. Общая ориентированность налоговых процедур фактически связывается с обеспечением финансовых основ существования государства, формированием ресурсов денежных средств для обеспечения финансирования задач и функций государства и территориальных громад. Специальная ориентированность налоговых процедур рассматривается в контексте общей и более узко направлена – обеспечение формирования доходов бюджета. Исполнение налоговой обязанности (в первую очередь – уплата налогов) фактически и лежит в основе ориентированности налоговой процедуры.

2. Структурированность выражается в сложной системе, обеспечивающей реализацию налоговых процедур. При характеристике данной особенности можно связывать налоговые процедуры со структурой налоговой обязанности и гарантировать реализацию определенных процедур в области налогового учета, уплаты налогов и сборов, налоговой отчетности. Структурированность может определяться и характером субъекта, и особенностью его поведения как участника налогового регулирования. Принципиально при этом разделяется поведение властвующего и обязанного субъекта налоговых правоотношений.

3. Стадийность предполагает наличие последовательно сменяющих друг друга стадий, которые отражают особенность исполнения налоговой обязанности. В определенной мере эта особенность связывается и с динамикой правоотношений, своеобразием реализации налогово-правовой нормы. Принципиально стадийность реализуется и при классификации типов налоговых процедур. Нормотворческие процедуры обуславливают вообще возникнове-

¹ См.: Протасов В.М. Указ. соч. С. 56–57.

² Протасов В.М. Указ. соч. С. 29.

ние налоговой обязанности в принципе, обеспечивают появление законодательной нормы, предписаниям которой необходимо следовать безусловно. Налоговые регулятивные процедуры отражают реализацию в поведении участников регулятивных налоговых правоотношений. Налоговые охранительные процедуры основываются на реализации охранительного правоотношения. Стадийность в реализации налоговых процедур может также связываться и с составляющими налоговой обязанности. Важно иметь в виду, что реализация последующей стадии невозможна без осуществления, участия в предыдущей. Невозможно реализовывать налоговую обязанность без реализации нормотворческой процедуры, без появления закона, который закрепит обязанность по уплате конкретного вида налога или сбора. Точно также невозможно требовать от плательщика осуществления обязанности по уплате налога без реализации учетных обязанностей (постановки на учет обязанного лица, учета объекта налогообложения).

4. Иерархичность базируется на принципиальной особенности налоговых отношений в целом, как публичных отношений – обеспечивающих исключительное положение и роль государства как организатора и собственника денежных средств, аккумулируемых в форме налогов и сборов. В этом случае иерархичность налоговых процедур базируется на обеспечении исключительных интересов государства, определенном смещении при распределении полномочий в сторону прав для органов, представляющих государство, и в сторону обязанностей – для плательщиков. Данная особенность отражается и на особенностях процедурного обеспечения споров, связанных с налогообложением.

«Иерархичность, – подчеркивал В.Н. Протасов, – проявляется в том, что одна процедурная норма детализирует другую, одно процедурное отношение обеспечивает процесс реализации другого. Именно поэтому отношение, на реализацию которого направлена процедура в целом, правильно называть основным отношением, а не организуемым»¹. В качестве такого основного отношения, реализуемого налоговыми процедурами, можно выделить исполнение налоговой обязанности. Установление предписания ст. 67 Конституции Украины: «Каждый обязан платить налоги и сборы в порядке и размерах, установленных законом»² само по себе связывается с реализацией определенной процедуры – каждый обязан уплачивать. Причем, хотелось бы обратить внимание на тот аспект, что этой нормой затронуты все разновидности налоговых процедур. Акцент законодателя на законность в установлении налогов и сборов выражает фактически содержание нормотворческой процедуры, тогда как обязанность уплаты и отчетности при сдаче налоговых деклараций характеризует регулятивные процедуры. Кроме того, реализация этого основного отношения обеспечивается целой системой уровней процедурного

¹ Протасов В.М. Указ. соч. С. 30.

² Конституция Украины // Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 30. Ст. 141.

обеспечения. Так, конституционная норма детализируется в установлении закрытого перечня общегосударственных и местных налогов и сборов (в общем налоговом законе)¹, что обусловит процедурные особенности реализации компетенции соответствующего органа при введении того или иного налога на соответствующей территории соответствующим актом. Затем общее выделение системы налогообложения как совокупности налогов и сборов обуславливает уточнение этого стратегического предписания в специальных налоговых законах и введение в соответствии с вышеупомянутым перечнем платежа. В дальнейшем детализация может продолжаться и особенности исполнения налоговой обязанности по конкретному виду налога или сбора уточняться нормами подзаконных актов в случае делегирования соответствующих полномочий Кабинету Министров или органам местного самоуправления.

5. Динамичность характеризует не только активное поведение участников налоговых процедур, но и логичность установления довольно сжатых сроков их реализации, жесткий контроль за их соблюдением. Невозможно уплатить налог, исполнить налоговую обязанность пассивными действиями. Поведение плательщика должно обеспечивать движение денег, поступление средств в доходные части бюджетов. При этом от своевременности поступления налогов зависит и своевременность осуществления выплат из бюджетов, реализация, в первую очередь, социальных задач государства. Просрочки, задержки в данном случае, безусловно, приведут к конфликтам и социальным потрясениям.

6. Подчиненность налоговых процедур гарантирует реализацию основного отношения – формирование бюджетных доходов. Поэтому, исходя из главного (собрать деньги за счет налогов), налоговые процедуры, имея подчиненный характер, должны сформировать модель урегулированности действий всех участников отношений для наиболее эффективного и рационального осуществления главного назначения в этом. Хотелось бы обратить внимание, что вряд ли можно в данном случае делать вывод о некоторой второсортности налоговых процедур по отношению к материальным нормам. Процедурные стороны реализации налоговой обязанности могут сформировать как рациональную конструкцию ее исполнения, так и определенные барьеры, затрудняющие ее осуществление или уменьшающие поступления налогов. К примеру, не всегда логичным представляется уплата налогов в счет налоговой обязанности по определенному платежу в авансовой или предварительной форме. Обязанность перечисления налога на добавленную стоимость, возникающая по заключении договора, до того момента, как поступили деньги в счет оплаты товаров (работ, услуг), фактически, приводит к уменьшению оборотных средств, последующему сокращению налоговой базы и в перспективе к уменьшению бюджетных доходов.

¹ См., например, ст. 14–15 Закона Украины «О системе налогообложения» // Ведомости Верховной Рады Украины. 1997. № 16. Ст. 119.

Регулирование процессуальными нормами соответствующих налоговых процедур позволяет характеризовать соотношение их как формы и содержания. Процедурная по своему содержанию деятельность в сфере налогообложения формализуется налогово-процессуальными нормами, регулируется процессуальными отношениями. С этих позиций следует согласиться с мнением Е.Г. Лукьяновой, которая характеризует процессуальную форму как совокупность правил, «но не любых правил, а правил процедуры. Процедура представляет собой последовательность определенных действий, ... она имеет нормативную модель своего развития и направлена на достижение определенных целей (целей процессуального права)»¹. И в этой связи процессуальная форма представляет собой совокупность правил реализации налоговых процедур, закрепленных процессуальными нормами налогового законодательства, гарантирующих четкое и своевременное исполнение налоговой обязанности как основной цели налогово-правового регулирования.

Характеризуя процессуальное регулирование налоговых отношений; надо иметь в виду, что оно включает как процедуры, не выражающие исключительно налоговую природу, так и безусловно налоговые, т.е. в данном случае механизм процессуального регулирования налогообложения будет содержать деятельность по реализации как налоговых, так и не налоговых процедур:

а) *нормотворческие процедуры* в регулировании налогообложения (их сложно назвать налоговыми, поскольку они не отличаются какими-либо процедурными особенностями по сравнению с процедурами, регулирующими принятие нормативно-правовых актов как в финансово-правовых институтах, так и в иных отраслях);

б) *регулятивные процедуры* (включают как процедуры, регулирующие порядок реализации налоговой обязанности в режиме своевременного и точного исполнения предписаний налогово-правовых норм субъектами налоговых правоотношений, так и процедуры согласования и разрешения налоговых споров). К разновидности регулятивных процедур логично отнести и процедуры судебного разрешения налоговых споров (представляют порядок разрешения налоговых споров судебными органами – прежде всего специализированными административными судами и реализуются в административно-процессуальных формах). Данный вид процедур регулируется Кодексом об административном судопроизводстве Украины и не содержит принципиальных особенностей исходя из специфики налогообложения. Налоговые споры разрешаются в общем порядке административного судопроизводства для споров с участием субъекта властных полномочий;

в) *охранительные процедуры* (содержат процедуры реализации мер принуждения за нарушения налогового законодательства и предполагают весь комплекс ответственности: уголовной, административной и финансовой).

¹ Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. М.: НОРМА, 2003. С. 100.

Система процессуального регулирования налогообложения основывается на общетеоретической конструкции процедур и обеспечивает весь комплекс правового воздействия на сферу налогообложения. Она предполагает использование не исключительно налогово-процессуальных форм, но и использование административно-правовых, уголовно-правовых способов регулирования. Налоговый процесс, в отличие от более широкой конструкции процессуального регулирования налогообложения, включает исключительно налоговые процедуры:

а) *учетные налоговые процедуры* (процедуры, определяющие как порядок регистрации лиц, у которых возникает налоговая обязанность, так и учет объектов налогообложения);

б) *процедуры уплаты налогов и сборов* (обеспечивают непосредственное поступление денежных средств от налогов и сборов как в режиме добровольного исполнения обязанности, так и при принудительном ее исполнении);

в) *процедуры налоговой отчетности* (предполагают закрепление порядка поведения на заключительной стадии реализации налоговой обязанности – подачи отчетности юридическими и физическими лицами, внесение изменений в налоговые декларации и т.д.);

г) *процедуры налогового контроля* (объединяют порядок деятельности органов, осуществляющих контрольные функции в сфере налогообложения (прежде всего, налоговых), права и обязанности обязанных лиц);

д) *налоговые процедуры административного согласования* (представляют собой порядок разрешения споров между плательщиками и налоговыми органами в режиме административного апелляционного согласования на различных уровнях налоговых органов). Несмотря на привязанность к административному режиму согласования, данная разновидность процедур относится именно к налоговым и регулируется исключительно налоговым законодательством (Закон Украины «О порядке погашения обязательств налогоплательщиков перед бюджетами и государственными целевыми фондами»). Они предполагают специальный порядок согласования позиций между плательщиками и налоговыми органами, их должностными лицами, закрепленный налоговым законодательством;

е) *охранительные налоговые процедуры* связаны с реализацией мер принуждения, применением финансовой ответственности и опосредованы несвоевременным или неточным исполнением налоговой обязанности. Данный вид процедур имеет двойственный характер и подразделяется на охранительные процедуры, связанные с реализацией мер принуждения на стадии административного согласования, и охранительные процедуры, связанные с реализацией мер принуждения на основании решения суда после разрешения налогового спора.

*Д.А. Смирнов**

**СОЦИАЛЬНЫЕ, КУЛЬТУРНЫЕ И ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ФАКТОРЫ
ФОРМИРОВАНИЯ И ДЕТЕРМИНАЦИИ ПРИНЦИПОВ
НАЛОГОВОГО ПРАВА РОССИИ**

Важным моментом в познании принципов налогового права и их оценки выступает определение факторов их формирования и детерминации. Детерминация – понятие, производное от слов «детерминант» (определитель), «детерминировать» (определять, обуславливать), представляющее процесс обусловливания, определения принципов налогового права. Условие – это то, что само по себе не порождает принципы, но влияет на процессы их формирующие, участвует в их определении, а в дальнейшем и реализации. Применение принципов налогового права возможно лишь тогда, когда становятся ясными факторы, лежащие в основе принципов налогового права. Выявить принципы возможно, только имея четкое представление об их обусловленности в формировании и определении.

Можно констатировать, что лишь в юридической науке незначительное внимание уделяется изучению факторов формирования, определения и реализации принципов права¹. Принципы налогового права в данном аспекте совершенно не исследованы, а между тем процесс формирования и детерминации принципов налогового права отражает сложный процесс взаимодействия различных факторов: не только причинных, но и функциональных, статистических, связей состояния и т.д.

Функциональная зависимость характеризует объективное соответствие в сосуществовании и изменчивости двух факторов. Например, финансовый кризис в регионе ведет к увеличению числа налоговых правонарушений, позволяющих уклоняться от уплаты налогов или существенно снижать их. В свою очередь данные обстоятельства влекут качественное изменение и формирование ряда принципов налогового права: социальной справедливости налогообложения, равноправия налогоплательщиков, соразмерности на-

* © Смирнов Д.А., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной академии права.

¹ См., например: *Ведяхин В.М., Суркова О.Е.* Факторы формирования и реализации принципов права. Самара, 2005.

логообложения конституционно значимым целям ограничения прав и свобод, презумпции добросовестности налогоплательщика и т.д.

Статистическая связь заключается в учете изменений характера распределения одного фактора в зависимости от другого. Например, при повышении налоговых поступлений в бюджеты параллельно увеличивают налоговую ставку по налогу на имущество физических лиц, а также – налоговую базу (замена инвентаризационной стоимости имущества на рыночную). Тем самым достигается баланс в положении налогоплательщиков, являющихся юридическими и физическими лицами, поскольку размер налога на имущество между данными категориями также выравнивается.

Связь состояний показывает, каким образом одно состояние какого-либо явления в данный момент при конкретных условиях влияет на его состояние в другой ситуации. Так, формирование низкого уровня налогового правосознания, обусловленного особенностями государственного строя во времена социализма, привело к различным проблемам по уплате налогов в России. Стремление к уклонению от уплаты налоговых платежей стало нормой и последствием долговременной идеологии социализма, направленной на то, что налоги – это пережиток капитализма, который со временем должен быть заменен в государстве другими финансовыми механизмами.

Причинность рассматривается как одна из форм универсального взаимодействия, как один из видов детерминации и формирования принципов налогового права, означающий генетическую, производную связь. Она раскрывает процесс формирования данного явления, устанавливает факт связи между породившим и порожденным. В этом случае причинность – одна из видов связей вещей и явлений, т.е. связь производящая, определяющая именно факт порождения и формирования какого-либо явления, процесса¹.

Факторы выступают основным компонентом причинной связи в формировании и детерминации принципов налогового права. По мнению В.М. Ведяхина и О.Е. Сурковой, все факторы формирования принципов права можно подразделить на правовые и неправовые. К неправовым факторам можно отнести экономические, социальные, политические отношения, мораль, психологию общества и граждан и т.д. Правовые факторы делятся на государственно-правовые (тип, форма государства и права, концепция правового государства) и собственно правовые (понятие и сущность права, правовая система – правовая семья, система права, законодательство и юридическая практика, правосознание, правовые доктрины и т.д.)². Данное суждение заслуживает внимания и непосредственно связано с принципами налогового права.

¹ См.: Пучнин В.М. Проблемы детерминации коррупционной деятельности как приоритетное направление административной реформы России // Административная реформа в России: федеральный и региональный уровни: монография / под ред. А.В. Малько. Тамбов, 2009. С. 173.

² См.: Ведяхин В.М., Суркова О.Е. Указ. соч. С. 31.

Налоговое право отличается своей спецификой и экономическим содержанием, но его принципы не свободны от общеправовых и иных факторов, поэтому, дифференцируя факторы формирования и детерминации принципов налогового права, следует исходить из классических оснований подразделения факторов как обстоятельств и условий, имеющих значение для раскрытия данного вопроса, не забывая об особом содержании налоговых отношений. Подобное разграничение факторов представляется условным, поскольку все они существуют в системной взаимосвязи. Рассмотрим некоторые факторы подробнее.

Социальные, культурные и психологические факторы оказывают серьезное воздействие на возникновение, развитие и трансформацию как отдельных налогов, так и налоговых систем, а также принципов налогового права. В их числе можно назвать традиции, обычаи, привычки народа, его менталитет, качество жизни, мораль, культуру, в том числе национально-правовую, психологию, правосознание и ряд других. Рассмотрим некоторые из них.

Начнем с социальных факторов, особенно ярко проявляющихся в рамках социологического подхода¹ к изучению налогового права. Под социальным фактором в данном случае следует понимать учет государством в своей налоговой политике интересов² различных социальных групп и слоев, степень их совпадения, а также реакцию общества на конкретные действия государства в сфере налогообложения³.

¹ Социологическое направление в юриспруденции и социологический подход к пониманию права основаны на следующих положениях: 1) социальная жизнь сложнее и динамичнее права, устанавливаемого государственными органами в нормативных актах; только писаное право не в состоянии адекватно регулировать общественные отношения; 2) отрицательное отношение к требованию юридического позитивизма признавать в качестве единственного источника права только законодательство; 3) требование признания за иными источниками права самостоятельного значения, прежде всего это относится к судебной практике, которая объявляется одним из основных источников права, имеющих, в некоторых вариантах социологической школы права, даже большее значение, чем нормативно-правовые акты; 4) юридическая наука должна изучать не только писаное право, но и практику его применения и те отношения, которые правом регулируются (подробнее см.: *Лазарев В.В., Липень С.В.* Теория государства и права: учебник для вузов. 2-е изд., испр. и доп. М., 2000. С. 443).

² Категория «интерес» учитывается и при влиянии политических факторов на формирование и детерминацию принципов налогового права, однако в данном случае следует исходить из того, что это самостоятельный фактор, рассматриваемый с точки зрения социологического подхода в юриспруденции. Социальный характер интереса подтверждается тем, что ради удовлетворения возникших потребностей налогоплательщик именно в ходе реализации своего интереса вступает в определенные общественные отношения, которые определяются сложившимися социальными, экономическими, психологическими и другими факторами, т.е. интерес, направляя налогоплательщика на тот или иной способ удовлетворения потребности, является промежуточным звеном между биологическими и социальными факторами, определяющими сущность потребности, и общественными отношениями, которые активизируются, направляются и во многом определяются существующими интересами. (подробнее см.: *Малько А.В., Субботчев В.В.* Законные интересы как правовая категория. М., 2004. С. 21).

³ См.: *Аронов Д.* Учет социального фактора в налогообложении России (с древнейших времен до настоящего времени) // Социальное и пенсионное право. 2007. № 3. С. 35–41.

Социологический подход ориентирует на учет общественных отношений и тех социальных интересов, под влиянием которых складываются законодательные нормы и судебные позиции¹, выражающие принципы налогового права. Не случайно в дореволюционной юридической науке существовал взгляд, согласно которому финансовое право рассматривалось как скристаллизовавшийся результат движения (борьбы) социальных групп в известном круге явлений при данном экономическом строе, и было бы правильно исходить при анализе финансовых институтов из интереса, а затем учитывать роль других моментов².

Государство всегда реализует чей-то социальный интерес – одной личности (при тирании), группы лиц (например, при аристократической форме правления), большинства общества (при демократии)³. От того, кто стоит у власти, зависят формирование и детерминация принципов налогового права, поскольку в них сконцентрирован социальный интерес. Со времен Древней Руси до современной России шло эволюционное развитие ценностных представлений о социальном интересе. Особенно ярко это проявлялось в налоговой сфере. От древнего принципа «брать, кто что может», имеющего военный характер, налогообложение развилось до принципа «публичной цели взимания налогов», в котором должен воплощаться интерес российского гражданского общества⁴.

Общество можно назвать гражданским только в случае уважения государством принципов социальной справедливости, всеобщности, равенства налогообложения, а также ряда других принципов налогового права⁵. Современ-

¹ См.: *Щекин Д.М.* Налоговые риски и тенденции развития налогового права. М., 2007. С. 97.

² См.: *Озеров И.Х.* Основы финансовой науки. М., 1909. Вып. 1: Учение об обыкновенных доходах. С. 19–21.

³ См.: *Щекин Д.М.* Указ. соч. С. 123.

⁴ Гражданское общество – это сфера свободной, автономной, а также стимулированной правом активности граждан и созданных ими организаций, которые в этой сфере имеют реальную возможность и способны выступать в качестве самостоятельных и независимых субъектов, преследующих позитивные цели и законные интересы, огражденная необходимыми законами от прямого, необоснованного вмешательства и произвольной регламентации деятельности этих граждан и организаций со стороны органов государственной власти (подробнее см.: *Затонский В.А.* Правовая политика как способ усиления российской государственности // Правовая политика России: теория и практика: монография / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2006. С. 201).

⁵ Именно поэтому законодатель, осуществляя в рамках предоставленной ему дискреции нормативно-правовое регулирование отношений по установлению, введению и взиманию налогов и определяя применительно к конкретному налогу соответствующие принципы налогообложения, должен прежде всего учитывать закрепленные Конституцией Российской Федерации и составляющие основы конституционного строя Российской Федерации принципы правового и социального государства (ч. 1 ст. 1; ст. 7), а также принципы равенства перед законом и судом (ч. 1 ст. 19) и пропорциональности (ст. 55), которыми ограничиваются пределы его усмотрения в этой сфере (см., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 13 марта 2008 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений подпунктов 1 и 2 пункта 1 статьи 220 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами

менное правовое государство должно иметь справедливую налоговую систему, основанную на уважении государством налогоплательщиков, их прав и обязанностей. Только тогда можно говорить о том, что в государстве представлено высокоразвитое гражданское общество, существующее на фоне персонцентристского правового общества, в котором сильное государство подчинено праву и в социальных отношениях жестко ограничено им. В правовом обществе государство не вправе нарушать законодательно установленные для него запреты, ограничения, а физические лица и организации свободны делать все, что не запрещено правом, в том числе налоговым, имея достаточно высокую общую и политико-правовую культуру и не позволяя себе действовать анархично¹.

Гражданское общество находится в стадии становления. Некоторые ученые считают, что такой феномен как гражданское общество отсутствует в реальной действительности². Однако гражданское общество – необходимый элемент правового государства³, для возникновения которого должно быть обеспечено всестороннее развитие свободной и ответственной личности. Специальным статусом личности выступает правовой статус налогоплательщика, предполагающий наличие прав и обязанностей в налоговой сфере. В этом случае проблема налогоплательщика – это проблема субъекта, включенного в систему общественных отношений, в социальную структуру общества.

Содержание социально-правового положения налогоплательщика образуют складывающиеся в обществе объективные конкретно-исторические связи и отношения, в системе которых он находится. Его социальный статус зависит от того, кто реализует публичный интерес, от социально-классовой структуры общества, производства и распределения жизненно необходимых материальных и духовных благ, развития духовной жизни общества.

Социально-правовое положение налогоплательщика определяется условиями и возможностями данной общественной системы. Ранее существовала зависимость правового положения налогоплательщика от принадлежности к тому или иному классу, социальной группе, сословию. В настоящий момент общественные отношения в налоговой сфере достигли принципов всеобщности и равенства, что не исключает механизмов стимулирования налогообложения. Объект налогообложения определяет налогоплательщика и накладывает на него обязанности. Государство же гарантирует обеспечение прав на-

граждан С.И. Аникина, Н.В. Ивановой, А.В. Козлова, В.П. Козлова и Т.Н. Козловой» // СЗ РФ. 2008. № 12. Ст. 1183; Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2007 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения части первой статьи 15 Федерального закона «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 год» в связи с жалобой гражданки Т.А. Баныкиной» // СЗ РФ. 2007. № 14. Ст. 1242).

¹ См.: *Затонский В.А.* Указ. соч. С. 205.

² См., например: *Разгильдиев Б.Т.* Понятие и социальное назначение принципа уголовного права // *Вестник Академии экономической безопасности МВД России.* 2009. № 1. С. 90.

³ См.: *Ведяхин В.М., Суркова О.Е.* Указ. соч. С. 41.

логоплательщику и защиту его интересов в процессе налогообложения, что достигается таким инструментом как налоговое право, развитие которого не мыслится в отрыве от двух основных идей – идеи неприкосновенности личности и идеи неприкосновенности частной собственности¹.

В рамках гражданского общества действует принцип взаимной ответственности государства и налогоплательщика. К сожалению, налоговое законодательство, устанавливая меры ответственности, в большей степени обращает внимание на налогоплательщика, оставляя в стороне представителей государственной власти. К тому же существует тенденция деформирования публичных интересов, их бюрократизации², что, безусловно, ведет к негативному формированию и детерминации принципов налогового права. Так, например, введение механизма обязательного досудебного порядка обжалования решений налоговых органов³ нарушает право налогоплательщика на свободное обращение в суд или иной орган по своему усмотрению, т.е. ограничивает налогоплательщика в праве выбора органа, в который он может обратиться за защитой своих прав. Этот порядок только снижает нагрузку на представителей судебной и иной власти. К тому же НК РФ относительно указанного порядка не осуществляет должной регламентации. В частности, отсутствует указание на требование к налоговому органу по извещению лица, направившего жалобу, о дате ее рассмотрения и по обеспечению участия данного лица в ее рассмотрении. Не установлены требования к содержанию решения по результатам рассмотрения жалобы. Действующий Регламент рассмотрения споров в досудебном порядке (утв. Приказом МНС России от 17 августа

¹ См.: Налоговое право: учебник / под ред. С.Г. Пепеляева. М., 2004. С. 69.

² См.: *Щекин Д.М.* Налоговые риски и тенденции развития налогового права. С. 123.

³ Согласно п. 1 ст. 138 НК РФ акты налоговых органов, действия (бездействие) их должностных лиц могут быть обжалованы в вышестоящий налоговый орган или в суд. Причем при подаче жалобы в вышестоящий орган можно одновременно или последовательно подать аналогичную жалобу в суд. Начиная с 2009 г., обращению в суд в некоторых случаях должно предшествовать обжалование решений налоговых органов в вышестоящем органе. Такое правило закреплено в п. 5 ст. 101.2 НК РФ (статья введена Федеральным законом от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования» // СЗ РФ. 2006. № 31, ч. 1, ст. 3436; см. также: Федеральный закон от 22 июля 2008 г. № 155-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 30, ч. 1, ст. 3611). Досудебное обжалование предусмотрено только для решений, которые вынесены по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки: о привлечении (или об отказе в привлечении) к ответственности за совершение налогового правонарушения. Следовательно, иные акты (например, решение об отказе в зачете или возврате налога; требование об уплате налога, пеней, штрафа), а также действия или бездействие налоговых органов могут быть обжалованы в суде без предварительного рассмотрения в вышестоящем органе. Как отметил Минфин России (Письмо от 23 июля 2009 г. № 03-02-07/1-381: [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». Версия 4000.00.03), процедура досудебного обжалования обязательна только для тех решений инспекции, которые были приняты начиная с 1 января 2009 г. Соответственно, если решение было подписано ранее указанной даты, его можно оспорить сразу в суде.

2001 г. № БГ-3-14/290)¹ устарел, так как вообще не содержит такого понятия, как апелляционная жалоба.

Указанные выше недостатки налогово-правового регулирования свидетельствуют о нарушении социальных интересов налогоплательщиков и чрезмерном превалировании государственных (публичных) интересов над частными. Механизм обязательного досудебного порядка обжалования решений налоговых органов выступает в качестве принципа налогового права, который сформировался в результате деформации публичных интересов, а также нарушения баланса публичных и частных интересов².

¹ Нормативные акты по финансам, налогам, страхованию и бухгалтерскому учету. 2001. № 10.

² См.: Современное Российское государство, чем дальше, тем меньше реализует публичный интерес, тем самым, нарушая частные социальные интересы налогоплательщиков. В числе последних изменений налогового законодательства, ухудшающих положение налогоплательщиков можно назвать следующие:

1. Повышены размеры штрафов за нарушение банками своих обязанностей (п. 1 и 2 ст. 132 НК РФ).

2. Повышена ответственность банка за неисполнение решения инспекции о приостановлении операций по счетам налогоплательщика (ст. 134 НК РФ).

3. Увеличились некоторые ставки акцизов (ст. 193 НК РФ).

4. Организации и индивидуальные предприниматели при выдаче физическим лицам подарков, облагаемых НДФЛ, признаются налоговыми агентами, а значит, обязаны удерживать налог, вести учет данных доходов и подавать сведения о доходах физических лиц по форме 2-НДФЛ (подп. 7 п. 1 ст. 228 НК РФ).

5. Налогоплательщик по всему амортизируемому имуществу может применять либо только линейный, либо нелинейный метод (абз. 2 п. 3 ст. 259 НК РФ). Исключения составляют здания, сооружения, передаточные устройства и нематериальные активы, входящие в восьмую–десятую амортизационные группы, по которым используется только линейный метод (абз. 1 п. 3 ст. 259 НК РФ).

6. Повышающий коэффициент (не более 3) не применяется в отношении амортизируемых основных средств, которые являются предметом договора финансовой аренды (договора лизинга), относящимся к первой–третьей амортизационным группам, при любом методе начисления амортизации (подп. 1 п. 2 ст. 259.3 НК РФ).

7. Предприниматели, применяющие УСН, с 2009 г. будут платить НДФЛ с доходов в виде экономии на процентах (п. 2 ст. 224, п. 3 ст. 346.11 НК РФ).

8. Организации и индивидуальные предприниматели с 2009 г. не могут применять ЕНВД, если численность их работников за предшествующий календарный год превышает 100 человек (подп. 1 п. 2.2 ст. 346.26 НК РФ).

9. Организация не может применять ЕНВД, если доля участия других юридических лиц в ее уставном капитале превышает 25 процентов (подп. 2 п. 2.2 ст. 346.26 НК РФ).

10. Сокращен перечень видов деятельности, которые переводятся на ЕНВД (подп. 4 и 5 п. 2.2 ст. 346.26, абз. 7 ст. 346.27 НК РФ).

11. Налогоплательщики не могут изменять значение К2 в зависимости от фактического времени осуществления предпринимательской деятельности (абз. 3 п. 6 ст. 346.29 НК РФ).

12. Применять ЕНВД будут только те налогоплательщики, которые занимаются распространением наружной рекламы с использованием рекламных конструкций, а также размещением рекламы на транспортных средствах (подп. 10 и 11 п. 2 ст. 346.26 НК РФ).

13. Значения физических показателей рассчитываются в целых единицах, а значения стоимостных показателей – в полных рублях (п. 11 ст. 346.29 НК РФ).

Говоря о формировании и детерминации принципов налогового права, нельзя забывать о культурных факторах. В правоведении культурологическим исследованиям уделяется незначительное внимание. Традиционно используются формально-юридический, системный, сравнительно-правовой и некоторые другие методы. Применение социокультурного анализа имеет скорее случайный, чем закономерный характер. В то же время зависимость культуры и права подчеркивается многими учеными¹. Культурологические исследования позволяют определить «глубинные» причины несоблюдения правовых норм и низкого уровня правопорядка. Игнорирование культурных факторов является недостатком современного законотворческого процесса России. Учет результатов культурологических исследований особенно важен для российского законодателя, призванного устанавливать единые правила (принципы), обязательные для представителей различных культур.

Существует более 200 определений культуры, что обусловлено ее философским, историческим, антропологическим, социологическим, этнографическим, археологическим и правовым содержанием. Так, в словаре В. Даля культура определяется как «образование, умственное и нравственное»². Согласно словарю С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой, культура – это «совокупность производственных, общественных и духовных достижений людей»³. В.В. Миронов под культурой понимает совокупность результатов Деятельности людей, создавших систему традиционных для человечества ценностей⁴.

Применительно к данному исследованию актуальным представляются вопросы о правовой и налоговой культурах. Так, если правовая культура занимает достойное место в трудах юристов, то налоговая культура выступает одним из самых малоизученных явлений в области правовой культуры⁵. Как правило, в юридических трудах используется термин «налоговая культура»

Подробнее см. Федеральные законы: от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования» // СЗ РФ. 2006. № 31, ч. 1, ст. 3436; от 22 июля 2008 г. № 155-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 30, ч. 1, ст. 3611; от 29 июня 2009 г. № 140-ФЗ «О внесении изменения в статью 3 Федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации»» // СЗ РФ. 2009. № 26. Ст. 3138.

¹ См.: Рыбаков О.Ю. Право, отчуждение и согласие в современном российском государстве. М.: Юрист, 2009. С. 66–106; Малешин Д.Я. Социокультурные основы российского права // Юридическая наука и образование. 2008. № 1. С. 8–9; Гриценко В.В. Теория российского налогового права: современные проблемы. Саратов, 2005. С. 361–377.

² Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: М., 1989. Т. 2. С. 217.

³ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М., 2004. С. 313.

⁴ См.: Миронов В.В. Философия и метаморфозы культуры. М., 2005. С. 140.

⁵ См.: Гриценко В.В. Указ. соч. С. 361.

без раскрытия его содержания¹. Лишь некоторые ученые рассматривали понятие налоговой культуры с учетом субъективных и объективных моментов развития российского общества и государства².

Налоговая культура без сомнения – часть правовой культуры и обладает всеми признаками и чертами последней. Что же такое правовая культура? В.И. Каминская и А.Р. Ратинов предложили понимать под правовой культурой систему овеществленных и идеальных элементов, относящихся к сфере действия права и их отражение в сознании и поведении людей³. В.Н. Кудрявцев и В.П. Казимирчук полагают, что правовая культура ориентирована обществом на формирование и развитие правового сознания людей, из ценностно-нормативного комплекса, а тем самым и поведения, и деятельности в правовой сфере. Это воздействие осуществляется путем закрепления определенных правовых взглядов, духовных ценностей и т.д.; развития и трансформации содержания правовой идеологии и правового сознания; введения в правовое сознание личности новых взглядов, новых правовых ценностей и т.п.; ломки устаревших стереотипов⁴. В.П. Сальников определяет правовую культуру как «особое социальное явление, которое может быть воспринято как качественное правовое состояние и личности, и общества, подлежащее структурированию по различным основаниям»⁵.

Можно привести и другие определения правовой культуры, но все они будут указывать на то, что данная правовая категория отличается сложным содержанием, имеющим свою структуру. Единства взглядов в последнем случае также не наблюдается. Так, С.С. Алексеев выделяет четыре элемента, к которым относит: уровни правосознания, законность, совершенство законодательства и юридическую практику⁶. А.П. Семитко считает необходимым акцентировать внимание на уровне развития законодательства, правовой практики и правосознания при определении и характеристике структуры правовой культуры общества. По его мнению, структурными элементами правовой культуры выступают компоненты правовой системы – правовые тексты,

¹ См., например: *Шередеко Е.В., Симин В.Н.* Уклонение от уплаты налогов: причины, способы и средства пресечения // *Финансовое право.* 2009. № 1. С. 12–19; *Гудков И.Н.* Налоговые льготы как институт налогового права РФ // *Финансовое право.* 2009. № 4. С. 19–20; *Ивачев О.В.* Административная деятельность по предупреждению налоговых правонарушений // *Административное и муниципальное право.* 2009. № 9. С. 72–78 и др.

² См., например: *Пансков В.* Мы в политику играть не собираемся // *Налоги.* 2004. № 5. С. 1; *Гриценко В.В.* Указ. соч. С. 362–377.

³ См.: *Каминская В.И., Ратинов А.Р.* Правосознание как элемент правовой культуры // *Правовая культура и вопросы правового воспитания* // *Правовая культура и вопросы правового воспитания: сб. науч. тр.* М., 1974. С. 43.

⁴ См.: *Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П.* Современная социология права. М., 1993. С. 120–121.

⁵ *Сальников В.П.* Понятие и общая характеристика правовой культуры // *Общая теория государства и права: академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко.* М., 2007. С. 508.

⁶ См.: *Алексеев С.С.* Проблемы теории государства и права: в 2 т. Свердловск, 1974. Т. 1. С. 179–180.

правовая деятельность, сознание и развитие субъектов, взятые в уровне состояния их развития¹. В.М. Сырых указывает: «Правовой режим, обеспечивающий надлежащий уровень законности, неукоснительную реализацию прав и свобод человека, иных лиц, взаимную ответственность государства и личности, охватывается понятием правовой культуры»².

Не вдаваясь в полемику, отметим: «Налоговая культура – это часть общенациональной культуры страны, связанная с деятельностью участников отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах и государством, отражающая уровень знания и соблюдения налогового законодательства, правильность исчисления, полноты и своевременности уплаты (перечисления) в бюджетную систему РФ налогов, сборов и иных обязательных платежей, знание своих прав, исполнение своих обязанностей, складывающаяся из понимания всеми гражданами важности для государства и общества уплаты налогов»³.

Налоговая культура как часть правовой имеет свою структуру, состоящую из элементов, и обладает специфичной сферой охвата и применения. Следует согласиться с В.В. Гриценко, выделяющей три основных элемента налоговой культуры: 1) налоговое правосознание налогоплательщиков; 2) уровень развития налоговой деятельности, включающий научные разработки в теории налоговой культуры, а также правотворческую и правоприменительную деятельность; 3) уровень развития налогового законодательства⁴. Однако, представляется, что налоговая культура должна охватывать также правосознание представителей государственной власти, в частности, работников налоговых и финансовых органов. Налоговое правосознание надлежит связывать не только с уплатой налогов и иных обязательных платежей, но и с высоким уровнем организации налоговых и финансовых органов, осознанием ответственности и важности для государства от четкости их работы. Кроме того, думается, что в качестве самостоятельных элементов налоговой культуры следует признавать законность и правопорядок в налоговой сфере, поскольку они отображают правовые требования и налоговую реальность, отображают взаимосвязь социальных оснований и культуры.

Каждый из элементов налоговой культуры в некоторой степени ущербен, что в конечном итоге сказывается на формировании, детерминации и реализации принципов налогового права. Кодификация налогового законодательства России не решила многие проблемы в сфере налогообложения. На основе принятого НК РФ осуществляется комплексный пересмотр всей сис-

¹ См.: Семитко А.П. Правовая культура социалистического общества: сущность, противоречия, прогресс. Свердловск, 1990. С. 21.

² Сырых В.М. Теория государства и права: учебник для вузов. 5-е изд., стереотипное. М., 2006. С. 143.

³ Леонова Е.Д., Чухнина Г.Я. Налоговая культура как важный элемент совершенствования налоговой системы России // Налоги и налогообложение. 2008. № 9. С. 5.

⁴ См.: Гриценко В.В. Указ. соч. С. 362.

темы налогообложения с одновременным устранением недостатков и перекозов в этой сфере. Он рассматривается как инструмент формирования «более справедливой, стабильной, понятной и единой»¹ налоговой системы, основанной на справедливых принципах, все элементы которой функционируют как единый правовой механизм в рамках единого правового пространства, но самое главное – как свод «легитимного поведения», устанавливающий отношения между налогоплательщиками и государством в лице налоговых органов². Однако НК РФ не содержит целостной, динамичной и функциональной системы принципов, а также механизма их реализации. В результате современная налоговая система нарушает основные принципы налогообложения. Она нестабильна, сопряжена с высокими транзакционными издержками для государства и для налогоплательщиков. Основной акцент в налоговом администрировании возложен на фискальную функцию. Постоянные изменения налогового законодательства связаны с принятием подзаконных актов, часто содержащих ложное толкование или толкование с пристрастием, а также избирательное применение неопределенных правовых понятий. Все это оказывает отрицательное влияние на рост доверия граждан к налоговой системе, на развитие налоговой культуры, совершенствование системы общих правил налогообложения, т.е. принципов налогового права.

Правотворческая и правоприменительная деятельность также не отличаются совершенством. Законодатель и иные участники правотворческого процесса создают значительное количество налоговых актов, не соответствующих требуемым критериям и общеправовой культуре построения закона³. В результате возникают сложности и проблемы в механизме реализации налоговых норм. Одной из таких проблем является взаимосвязь и разграничение сфер регулирования гражданского, административного и налогового законодательства⁴.

О низком уровне налоговой культуры свидетельствует возрастание количества налоговых правонарушений, в том числе и налоговых преступлений⁵. Налогоплательщик старается избежать изъятия имущества, которое стремится совершить государство или, по крайней мере, уменьшить его раз-

¹ См.: *Пансков В.Г.* О нерешенных проблемах части первой Налогового кодекса // *Налоговый вестник.* 1998. № 12. С. 3.

² См.: *Титов А.С.* Противоречия и перспективы развития налоговых правоотношений // *Финансовое право.* 2006. № 1. С. 16–20.

³ См.: *Масленникова А.А.* Культура построения налоговой нормы: Проблемы и перспективы // *Финансы.* 2002. № 3. С. 40.

⁴ См.: *Топорнин Б.В.* Налоговое право в правовой системе России // *Налоговый вестник.* 1997. № 8. С. 4; *Осетрова Н.И.* Основные правила налогообложения и необходимость их уточнения // *Налоговый вестник.* 2001. № 3. С. 141.

⁵ См.: *Гриценко В.В.* Указ. соч. С. 365; *Сидорова М.Г.* К вопросу о производстве по делам о налоговых правонарушениях как составной части института ответственности // *Адвокат.* 2009. № 6. С. 95–98; *Ивачев О.В.* Административная деятельность по предупреждению налоговых правонарушений // *Административное и муниципальное право.* 2009. № 9. С. 82–88 и др.

меры. «Уклонение от налогов развилось вместе с налогообложением в такой мере, что некоторые финансисты могли сформулировать закон роста сопротивления налогу в качестве коррелятива к закону Вагнера о постоянном росте государственных расходов»¹.

В то время как в развитых странах человек, уклоняющийся от уплаты налогов, вызывает общественное осуждение, в России же подобное расценивается чуть ли не как доблесть и геройство². По справедливому замечанию П.М. Годме: «Для многих граждан осознание налоговых обязанностей гораздо менее сильно, чем моральных. Для многих украсть у казны не значит украсть. И очень много таких, которые не колеблясь постараются избежать исполнения своих налоговых обязательств и уклониться от “почетной обязанности участвовать в государственных расходах”. Многие налогоплательщики не чувствуют той моральной вины, укрывая от налогов объекты обложения, какую они испытывали бы, завладев чемоданом их соседа или непосредственно забравшись в государственную кассу. Они забывают, что обман налоговых властей обяжет повысить обложение честных налогоплательщиков»³. В этом заключаются психологические особенности налогоплательщика: мировоззрение, взгляды, убеждения, желания, интересы, склонности, идеалы, направленность.

Психологические аспекты тесно связаны с налоговым правосознанием. Зачастую налоговая культура сводится к правосознанию, что не совсем правильно. Такой подход можно назвать узким, рассматривающим налоговую культуру в качестве отношения налогоплательщика к уплате налогов⁴. В то же время понятие налоговой культуры значительно шире. Налоговое правосознание занимает важнейшую нишу в становлении налоговой культуры и представляет одну из частей ее структуры. Основные проблемы налоговой культуры и теории, и практики связывают в первую очередь с несознательностью налогоплательщика. Остальные причины низкого уровня налоговой культуры отходят на второй план⁵.

¹ Годме П.М. Финансовое право. М., 1970. С. 397.

² См.: Письмо Госналогслужбы РФ от 11 февраля 1997 г. № ВК-6-23/118 «О работе налоговых органов по повышению налоговой культуры населения в 1997–1998 гг.»: [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». Версия 4000.00.03.

³ Годме П.М. Указ. соч. С. 399.

⁴ См.: Гриценко В.В. Указ. соч. С. 365.

⁵ В числе проблем формирования налоговой культуры выделяют:

- несовершенство, нестабильность налогового законодательства РФ;
- недостаточные информирование, консультирование граждан, рекламно-информационные мероприятия, использование каналов СМИ;
- неудовлетворительное качество исполнения налоговых процедур;
- недоверие населения к налоговым органам;
- проблему взаимной социальной ответственности граждан, бизнеса и государства;
- непрестижность работы в налоговых органах, низкую социальную мотивацию, большую текучесть кадров;

Правосознание занимает особое место в юридической надстройке: «Оно не только ее, относительно самостоятельная, отличная от других частей надстройки, часть, но и всепроникающий ее элемент. В силу того, что право связано с сознательной деятельностью людей ... ни одна область юридической надстройки не обходится без правосознания, не существует и не может существовать без него»¹. Принципы налогового права создаются деятельностью государственных органов при помощи законов и иных нормативных актов, в них выражается господствующее налоговое правосознание, определяемое базисом общества. Сам процесс правотворчества есть процесс превращения правовых идей – принципов налогового правосознания – в принципы налогового права, находящие свое выражение в нормах налогового права. Как только принципы налогового права созданы, они подчиняются уже иным закономерностям, свойственным системе налогового права данного государства, а не закономерностям, присущим формам налогового сознания. Правосознание как сумма правовых идей предшествует и непосредственно определяет всю ту практическую деятельность, которая имеет юридическое значение. С другой стороны, правосознание отражает юридическую практику, ее результаты, нормы права, правоотношения, законность и т.п.²

Примитивное развитие налоговой культуры в России имеет свои исторические причины. В государстве, где долгое время налогообложение рассматривалось как «тягло», а одним из принципов выступала «круговая порука», а также иные несправедливые начала, не могло сформироваться морально-устойчивое правосознание налогоплательщика³, отвечающее потребностям правового налогового государства. Так, если к началу XX в. основные справедливые принципы налогообложения были сформированы, то во времена социалистического периода они были деформированы особым правосознанием советского человека.

В социалистический период был провозглашен курс на снижение размера и количества налогов, частная собственность существовала в ограниченном виде, основой экономического строя была государственная и колхозная формы собственности и производства. Роль налогов с физических лиц нивелировалась особым подходом государства к формированию бюджетных источников доходов. Основой доходов бюджета СССР были чистые доходы отраслей социалистического народного хозяйства, с которых взимался налог

– процесс глобализации как причину роста конкуренции фирм, и вследствие этого постоянный поиск хозяйственными субъектами способов минимизации налоговых платежей (подробнее см.: *Леонова Е.Д., Чухнина Г.Я.* Указ. соч. С. 5).

¹ *Фарбер И.Е.* Правосознание как форма общественного сознания. М., 1963. С. 39.

² Там же. С. 40.

³ В процессе генезиса видна эволюция принципов налогообложения и налогового права, их преемственность и качественное изменение, соответствующее развитию налогового правосознания.

с оборота и отчисления от прибыли¹. Налоги утратили свою важную роль регулятора экономических процессов². В результате у граждан не сформировалось патристическое отношение к важности такого института как налог.

Социализм ассоциировался с ничтожностью частной собственности, отсутствием институтов гражданского общества, превалированием государственного над всем иным, а ведь еще И. Кант указывал на частную собственность, гражданское общество и гражданское сознание как предпосылки правового государства³.

В 1990 г. с принятием Закона СССР «О собственности в СССР» и Закона РСФСР «О собственности в РСФСР»⁴ начался существенный поворот в системе налогообложения. На этой основе в течение короткого периода времени изменения в области налогов следовали одно за другим. И затем, в конце 1991 г., Верховный Совет РФ принял целый пакет законодательных актов, которые кардинально реформировали налоговую систему России⁵.

На фоне правового комплекса налоговых актов активного внимания со стороны государства к формированию налогового правосознания не наблюдалось, а между тем развитие частной собственности требовало особого налогового правосознания. В России частнособственнические отношения получили свое развитие, но еще не достигли совершенства. В то же время их бурный рост требует пересмотра общественного сознания. Негативное историческое прошлое в налоговой сфере дореволюционного периода, а также долгий период социализма, когда присутствовала направленность на уплату налогов и иных обязательных платежей юридическими лицами и лишь малой долей физических лиц, не позволило просто и быстро переориентировать правовое сознание в сторону необходимости и важности уплаты налогов для нужд общества и государства.

Современное налоговое правосознание деформировано, что является результатом негативных факторов в правовом бытии⁶, а также материальных и политических условий существования налогоплательщика. Как известно, правосознание подразделяется на индивидуальное и общественное. В свою очередь правосознание делится на правовую психологию и правовую идеологию. Индивидуальное налоговое правосознание находится в тесной связи с общественным. По мнению Н.И. Химичевой, каждый налогоплательщик должен понимать, что налоги выступают основным источником доходов

¹ См.: *Плотников К.Н.* Очерки истории бюджета Советского государства. М.: Госфиниздат, 1954. С. 5–12; Налог на добавленную стоимость. Механизм преступления и его выявление: учебное пособие. СПб., 2003. С. 16.

² См.: *Химичева Н.И.* Налоговое право: учебник для вузов. М., 1997. С. 1.

³ См.: *Кант И.* Критика практического разума // Собр. соч.: в 4-х т. М., 1963. Т. 4. С. 79.

⁴ См.: ВВС СССР. 1990. № 11. Ст. 164; ВВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 417.

⁵ См.: Финансовое право: учебник / отв. ред. Н.И. Химичева. М., 2008. С. 376.

⁶ См.: *Рыбаков О.Ю.* Право, отчуждение и согласие в современном российском государстве. М., 2009. С. 113.

бюджетной системы, включая бюджеты всех трех уровней (федеральный, субъектов Федерации и местные), и, следовательно, решающим фактором в создании финансовой базы, необходимой для выполнения социально-экономических и других задач государства, в том числе обеспечения обороноспособности и безопасности страны, материальной гарантированности прав человека и гражданина¹. Уровень индивидуального налогового правосознания меняется, но крайне медленно. В силу сложности налогового законодательства уровень налоговой грамотности налогоплательщиков низок вне зависимости от пола. Возрастной критерий налоговой грамотности также имеет свое место: налоговая безграмотность возрастает вдвое у лиц старше 60 лет, а молодежь слабо разбирается в системе налогов и порядке их уплаты².

Общественная психология есть совокупность социальных чувств, настроений, переживаний, привычек, мыслей, иллюзий и т.д., вырабатывающихся стихийно, непосредственно под влиянием повседневных условий существования. Современная общественная психология в налоговой сфере отличается отсутствием чувства необходимости уплаты налогов и иных обязательных платежей.

Налоговая идеология вырабатывается образованными представителями экономической и юридической науки. Она складывается не стихийно, а является результатом предшествующего развития теоретической мысли³. В современной российской налоговой идеологии присутствуют компоненты общепризнанных, прогрессивных форм понимания налогового права. Налоговые идеи, взгляды, теории, воззрения и доктрины известны из многочисленной литературы, учебников, диссертаций и докладов на научных конференциях, но знакомы они прежде всего ученым и юристам-практикам, а также студентам юридических учебных заведений. Обыденные налогоплательщики с налоговой идеологией либо не знакомы, либо слабо знакомы.

Налоговая идеология российского общества начинает набирать свою силу, но процесс этот идет крайне медленно, поскольку советский период развития нашего государства отличался фактическим ее отсутствием. Фрагментарность налоговой идеологии и ее нечеткая, невыразительная форма – вот тот очередной недостаток, который негативно влияет на налоговое правосознание. Как справедливо указывает К.С. Захарова: «В России в настоящий момент отсутствует идеологическая идентификация, в связи с чем в правовой системе находят отражение различные принципы, иногда конкурирующие по природе и содержанию; идеи, сформировавшиеся в результате идеологического описания действительности, носят оценочный характер и по природе своей предполагают дополнительную интерпретацию принципа в процессе

¹ См.: Предисловие // Химичева Н.И. Налоговое право: учебник для вузов. М., 1997.

² См.: Гриценко В.В. Указ. соч. С. 368.

³ См.: Фарбер И.Е. Указ. соч. С. 66.

его применения; формализация принципов, основанных на конкурирующих идеологиях является основой для конфронтационных связей внутри системы, выступает дестабилизирующим для нее фактором»¹.

Огромная масса людей пользуется понятиями различных видов налогов, в частности налога на доходы, не имея даже приблизительного представления о теориях налогообложения. В этом случае первое – это область налоговой психологии, а во втором – налоговой идеологии. В современном состоянии связь между налоговой идеологией и налоговой психологией слабая, а этого быть не должно. Налоговая идеология предназначена для воздействия на налоговую психологию налогоплательщиков. Научные представления о налоговом праве под влиянием воспитания, роста культуры, идеологической работы должны становиться достоянием налогоплательщиков. Только тогда между идеологией и психологией в налоговой сфере не будет наблюдаться абсолютной границы.

Добиться этого можно с помощью детально проработанных мероприятий, затрагивающих социально-культурную, образовательную, экономическую, политическую и юридическую сферы жизнедеятельности Российского государства. Государственные решения и действия необходимо направить на формирование и реализацию долгосрочной федеральной целевой программы по воспитанию законопослушного налогоплательщика, а также налогового чиновника, осознающего юридическую ответственность за свои действия. Ранее, в конце 1995 г., с обоснованием необходимости разработки и принятия такой программы выступили налоговые и правоохранительные органы². В Правительстве РФ такую инициативу одобрили, и планировалось создание координационного совета по разработке федеральной программы по формированию высокой налоговой культуры у граждан, но до реализации дело так и не дошло.

Начатые государством преобразования по формированию позитивного налогового правосознания были прерваны. Рекламно-информационные мероприятия (например, реклама под лозунгами «Заплати налоги и спи спокойно», «Требуйте «белую» зарплату!»), а также стимулирующие кампании («налоговые амнистии»), несмотря на то что они широко проводились в нашей стране, оказались малоэффективны по причине недоверия населения к органам государственной власти. Эти акции успешны лишь в том случае, если государство способно обеспечить неизменность налоговой системы, жесткость контроля над уплатой налогов, а также, что немаловажно, собственное

¹ Захарова К.С. Системные связи принципов права: теоретические проблемы. Самара, 2009. С. 130–131.

² См.: Письмо Госналогслужбы РФ от 15 мая 1995 г. № ВГ-1а-19/55, ДНП РФ от 16 мая 1995 г. № СА-927 «О создании Координационного совета для разработки общегосударственной программы по формированию высокой налоговой культуры у населения»: [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». Версия 4000.00.03.

социально ответственное поведение (включая соблюдение закона государственными чиновниками).

Россияне еще не до конца принимают фундаментальные и общепринятые в рыночном обществе политические ценности, одной из которых является парадигма «налоги – основа благосостояния государства и общества». Люди не понимают, ради чего их принуждают платить налоги, лишая значительной части заработанных средств. Граждане считают нынешнюю систему налогообложения социально несправедливой, где неуплата налогов практически не влияет на имидж, деловую репутацию¹.

Федеральная программа, посвященная налоговой культуре в России, позволит преодолеть правовой нигилизм, а также целенаправленно воспитать у российских налогоплательщиков положительные качества морально-правовой психологии: честность, правдивость, стыд за нарушение налоговых норм и др. Начало налогово-правового воспитания необходимо инициировать в семейных отношениях и школьных программах. Заложить в некоторых учебных дисциплинах разделы, которые познакомят учащихся с назначением, функциями налогов, их ролью в обеспечении нормальной жизнедеятельности государства и общества. Воспитание лояльного отношения к налогам через прессу, радио, телевидение и другие общественные институты также должно охватывать всю сознательную жизнь гражданина.

Повышение в рамках федеральной программы уровня налогового правосознания позволит решить три основные задачи:

- 1) объяснить каждому налогоплательщику, зачем нужны налоги и на какие цели они идут. Показать, что в итоге налоги возвращаются населению: идут на обеспечение здравоохранения, просвещения, охрану правопорядка;
- 2) создать в обществе атмосферу нетерпимости к неуплате налогов;
- 3) дать понять каждому налогоплательщику, что и от него зависит, как рационально будут тратиться деньги, внесенные им в государственную или муниципальную казну².

Думается, что одними из приоритетных направлений программы могут выступать следующие:

- налоговое воспитание в семье и школе, а также иных образовательных учреждениях;
- упрощение налогового законодательства РФ;
- совершенствование механизма разрешения налоговых споров;
- существенное повышение эффективности взаимодействия налоговых органов с налогоплательщиками;
- повышение информирования и налогового консультирования граждан, рекламно-информационные мероприятия, использование каналов СМИ, пропаганда налоговой культуры, налоговой дисциплины и ответственности за

¹ См.: *Леонова Е.Д., Чухнина Г.Я.* Указ. соч. С. 5.

² См.: *Пансков В.* Мы в политику играть не собираемся // *Налоги.* 2004. № 5. С. 1.

нарушение норм налогового законодательства; использование новейших технических достижений для налоговой пропаганды (Интернета, сотовой связи и др.);

- повышение качества исполнения налоговых процедур;
- повышение имиджа и престижа работы в налоговых органах;
- активное вовлечение общественных организаций, например «Российского союза налогоплательщиков» в рекламные и контрольные налоговые процедуры.

Развитие указанных направлений программы должно иметь следующие уровни: а) теоретический – здесь формируются ценностные параметры, общая направленность программы, устанавливается смысловая нагрузка; б) доктринальный – на этом уровне определяются цель, средства, сроки, этапы осуществления программы, а также ответственные за ее выполнение; в) социальный уровень – содержит составные компоненты общезначимого характера, включая ожидаемые результаты; г) экономический уровень аккумулирует расчеты и затраты на ее исполнение, источники финансирования и восполнения затрат¹.

Юридический и политический уровни вполне очевидны, ибо сама программа осуществляется средствами правовой политики в сфере защиты финансовых целей государства, а также прав и интересов налогоплательщика. Вместе с тем в данной программе должны быть четко обозначены оценочные критерии налогоплательщика: как добросовестного, так и недобросовестного, определен стандарт прав и обязанностей налогоплательщика и государства.

В данном случае, программа – система целенаправленных мер, которая мобилизует государственные возможности и индивидуальные усилия во взаимных интересах для формирования правового налогового Российского государства. В таком государстве невозможно вести речь о налогоплательщике вне прав и интересов, и государстве – вне обязанностей. В то же время обязанности налогоплательщика должны органично соединяться с правами государства. Государство опирается на налогоплательщиков, поэтому их правовая характеристика отражается на правовом состоянии государства.

Программа по формированию налоговой культуры повысит эффективность всей налоговой системы России, позволит выявить и нормативно закрепить принципы налогового правосознания, которые бы положительно повлияли на развитие системы налогового права.

¹ См.: Рыбаков О.Ю. Указ. соч. С. 99.

*О.И. Чуприс**

**ДОГМАТИЧЕСКИЕ И ЛЕГАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ
К ОПРЕДЕЛЕНИЮ СУЩНОСТНЫХ ПРИЗНАКОВ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ**

Научный анализ государственной службы немислим без определения ее сущностных признаков. Государственная служба, представляющая собой сложное комплексное явление, имеющее различные проявления и стороны, означает феномен сущностного, а значит, она подлежит исследованию при одновременном использовании богатства методологии и широты понятийного аппарата. В связи с чем, во-первых, необходимо уяснить сущность рассматриваемых понятий, тем более, что они закрепляются в правовых нормах и несут важную юридически значимую смысловую нагрузку, а во-вторых, – на основе точных понятийно-категориальных конструкций определить ключевые признаки государственной службы. Обобщенный анализ теоретических подходов к уяснению сущностных признаков государственной службы позволяет констатировать их недостаточную однозначность, что служит основанием для обращения к их анализу, как для целей развития теории, так и совершенствования белорусского законодательства.

Понятие «государственная служба» этимологически восходит к понятиям «служба» и «государственный». Оно близко и часто используется одновременно или в связи с такими категориями, как «публичная служба» и «гражданская служба». Исследованию перечисленных понятий и их взаимосвязям посвящено много научных трудов. Однако в каждом отдельном государстве на различных этапах его развития в зависимости от конкретно-исторических условий применяются те или иные понятия, отражающие сущность государственной службы.

Анализ имеющихся точек зрения о понятии «служба» показывает, что служба представляет собой особый вид человеческой деятельности, который может пониматься в широком и узком смысле. Широкое понимание основывается на представлении о службе как служении, верности, преданности, необходимости «делать что-нибудь для кого-чего-нибудь, выполняя чью-

* © Чуприс О.И., 2010

Кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана по образовательным инновациям и учебно-методической работе юридического факультета Белорусского государственного университета.

нибудь волю, приказания, работать в пользу чего-нибудь»¹. Таким образом, это общественно полезная *деятельность*, осуществляемая в интересах одного, нескольких или многих членов общества. Абсолютное большинство авторов, занимавшихся исследованием проблем государственной службы, начиная с дореволюционных исследователей, базируют свои подходы в первую очередь на этом признаке.

Научный метод «от общего – к частному» выводит на узкое понимание службы как особого вида социальной, общественно полезной деятельности, возникшей в результате разделения труда, обеспечивающей другие виды социальной деятельности. Служба имеет место там, где есть организованные человеческие коллективы с взаимодействием между его членами, направленным на достижение общественно полезного результата. Она непосредственно не связана с производством материальных благ и оказанием услуг материального характера. Однако это не означает, что служба не связана с производством вообще, поскольку в ее ходе по-своему обеспечиваются указанные процессы и с ее помощью реализуются управленческие функции. Так, деятельность некоторых служащих обслуживает производственные процессы: служащие разрабатывают технические и технологические программы и механизмы, осуществляют их регистрацию и внедрение в производственный процесс. В современных условиях одни служащие непосредственно в процессе службы создают особые материальные продукты (носители информации) – компьютерные программы, схемы, графики и чертежи и т.п., другие служащие оказывают услуги, имеющие материальное воплощение: приращение интеллекта (преподаватели), привитие навыков создания предметов материального мира (преподаватели профессионального обучения), разработка договора в производственной сфере (юристы).

При наличии черт, схожих с производством материальных благ, служба как особый вид деятельности имеет существенные, отличительные признаки. Так, она носит интеллектуальный, аналитический характер; связана с передачей информации, несмотря на многообразие форм ее передачи; окончательной целью деятельности служащих является оказание воздействия на поведение людей (упрощение, облегчение их труда, регулирование их деятельности, воздействие на их отношения и т.п.). Это дает ряду авторов основание полагать, что объектом службы выступает «человек, личность как социально-биологическое существо, т.е. воля личности, ее здоровье, свобода, права и интересы и т.д. Служба как вид трудовой социальной деятельности объектом своего воздействия имеет человека, личность, его основные социально-биологические качества»². Однако утверждение о том, что в процессе службы воздействие на человека ведется прямо и непосредственно, и человек при

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка: ок. 53 000 слов / под общ. ред. Л.И. Скворцова. 24-е изд., испр. М.: Оникс: Мир и образование, 2008. С. 957.

² Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. М.: Юрист, 1997. С. 5–7.

этом – конкретный¹, является, на наш взгляд, ошибочным, поскольку непосредственное воздействие на конкретного человека в процессе служебной деятельности имеет место в ограниченных случаях, а опосредованное – всегда.

«Конкретными направлениями службы выступают управление, его обслуживание (делопроизводственное, техническое) (можно добавить – аналитическое, информационное и т.п. – *О.Ч.*) или социально-культурное обслуживание людей»². Поэтому следует согласиться с мнением о том, что «в современном обществе служба имеет и выполняет многочисленные и разнообразные задачи и функции»³.

Служба как вид социальной деятельности является неотъемлемой частью любой организации. Деление организаций на два вида – государственные и негосударственные позволяет соответственно подразделить службу на государственную и негосударственную.

В свою очередь, *понятие государственной службы* также неоднозначно. Оно может трактоваться весьма широко как любая деятельность на благо государства, включающая также работу в *негосударственных организациях*, но осуществляемая в его интересах и направленная на реализацию его функций (например, работа врачей, учителей в частных организациях, деятельность частных нотариусов). Такой подход обнаруживается, например, в сочинениях Н.М. Коркунова, В.В. Ивановского, Н.К. Нелидова.

Более узкое понимание государственной службы сводится к рассмотрению ее как деятельности *в любой государственной организации*, не связанной с производительным трудом (труд врачей, учителей, инженеров, судей, государственных нотариусов, служащих органов государственного управления, военнослужащих и т.п.). На возможность данного подхода к государственной службе указывали некоторые ученые-административисты⁴. А.Н. Крамник службу в данном смысле называет службой государственного сектора⁵. Такое понимание государственной службы сложилось в советском государстве второй половины XX в. и сохранялось продолжительное время.

Понятие государственной службы может иметь еще более ограниченное значение. В самом узком понимании государственная служба рассматривается как *деятельность в особых государственных организациях* – государственных органах, определенных государством. На необходимость именно такого понимания государственной службы указывали ряд авторов еще в совет-

¹ Манохин В.М. Указ. соч. С. 5–7.

² Бахрах Д.Н. Государственная служба: основные понятия, ее составляющие, содержание, принципы // Государство и право. 1996. № 12. С. 10.

³ Манохин В.М. Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. М.: Юристъ, 1997. С. 14.

⁴ Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право Российской Федерации: учебник. М.: Зерцало, 1997. С. 174, 185.

⁵ Крамник А.Н. Административное право Республики Беларусь. Минск: Тесей, 2008. Ч. 1: Управленческое право. С. 241–244, 249.

ское время. Это понимание разделяют и большинство современных ученых, анализирующих действующее законодательство.

Из указанного вытекает вывод о том, что *место осуществления* государственной службы является одним из ее определяющих признаков наряду с *сущностным назначением*. В положениях Закона Республики Беларусь «О государственной службе в Республике Беларусь» (далее – Закон о государственной службе) оба признака также отражены¹.

Место, в отличие от назначения, является наиболее конкретным признаком. Оно устанавливает границы государственной службы (сферу его правовых отношений), а фактически в законодательстве – сферу действия Закона о государственной службе. Вместе с тем место осуществления государственной службы Республики Беларусь Законом о государственной службе четко не определено. Для уяснения понятия государственной службы используется несколько отсылочных норм. Оно определяется через понятие *государственной должности*, замещаемой государственными служащими в *государственных органах*, что в совокупности определяет пределы существования государственной службы. При этом реестра государственных должностей не существует, а обширный перечень государственных органов является открытым. Так, в соответствии со ст. 3 Закона о государственной службе под государственными органами понимаются также государственные учреждения и иные государственные организации, обеспечивающие деятельность Президента Республики Беларусь или государственных органов, работники которых в соответствии с законодательными актами, закрепляющими их правовой статус, являются государственными служащими (например, Научно-практический центр проблем укрепления законности и правопорядка Генеральной прокуратуры Республики Беларусь), а в соответствии с п. 11 ч. 1 ст. 7 этого же Закона также иные государственные органы (например, органы по делам СНГ).

При определении в ч. 3 ст. 7 Закона о государственной службе сферы его действия законодатель не относит к предмету регулирования данного Закона отношения, связанные со служебной деятельностью военнослужащих, лиц рядового и начальствующего состава органов внутренних дел, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля.

Таким образом, ни непосредственное определение государственной службы в Законе о государственной службе (ст. 2), ни содержащиеся в нем отсылочные нормы не выражают понимания государственной службы как деятельности в четко установленной системе органов, с определяющим значением данной системы, дополняемой должностями государственной служ-

¹ О государственной службе в Республике Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 14 июня 2003 г., № 204-З; в ред. Закона Респ. Беларусь от 02.06.2009 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2010. Ст. 2, 3, 4.

бы. Определение системы органов государственной службы имеет еще одно важное значение как сущностный признак государственной службы: оно устанавливает систему государственной службы и, соответственно, пределы ее правового регулирования, что отдельно исследовано автором статьи¹.

Анализ иных признаков, связанных с местом осуществления государственной службы, по крайней мере, позволяет отграничить ее от иных видов общественно полезной деятельности, близких к государственной службе, но непосредственно ею не являющихся. Подобным специальным признаком служит *стаж государственной службы*. Его не следует относить к сущностным признакам государственной службы, но изменение подхода к его правовому закреплению в законодательстве позволит идентифицировать государственную службу лишь как ограниченную деятельность в отдельных государственных органах и приравненных к ним организациях. Значение четкого правового регулирования стажа государственной службы выявляется исходя из анализа практики. Количество и анализ обращений, поступающих в Министерство труда и социальной защиты по вопросам государственной службы, показал, что их абсолютное большинство касается стажа государственной службы. Так, за 2009 г. юридическим управлением Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь рассмотрено 352 обращения физических лиц, 134 из которых касаются государственной службы, за 2 месяца 2010 г. – 30 обращений от организаций по вопросам государственной службы, 90 % обращений в каждой группе касались стажа государственной службы.

В настоящее время стаж определяет период деятельности, *признаваемый* в качестве государственной службы, что вытекает из включения в него двух различных периодов: собственно государственной службы, а также иной общественно-полезной, значимой для государства в отдельные периоды его развития деятельности, которая может засчитываться в стаж государственной службы при определенных условиях, которые перечислены в п. 8 и 9 положения о порядке и условиях исчисления стажа государственной службы². Однако полагаем, что стаж государственной службы должен быть связан только с работой в качестве государственного служащего. Это положение вытекает из значения стажа, определенного в части первой ст. 45 Закона о государственной службе. Он является не только основанием для получения социальных гарантий, но прежде всего интегративной основой всей *государственной*

¹ См., например, Чуприс О.И. Видовая структура государственной службы Республики Беларусь в контексте сущностно-функционального подхода и проблем пределов правового регулирования // Право в современном белорусском обществе: сб. науч. тр. / Нац. центр законодательства и правовых исслед. Респ. Беларусь; редкол.: В.И. Семенков (гл. ред.) [и др.]. Минск, 2009. Вып. 4. С. 283–298.

² Положение о порядке и условиях исчисления стажа государственной службы: утв. постановлением Совета Министров Респ. Беларусь, 13 мая 1997 г., № 471; в ред. постановления Совета Министров Респ. Беларусь от 10.09.2009 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2010.

службы. Стаж государственной службы «пронизывает» ее единой временной характеристикой и служит источником установления равного правового статуса всех государственных служащих независимо от видов службы. Стаж государственной службы обращен именно к выполнению обязанностей государственного служащего, что вытекает из анализа абзаца первой части первой ст. 43 Закона о государственной службе: «в стаж государственной службы включается время работы государственного служащего на государственных должностях». Однако уточнение, касающееся работы на государственных должностях, является лишним, поскольку стаж как характеристика государственной службы прежде всего связан с работой в качестве государственного служащего, которым в соответствии со ст. 5 указанного Закона признается гражданин, занимающий именно государственную должность. На наш взгляд, уточнение может касаться места службы – государственного органа, что позволит исключить из ст. 45 Закона о государственной службе положения, практически повторяющие ст. 7 этого Закона в части перечисления мест осуществления государственной службы, дополненные лишь Верховным Советом. Считаем, что в подобном дублировании нет необходимости.

Действительно, стаж государственной службы напрямую связан с местом государственной службы (государственным органом государственной службы и государственной должностью). Эта связь должна быть отражена в законодательстве иным технико-юридическим решением: нормы о стаже следует располагать не в конце Закона о государственной службе, а в его начале.

Определение в Законе о государственной службе одного из приоритетных мест норм о стаже обосновывается не только логико-юридическими выводами о значимости признаков, определяющих основной объект правового регулирования, но и необходимостью четкого установления в законодательном акте сущности данного объекта. Так, стаж государственной службы должен показывать, что следует разграничивать собственно государственно-служебную деятельность и деятельность, которая к ней не относится по сути, но для достижения общих целей государственной службы и решения ее конкретных социальных задач может подлежать зачету, учитываться при определенных условиях. В соответствии с Законом о государственной службе такому зачету подлежит работа в государственных организациях на руководящих должностях, в качестве научных и научно-педагогических работников, имеющих ученые степени и звания, отдельные периоды военной службы и др., в том числе виды деятельности и периоды, не перечисленные в указанном Законе, но признаваемые такими на основании постановлений Совета Министров Республики Беларусь по согласованию с Президентом Республики Беларусь. Так, установленный в Положении о порядке и условиях исчисления стажа государственной службы, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 декабря 2003 г.

№ 1711¹, перечень подобных видов деятельности довольно обширный. Он включает в себя как некоторые виды деятельности, перечисленные в Законе о государственной службе, так и иные на отдельных должностях: в международных организациях, органах межгосударственных образований, общественных, партийных, колхозно-совхозных организациях советского периода и др. Вряд ли следует признать необходимым включение в указанный Закон конкретных положений о периодах зачета стажа в отдельных государственных органах и на отдельных должностях. Представляется, что в Законе о государственной службе следует предусмотреть лишь *общее правило* о возможности подобного зачета с исключением из него ст. 44. Конкретные организации, должности, порядок зачета могут устанавливаться подзаконными актами.

Сохранение института зачета (засчитывания) стажа в стаж государственной службы является важным для Республики Беларусь, поскольку позволяет привлекать для прохождения государственной службы высококвалифицированных специалистов из различных отраслей и сфер. Вместе с тем государственным органам, создающим или реорганизуемым свои организации, структурные подразделения, необходимо обращать внимание на четкость закрепления их правового статуса в соответствии со ст. 44 Закона о государственной службе для исключения случаев невозможности зачета стажа, имеющих распространение на практике, по причине нечеткости правового регулирования статуса организации.

Исходя из вышеизложенного, общее закрепление положений о стаже в Законе о государственной службе *должно включать* его понятие, располагаемое в начале базового законодательного акта о государственной службе, как периода деятельности, являющегося государственной службой, указание на его единство для всех видов государственной службы, а также установление общих правил определения данного стажа. Далее необходимо отразить практическое значение и установить порядок расчета стажа в соответствии с частями первой – третьей ст. 45 Закона о государственной службе.

Система государственных должностей как объединяющая сущностная характеристика места осуществления государственной службы в законодательстве не определена. В связи с этим перспективное правовое регулирование видится в ведении их единого реестра. Вместе с тем ключевые признаки должности закреплены в Законе о государственной службе и определяются с учетом ее многомерной организационной, правовой и социальной сущности, которую реализует государственный служащий. Более подробно теоретические выводы об этом изложены в отдельных научных работах. А.В. Гусев выделяет дополнительно функциональную составляющую государственной

¹ О внесении изменений в постановление Совета Министров Республики Беларусь от 13 мая 1997 г. № 471: постановление Совета Министров Респ. Беларусь, 30 дек. 2003 г., № 1711 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «Юр-Спектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2010.

должности¹. Организационные и правовые признаки должности, дифференцированные на отдельные блоки, А.А. Гришковцом включаются в качестве элементов ее статуса². С позиций настоящего исследования важным является то, что хотя должность является «базовым элементом государственного органа, нормативно и организационно обособленным»³, она напрямую связана с реализацией государственной службы в процессе возникающих правовых отношений в ее сфере и своими свойствами проявляет их сущность, что определяет ее динамику.

Второй признак, положенный в основу законодательного определения государственной службы Республики Беларусь, характеризует ее *сущностное назначение*: «реализация государственно-властных полномочий и (или) обеспечение выполнения функций государственных органов» (ст. 2). Аналогичные определения, которые отражают понимание государственной службы как социально-организационного явления, представляющего собой специфическую форму организации совместной деятельности лиц (государственных служащих) в особых организованных коллективах – государственных органах, содержатся также в законодательстве других постсоветских государств (например, России, Украины, Казахстана и др.). Однако в большинстве названных законов, в том числе и в белорусском Законе о государственной службе, не указывается на важный признак связи государственной службы с государством в целом, с государственной властью, что искажает ее истинное назначение и сущность. Данная связь прослеживается, только в определении, закрепленном в соответствующем Законе Республики Казахстан. В Законе о государственной службе Республики Молдова, принятом в 2008 г., государственная служба определяется как деятельность в особых органах публичной власти в общественном интересе, что еще более точно раскрывает ее истинную сущность⁴.

Вместе с тем именно *точное уяснение сущности государственной службы должно лежать в основе ее легального определения*, служить ориентиром для научного поиска и установления стратегии законодательного регулирования.

Основополагающим признаком и источником определения концептуальной сущности государственной службы, в том числе определяющим мно-

¹ Гусев А.В. Должностная организация государственной гражданской службы // Право и государство: теория и практика. 2008. № 7 (43). С. 76–77.

² Гришковец А.А. Проблемы правового регулирования и организации государственной гражданской службы в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.14 / Ин-т государства и права Рос. акад. наук. М., 2004. С. 28–29.

³ Сурманидзе И.Н. Должности и должностные лица государственной службы // Адм. право и процесс. 2009. № 1. С. 4.

⁴ О государственной должности и статусе государственного служащего: Закон Парламента Респ. Молдова, 4 июля 2008 г., № 158 // Компания «СоюзПравоИнформ: законодательство стран СНГ» [Электронный ресурс]. 2009. Режим доступа: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?regnom=25760&page=1. Дата доступа: 27.02.2009. Ст. 2.

гообразии ее содержательных проявлений, является ее неразрывная связь с государством, со всей государственной организацией, ее отнесение к публичному уровню и проявление в ней общественного интереса.

Особенностью ее существования является объективная закономерность. Возникновение и развитие государства повлекло возникновение и развитие государственной службы как необходимого условия его существования. Две главные стороны государства – сущностно-статическая и сущностно-динамическая – проявляются в существовании государственных органов и осуществлении в них государственной службы. Таким образом происходит реализация задач, функций государства и осуществление государственной власти. Например, анализ источников феодального конституционного права Беларуси позволяет ученым говорить о существовании в исследуемый период таких важнейших институтов служебного права, как должностного лица, высшего должностного лица, государственной должности, «дзяржаўцаў», «урадаўцаў»¹, которые свидетельствуют о том, что государственная служба является характерным признаком государственности, государственной власти.

Существование государственных органов, групп людей в государстве нецелесообразно без осуществления ими фактической деятельности по осуществлению государственной власти. Такая деятельность должна осуществляться в первую очередь в интересах государства. Из этого вытекает и понятие данной деятельности как государственной службы, то есть службы в угоду, для пользы государства в решении его многообразных и сложных задач и функций, что, как отмечается специалистами, определяет ее содержательную сторону². На наш взгляд, это – *не просто элемент содержания*, но ее *сущностное назначение*, которое видится в назначении государственной власти – обеспечении социального прогресса. Однако изложенное выше понимание государственной службы лишь как инструмента осуществления государственной власти является *недостаточным* в контексте устоявшегося мнения о выполнении государством служебной роли по отношению к обществу, социуму в целом. Нельзя не согласиться с мнением о том, что «государство призвано выявлять всеобщие, интегрированные потребности, интересы и цели жизнедеятельности своих сограждан, представлять и нормативно закреплять всеобщую роль, выражая ее в форме законов – обязательных правил поведения, ...а для реализации своих целей и функций государство создает и поддерживает в определенном состоянии аппарат (группу профессионально выделенных людей) с соответствующими ресурсами, занятых выявлением общих потребностей, интересов, целей и воли, институциональным закреплени-

¹ Васілевіч Р.А., Доўнар Т.І., Юхо І.А. Гісторыя канстытуцыйнага права Беларусі / Беларус. дзярж. ун-т, юрид. фак. Мінск, 2001. С. 21, 28, 29, 34, 38, 42, 43, 44, 45, 57, 95.

² Габриццдзе Б.Н., Чернявский А.Г. Служебное право: учеб. для юрид. вузов. М.: Дашков и К, 2003. С. 82.

ем последних и проведением государственных установлений (норм) в жизнь (управлением)»¹.

В реализации указанной цели государства проявляется иная сторона назначения государственной службы, которая исходит из обоснованной современной концепции взаимодействия государства и гражданского общества, а соответственно, государственной службы и гражданского общества. Основываясь на представленных концепциях, государственную службу обобщенно можно охарактеризовать «связующим звеном между государством и гражданским обществом..., своего рода социальной инфраструктурой государства, обеспечивающей всестороннюю связь государства и общества, эффективную деятельность общественной системы в целом»², стоящим на страже интересов как отдельных граждан, в целом общества, так и государства. В основе отмеченного консолидирующего свойства государственной службы, как представляется, лежит важный принцип «двойного доверия» государства и граждан, отмеченный А.А. Головко³.

Таким образом, именно указанная двойная коррелятивная связь государства и государственной службы позволяет сформулировать *общее* сущностное назначение государственной службы – *реализация государственной власти в интересах всего общества*⁴.

При этом следует учитывать, что на каждом этапе исторического развития и перед каждым отдельным государством стоят свои конкретные задачи и цели, которые могут и должны изменяться. В дореволюционный период полагали, что в сущности государства присутствуют начала силы, права и духа, соотношение которых с течением времени будет изменяться, а развитие и изменение содержания государства, определяемое исторически изменяющимися потребностями общества, будет напрямую затрагивает сущность и назначение государственной службы.

В настоящее время перед Республикой Беларусь, как и перед другими государствами, стоят сложные задачи, определенные общенациональными ценностями, приоритетами, которые определяют цель существования и зада-

¹ Атаманчук Г.В. Новое государство: поиски, иллюзии, возможности. М.: Славян. диалог, 1996. С. 5.

² Мельников В.П. Государственная служба в России: опыт формирования и современность // Государственная служба в России: проблемы становления: сб. науч. ст. / А.П. Бурмистров [и др.]; Рос. акад. упр., Центр гос. кадровой политики и соц. упр.; отв. ред. Н.П. Пищулин. М., 1993. С. 12.

³ Головко А.А. Необходим Закон о государственной службе СССР // Тенденции и перспективы развития права и укрепления социалистической законности: тез. докл. Респ. науч.-практ. конф., 24–25 апр. 1990 г. / Белорус. гос. ун-т; редкол.: В.М. Хомич (отв. ред.) [и др.]. Минск, 1990. Вып. 4. С. 44.

⁴ Определение общего сущностного назначения государственной службы не предполагает ограничения ее фактического назначения, которое не всегда сопряжено с властностью как подчинением воли подвластного. В реальной действительности государственная служба, в частности, при осуществлении государственного управления, может иметь своим назначением также организацию, налаживание управляемых процессов.

чи государственной службы, исходящие из ее назначения в государстве и обществе.

Основные векторы развития государства, общие цели, стоящие перед государством и обществом, закреплены в Конституции Республики Беларусь, основные положения и принципы которой определяют общенациональные ценности, являются ориентиром для формулировки целей и задач государственной службы.

Согласно Конституции Республика Беларусь провозглашена демократическим социальным правовым государством, высшей ценностью и целью которого выступают человек, его права, свободы и гарантии их реализации (ст. 2). Претворение в жизнь этих конституционных положений и есть *главная цель государственной службы*, которая в общем виде может быть сформулирована как *реализация конституционных положений о необходимости построения и укрепления основ демократического социального правового государства*.

Развивая теорию и практику государственной службы, важно не сместить акценты в формулировке цели и назначения государственной службы в сторону ее понимания лишь как элемента механизма реализации интересов граждан. В связи с этим уместно отметить рекомендации Кабинета Министров Совета Европы по правилам поведения государственных служащих, сочетающие в одной норме как принцип верности государству и учета его интересов при осуществлении государственной службы, так и принцип служения интересам граждан¹, которые должны быть оптимально сбалансированы в законодательстве.

Сформулированные таким образом назначение и цель государственной службы, по нашему мнению, должны быть положены в основу сущностного понимания государственной службы Республики Беларусь. Определение государственной службы, содержащееся в ст. 2 Закона о государственной службе, *в недостаточной мере ориентировано на эффективную деятельность государственных служащих*, не выражая истинного назначения государственной службы. Провозглашается деятельность ради деятельности: наличие государственных полномочий требует их реализации, а существование органов – поддержания их существования. Реализация полномочий ставится во главу существования всей государственной службы. Более того, круг обязанностей по соответствующей государственной должности согласно положениям Закона о государственной службе направлен не только на исполнение, но и на обеспечение полномочий государственного органа (ч. 1 ст. 4). Однако главное в государственной службе – не обеспечить дальнейшее существование государственных органов, не реализовать государственно-

¹ Рекомендация по правилам поведения государственных должностных лиц: рекомендация Ком. Министров Совета Европы для государств – членов Совета Европы № R(2000)10: утв. на 106-й сес. Ком. Министров, 11 мая 2000 г. Ст. 5.

властные полномочия безотносительно к цели их реализации, а осуществлять деятельность ради существования сильного, эффективного государства, создающего условия для развития каждого индивида и общества в целом.

Таким образом, определение государственной службы должно базироваться на ее сущностном понимании как *особой деятельности по реализации государственной власти в интересах общества с целью построения и укрепления основ демократического социального правового государства*.

В юридической литературе часто встречается предложение об определении понятия государственной службы как деятельности по реализации задач и функций государства. Данное определение не является не верным, а выступает производным от сформулированного автором настоящей статьи, поскольку признание назначением государственной службы реализации государственной власти приводит к выводу о том, что практически при ее осуществлении реализуются задачи и функции государства.

Признавая публичность основополагающим признаком государственной службы, целесообразно отметить присущие ей элементы частного интереса, которые также находят закрепление в праве, а в Законе Украины о государственной службе даже вынесены в преамбулу в качестве основы, очерчивающей сферу его правового регулирования, что является важнейшим аргументом украинских ученых в пользу трудово-правовой концепции государственной службы¹.

Поскольку государственная служба относится к разновидности социальной деятельности, то в качестве иной ее основы выступает личный интерес: свобода выбора рода занятий, сферы деятельности, профессии, возможности участия в управлении делами государства, и в конечном итоге – возможности реализации своего конституционного права на труд. Государственная деятельность в этом смысле выступает как частная, свободная деятельность независимых граждан. Однако ее важная особенность заключается в том, что все вышеназванные права, ключевым из которых выступает право на труд, реализуются в специально созданных публичных организациях – государственных органах. Деятельность в них, являющаяся по своей сути трудовой (а иных форм взаимодействия людей в рамках организованных коллективов для достижения общего социально значимого результата не существует), цель и назначение которой а priori состоит в реализации частного интереса, по своему основному сущностному назначению является публичной, государственно-властной, что выражается в используемых административных правовых методах и формах ее осуществления, в причинах ее происхождения. Государственная служба возникла не с целью создания возможностей для реализации способностей граждан к труду и удовлетворения их потребностей, а, наоборот, *трудовая деятельность явилась средством достижения целей государ-*

¹ *Инишин М.І.* Проблеми правового регулювання праці державних службовців України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.05. Київ, 2005. 39 с.

ственной службы. Связь публичного и частного начал проявляется в следующем: *через государственную службу реализуется публичный интерес, а также создаются возможности для реализации частного интереса.*

В юридической литературе выделены отличия государственной службы как процесса труда от труда вообще по 12 критериям: в зависимости от их проявления, основных начал, источников правового регулирования, возмездности, характера возмещения и др.¹, с чем в полной мере стоит согласиться.

Таким образом, государственная служба как социальная деятельность представляет собой *уникальное сочетание двух начал: публичного и частного.* При этом необходимо сделать акцент в пользу именно сочетания, а не неразрешимого противоречия публично-правовой и частноправовой природы государственной службы, как порой указывалось в юридической науке. Данный вывод подкрепляется позицией Конституционного Суда Республики Беларусь, выраженной в его решении от 23 марта 2001 г. № Р-110/2001 «О сроках обжалования в суд военнослужащими дисциплинарного взыскания», в котором обоснование сочетания частного и публичного интересов изложено следующим образом: «Военнослужащие реализуют право на труд посредством прохождения ими военной службы»².

Указанное сочетание интересов проявляется в следующем. Как социальная деятельность государственная служба дает возможность первоначального свободного выбора места приложения своих сил и способностей, как публичная она характеризуется заданностью целей, задач, процессов, способов ее осуществления. С момента выбора в пользу публичной государственной службы частный интерес подчиняется своей противоположности – публичности. Таким образом, в государственной службе неразрывно сосуществуют частные и публичные интересы, что должно отражаться в законодательстве о государственной службе как сочетание публично-правовых и частноправовых начал, а не их разделение. При этом *приоритет* отдается *публичным проявлениям* государственной службы.

Сущностное назначение государственной службы, ее публичность и происхождение от государства отражают ее *связь с государственным управлением* и иными видами государственной деятельности. Фактически государственная служба не может существовать вне государственного управления, правосудия, законотворчества, прокурорского надзора, а осуществляется в процессе данных видов деятельности. Государственная служба и эти виды

¹ Демин А.А. Сравнительный анализ правового регулирования государственной службы в странах различных правовых систем // Государственная служба в странах основных правовых систем: законодательство: нормативные акты / сост.: Д.И. Васильев, А.А. Демин, В.П. Иванский; под ред. и со вступ. ст. А.А. Демина. М., 2008. С. 13–88.

² О сроках обжалования в суд военнослужащими дисциплинарного взыскания: Решение Конституц. Суда Респ. Беларусь, 23 марта 2001 г., № Р-110/2001 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2010.

государственной деятельности нераздельны, что особенно очевидно на примере связи государственной службы и государственного управления. Так, система органов государственного управления предопределяет элементы системы органов и структуры государственной службы. Государственное управление сосредоточивает систему методов и форм, используемых государственными служащими. В процессе государственной службы реализуются отношения субординации и координации государственного управления. Трудно себе представить государственную службу отдельно от государственного управления. Не случайно поэтому государственная служба называется некоторыми учеными «необходимым элементом современных управленческих процессов», что по их доказательству, объясняет трудности в вычленении и характеристике «собственно функций государственной службы»¹, которые пытался в свое время выделить Ю.Н. Старилов². Однако данный автор преимущественно указывал на отдельные проявления функций государственного управления применительно к государственной службе. Его вывод о том, что «перечень специальных функций установить чрезвычайно трудно, так как государственный орган имеет множество направлений деятельности, обеспечивающих выполнение основных задач этого государственного органа»³, а также приведенные им далее примеры конкретных функций государственных органов, вытекающие из норм положений об этих органах, свидетельствуют о попытке выделения общих управленческих функций, а не о собственном их выделении для государственной службы как самостоятельного, отличного от государственного управления явления. Анализ наиболее крупных работ указанного автора, опубликованных в конце 90-х гг. XX в. свидетельствует также о том, что он не пытается разграничить государственное управление и государственную службу, а отождествляет их. Данный подход считаем вполне оправданным в отношении аппаратной (чиновничьей) службы, где даже как термины они могут быть вполне взаимозаменяемы.

Однако понимание государственной службы как деятельности, относящейся не только к государственному управлению (исполнительной власти), а имеющей более широкое распространение и назначение, включая судебскую службу, военизированную и военную службу, прокурорскую службу, не позволяет использовать категории «государственная служба» и «государственное управление» как синонимы.

Понятие государственной службы восходит к реализации государственной власти, в рамках которой реализуется в том числе исполнительная

¹ Емельянова Т.С. Институционализация государственной службы в условиях политического развития современной России: особенности, тенденции, приоритеты / Рос. акад. гос. службы при Президенте Рос. Федерации, Орлов. регион. акад. гос. службы. М.; Орел: [б.и.], 1999. С. 75–77.

² Старилов Ю.Н. Государственная служба в Российской Федерации: теоретико-правовое исслед. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1996. С. 46–62.

³ Старилов Ю.Н. Указ. соч. С. 60–61.

власть. Осуществление государственной службы не только в органах исполнительной власти, но и в законодательных, судебных, прокурорских органах, то есть органах публичной власти, означает возможность применения термина «государственная служба» к любому из таких видов государственной деятельности, как государственное управление, правосудие, законодательная или прокурорская деятельность. Следовательно, как категории, понятия «государственная служба» и «государственное управление» не могут признаваться синонимами.

Таким образом, государственная служба определяется *комплексом ее сущностных признаков*: 1) ее сущностным назначением как деятельности по реализации государственной власти в интересах всего общества, обусловленное неразрывной связью государственной службы с государством и их двойной коррелятивной связью; 2) местом осуществления государственной службы как совокупности государственных органов и государственных должностей, объединенных стажем государственной службы, который показывает, что следует разграничивать собственно государственно-служебную деятельность и деятельность, к ней не относящуюся по сути, но которая для достижения общих целей государственной службы может к ней приравниваться; 3) ее свойством сочетать в себе публичный и частный интерес (а не объединять их как неразрешимо противоречивые проявления) с установлением приоритета публичного интереса; 4) нераздельной связью с государственным управлением и иными видами государственной деятельности, более широким распространением государственной службы в системе государственной власти, чем собственно управленческая деятельность.

ГРАЖДАНСКИЙ И ХОЗЯЙСТВЕННЫЙ ПРОЦЕСС

*В.С. Каменков**

ИСТОРИЯ И ПОНЯТИЕ ПОСРЕДНИЧЕСТВА В ХОЗЯЙСТВЕННОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ БЕЛАРУСИ

Посредничество в широком смысле слова давно известно, широко применяется и приветствуется для урегулирования споров в различных сферах.

Аналогию посредничеству в хозяйственном судопроизводстве можно найти в различных международных отношениях и договорах. Например, в Уставе ООН содержится такая норма: «Стороны, участвующие в любом споре, продолжение которого могло бы угрожать поддержанию международного мира и безопасности, должны прежде всего стараться разрешить спор путем переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным органам или соглашениям или иными мирными средствами по своему выбору» (ст. 33)¹.

В международном праве посредничество («добрые услуги») понимается как одно из средств мирного разрешения споров между государствами и заключается в содействии какого-либо не участвующего в споре государства или международного органа установлению контакта и началу непосредственных переговоров.

В современном белорусском национальном законодательстве процедура посредничества получила свое нормативное закрепление впервые совсем недавно. А история применения этого вида посредничества (или очень схожего) на территории Беларуси насчитывает не одну сотню лет.

Первое письменное упоминание о привлечении третьих лиц для участия в разрешении спора на территории Беларуси относится к началу XIII в. и содержится в ст. 33 Договора Смоленского, Витебского и Полоцкого княжеств с Ригой, Готландской землей и немецкими городами 1229 года². В ней, в частности, говорится, что «русину не дати пересуда ни в Риге, ни на Готьском береге, ни Немечичю же платити пересуда в Смоленске или у Князя, или у

* © Каменков В.С., 2010

Председатель Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор, Председатель ОО «Белорусский союз юристов».

¹ «Устав Организации Объединенных Наций» (вместе с «Правилами процедуры Генеральной Ассамблеи») (Совершен в г. Сан-Франциско 26.06.1945). Устав ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета БССР от 30.08.1945.

² *Вішнеўскі А.Ф., Юхо Я.А.* Гісторыя дзяржавы і права Беларусі ў дакументах і матэрыялах. Мінск, 1998. С. 23.

Тіуна, или урядили будут добріи мужи». Разрешение споров «добрыми мужами» является прообразом современной процедуры посредничества, однако имеет ряд отличий и специфических особенностей. Само значение слова «рядить», в отличие от понятия «судить», по мнению ряда исследователей судопроизводства древних славян, означало, что целью разбирательства являлось не рассмотрение спора в строгом соответствии с нормами законодательства, а прежде всего примирение сторон, создание некоего нового договора в отношении предмета спора¹. В дальнейшем похожая процедура на посредничество нашла свое закрепление в Статутах Великого княжества Литовского 1566 и 1588 гг. Так, согласно ст. 85 Статута 1588 г. гражданский спор между сторонами мог разрешаться «полубовным судом» и результатом рассмотрения являлось вынесение решения на основе мирового соглашения между сторонами в споре – «компромисса». В связи с этим в дальнейшем такой суд получил название «компромиссарского суда»². Были упоминания о схожих процедурах и в иных источниках.

В советский период элементы посредничества или арбитражирования как процедуры разрешения экономических споров нашли свое отражение в нормах законодательства, регламентирующей деятельность государственных арбитражей. Так, согласно ст. 5, 77 Правил рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами при рассмотрении иска представители сторон совместно с арбитром обсуждали все обстоятельства спора и участвовали в разработке решения, принимаемого ими совместно по результатам обсуждения всех обстоятельств дела в заседании арбитража. Арбитр был обязан способствовать достижению сторонами соглашения по спору, и лишь в случае не достижения согласия обладал правомочием единолично разрешить спор³.

Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь⁴ (далее – ХПК) раскрывает понятие посредничества как оказание помощи спорящим сторонам в быстром и недорогом способе разрешения возникшего спора без публичного судебного разбирательства. «В целях оказания помощи сторонам в установлении фактических обстоятельств возникшего между ними конфликта; достижения понимания сторонами реалистичности и юридической обоснованности их позиции в конфликте, предъявляемых требований и выдвигаемых возражений; выяснения, сопоставления и сближения их точек зрения о путях разрешения спора; поиска и рекомендации порядка разрешения

¹ См. например: *Куницын А.* Историческое изображение древнего судопроизводства в России. СПб., 1843. С. 25.

² Статут Великого княжества Литовского с подведением в надлежащих местах ссылки на конституции приличные содержанию оного. Ч. 1. СПб., 1811. С. 436–437.

³ СП СССР. 1980. № 16/17. Ст. 104.

⁴ Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 № 219-З (ред. от 15.06.2009) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 06.09.2004. № 138–139. 2/1064.

конфликта, устраивающего обе стороны, хозяйственный суд по ходатайству сторон либо по своей инициативе с их согласия назначает посредника» (ст. 153).

Впервые посредничество в современном понимании было использовано в хозяйственном судопроизводстве в 2008 г. Практика его применения показала высокую эффективность этого процессуального института. В 2009 г. в хозяйственных судах Беларуси завершено более 15 тысяч процедур посредничества. Более чем по 13 тысячам дел (84,5%) спор был урегулирован без судебного разбирательства (в основном были заключены мировые соглашения)¹. Нужно учитывать, что процедура судебной медиации является еще и реальной помощью для судей хозяйственных судов для снижения их чрезвычайно высокой нагрузки. В истекшем году в хозяйственные суды поступило более 110 тысяч обращений.

На нынешнем этапе Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь (далее – ВХС) рассматривает задачу о совершенствовании норм, регулирующих процедуру судебного посредничества. Она нацелена на повышение качества данной процедуры, а также введение процедуры внесудебного посредничества. Актуальна сегодня и проблема неправильного использования спорящими сторонами процедуры судебного посредничества, если не сказать злоупотребления своими правами в этой процедуре.

Для хозяйственного судопроизводства процедура посредничества весьма характерна, поскольку основной категорией дел, рассматриваемых в хозяйственных судах, являются экономические споры (споры, связанные с осуществлением субъектами предпринимательства хозяйственной деятельности). А задачами хозяйственного судопроизводства являются не только правильное и своевременное рассмотрение хозяйственными судами дел, но и содействие укреплению законности и предупреждению правонарушений в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, а также содействие становлению и совершенствованию партнерских деловых отношений, формированию обычаев и этики делового оборота (ст. 4 ХПК).

Интересно, что и авторитетные международные организации уделили внимание медиации, в том числе по коммерческим спорам.

В 2002 г. Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) был принят Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре (далее – Типовой закон²). Он разработан с учетом практики применения согласительных процедур в различных государствах и представляет собой свод положений-рекомендаций (14 статей). Рекомендован Типовой закон государствам для включения его положений в их национальное право, а такое его использование призвано способствовать единообразию правового регулирования в сфере согласительных процедур.

¹ Из архива Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь за 2009 год.

² Из архива Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь за 2003 год.

Полагая, что медиация может обеспечивать эффективное по затратам и быстрое внесудебное разрешение споров посредством процедур, отвечающих потребностям сторон, Европарламент и Совет Евросоюза 21 мая 2008 г. приняли Директиву 2008/52 относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах¹.

«При этом Типовой закон может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным). Иными словами, подлежащий урегулированию с использованием согласительной процедуры спор может вытекать из любых отношений коммерческого характера, в том числе из любых торговых сделок на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторских соглашений; коммерческого представительства или агентского соглашения; факторинга; лизинга; строительства промышленных объектов; предоставления консультативных услуг; инжиниринга; лицензирования; инвестирования; финансирования; банковских услуг; страхования; соглашений об эксплуатации или концессии; совместных предприятий и других форм промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом»².

Директива ЕС еще более категорична в этом смысле. В пункте 2 этого документа указывается, что данная Директива должна применяться в отношении споров по гражданским и коммерческим делам за исключением прав и обязанностей, решения по которым стороны не вправе решать самостоятельно. Это относится, в частности, к вопросам налогообложения, таможенным и административным вопросам, а также к вопросам ответственности государства за действия и упущения в осуществлении государственной власти (*acta iure imperii*).

В этой части ХПК идентичен с указанными выше требованиями: урегулирование спора в порядке посредничества может быть проведено по любому спору, возникшему из гражданских правоотношений (ч. 2 ст. 156 ХПК).

Современная концепция развития посредничества (медиации) рассматривает возможность использования его и по другим категориям дел, в том числе по административным делам и даже по уголовным делам.

«...на сегодняшний день спектр представлен не только по категориям споров, он представлен по степени приближенности к практике, по региональной “разверстке”, по присутствию различных западных школ (психоаналитическая австрийская, часть образцов ювенальной юстиции Канады, часть

¹ Из архива Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь за 2008 год.

² Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / под общ. ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008.

элементов из американской правовой системы, модель исполнения наказаний Швеции и Финляндия)»¹.

Поэтому можно смело утверждать, что перспективы применения посредничества в хозяйственном судопроизводстве имеют хорошее будущее. В последующем можно будет применять медиацию по всем делам, рассматриваемым хозяйственными судами.

Нелишне будет заметить, что посредничество можно и нужно использовать и в гражданском судопроизводстве. С его помощью можно решать много проблем по гражданским, трудовым, семейным, жилищным и иным спорам, рассматриваемым общими судами. Для этого необходимы соответствующие изменения и дополнения в Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь².

Анализ норм ХПК, регулирующих посредничество, показывает, что оно представляет собой процесс по урегулированию спора самими сторонами с помощью посредника. Он начинается с того момента как конфликтующие стороны пришли к соглашению о разрешении спора с помощью процедуры посредничества и заканчивается достижением соглашения по предмету спора либо утратой одной из сторон (обеими сторонами) желания далее следовать процедуре посредничества. Посредничество может быть также прекращено из-за наступления объективных причин, которые делают невозможным ее продолжение (смерть либо ликвидация одной из сторон, исчезновение предмета спора и т.п.).

Так, хозяйственным судом М-ской области было возбуждено дело по иску республиканского унитарного предприятия «А» к ООО «Б» о взыскании пени по договору подряда. Хозяйственным судом сторонам было предложено провести производство по урегулированию спора в порядке посредничества, назначен посредник, определен месячный срок для урегулирования спора, назначено заседание по урегулированию спора. От сторон поступило заявление об утверждении соглашения и прекращении производства по делу.

Стороны заключили соглашение об урегулировании спора в порядке посредничества по спору на следующих условиях:

истец отказывается от взыскания с ответчика пени по договору подряда, а ответчик обязуется перечислить истцу пеню и сумму государственной пошлины в установленный сторонами срок. Расходы по оплате государственной пошлины истец частично оставил за собой (25%).

¹ Выдержки из стенограммы Круглого стола «Результаты продвижения идей и практик медиации в России. Внедрение посредничества в гражданских, уголовных, административных делах и иных категориях споров» (Редакционный материал) // Вопросы ювенальной юстиции. 2009. № 3.

² Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь от 11.01.1999 № 238-З (ред. от 04.01.2010) (с изм. и доп., вступившими в силу с 15.02.2010) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 17.03.1999. № 18–19. 2/13.

Соглашение сторон, как не противоречащее законодательству, хозяйственным судом утверждено. Производство по делу было прекращено. Истцу из республиканского бюджета возвращено 50% уплаченной госпошлины. В определении суда также указано, что в случае неисполнения ответчиком в добровольном порядке условий соглашения истцу по его заявлению может быть выдан судебный приказ на принудительное взыскание задолженности¹.

По сравнению с иными видами досудебной (внесудебной) формы защиты права, а также с рассмотрением спора в третейском или государственном суде посредничество имеет ряд особенностей и преимуществ. Принципиальным отличием посредничества от переговоров является то, что в медиации помимо сторон принимает участие третье лицо, независимое от позиций сторон – посредник (медиатор).

Основным отличием процедуры медиации от судебной формы защиты прав в государственном или третейском суде является то, что посредник сам по себе не принимает никакого решения в отношении существа спора. Все решения в рамках посредничества принимаются только сторонами на основе взаимного согласия.

В отличие от публичных судебных процедур в процедуре посредничества нет распределения обязанностей по доказыванию, спор между сторонами разрешается не на основе противоборства, а через сотрудничество. При этом в процедуре посредничества обе стороны, как правило, получают взаимную пользу и сохраняют между собой хорошие деловые отношения. Если при посредничестве не получается названных результатов, значит это было псевдопосредничество.

Преимуществом является и то обстоятельство, что если стороны не пришли к урегулированию спора в порядке посредничества, спор передается на разрешения хозяйственному суду в порядке искового производства. И в этом случае стороны получают взаимную выгоду.

Так, хозяйственным судом М-ской области было возбуждено дело по иску прокурора в интересах ОАО «А» к ООО «Б» о взыскании долга, пени и процентов за пользование чужими денежными средствами. По ходатайству сторон производство по делу приостанавливалось для урегулирования спора в порядке посредничества. Спустя месяц определением суда производство по делу было возобновлено по ходатайству сторон в связи с недостижением соглашения. В судебном заседании при разрешении спора по существу стороны подтвердили, что в процедуре посредничества ими было достигнуто согласие относительно начисленных сумм арендных платежей, сроков и сумм их оплат по акту сверки расчетов, представленному истцом, за исключением одного эпизода².

¹ КонсультантПлюс за 2009 год. Определение хозяйственного суда М-ской области от 17.08.2009 (дело № 417-3/09).

² КонсультантПлюс за 2009 год. Решение хозяйственного суда М-ской области от 27.08.2009 (дело № 190-17/09).

Судебное посредничество позволяет хозяйственному суду осуществлять действия по урегулированию споров, направленные на примирение сторон, с учетом глубинных причин возникновения конфликта между сторонами. Иногда посредничество дает так называемые промежуточные положительные результаты.

Например, хозяйственный суд В-ской области рассматривал дело по иску прокурора в интересах коммунального унитарного производственного проектно-строительного предприятия «А» к инвестиционно-строительному коммунальному унитарному предприятию «Б» о взыскании долга, пени, процентов за пользование чужими денежными средствами. Определением суда было утверждено соглашение сторон, заключенное в порядке посредничества, согласно которому инвестиционно-строительное коммунальное унитарное предприятие «Б» признает задолженность на момент подачи иска перед коммунальным унитарным производственным проектно-строительным предприятием «А» частично. А также частично признало возникновение перед истцом задолженности и начисленные проценты за пользование чужими денежными средствами и пеню. Таким образом, сторонами достигнуто соглашение в порядке посредничества на 31,25% от общей суммы иска.

Оценивая доводы прокурора, истца о просрочке исполнения обязательства по оплате выполненных работ, на основании совокупности доказательств, имеющихся в материалах дела, хозяйственный суд посчитал, что обоснованным является взыскание с ответчика сумм, определенных в соглашении, достигнутом сторонами в порядке посредничества. При вынесении решения суд, в связи с урегулированием спора в порядке посредничества частично, исчислил подлежащую уплате государственную пошлину исходя из суммы, пропорциональной размеру требований, по которым достигнуто соглашение¹.

По другому делу хозяйственный суд Г-ской области, рассматривая иск прокурора в интересах войсковой части 11111 к совместному обществу с ограниченной ответственностью «А» о расторжении договора аренды, взыскании долга по арендной плате и пени за просрочку платежа, предпринял следующее. Для урегулирования спора в порядке посредничества производство по делу приостанавливалось. В результате производство по иску о взыскании основного долга было прекращено в связи с заключением между сторонами соглашения о порядке урегулирования спора в порядке посредничества в этой части, о чем вынесено отдельное определение. Иск о выселении был удовлетворен, поскольку на момент вынесения решения у ответчика образовалась новая задолженность по оплате арендных платежей. Государственная пошлина, взысканная с ответчика, судом уменьшена пропорционально с учетом заключенного соглашения².

¹ КонсультантПлюс за 2009 год. Решение хозяйственного суда В-ской области от 05.02.2009 (дело № 497-12/2008).

² КонсультантПлюс за 2009 год. Решение хозяйственного суда Г-ской области от 26.11.2009 (дело № 666-7/2009).

Исходя из вышеизложенного, судебное посредничество в рамках ХПК можно определить как добровольную процедуру по урегулированию хозяйственного (экономического) спора между сторонами, проводимую должностными лицами хозяйственного суда, назначаемыми судом и направленную на достижение сторонами взаимовыгодного соглашения по предмету спора.

Судебное посредничество применяется после возбуждения хозяйственным судом производства по делу, и представляет собой совокупность процессуальных действий сторон и должностных лиц суда, направленных на урегулирование спора путем достижения соглашения между сторонами по предмету спора, можно сделать вывод о том, что судебное посредничество представляет собой отдельную стадию хозяйственного процесса.

В статье 156 ХПК установлено, что урегулирование спора в порядке посредничества может быть проведено по любому спору возникшему из гражданских правоотношений. Анализ содержания положений отдельных статей кодекса позволяет установить, что к процедуре посредничества стороны могут прибегнуть лишь при рассмотрении спора в порядке искового производства, так как урегулированию в порядке посредничества не подлежат экономические споры, для разрешения которых предусмотрены неисковые виды производств (главы 24–27, 30 ХПК).

Подобный вывод обоснован особенностями дел неисковых видов производств. К таким делам относятся, дела связанные с публичными отношениями (споры возникающих из административных и иных публичных правоотношений, жалобы на действия нотариальных органов или отказ в их совершении) либо дела, в которых отсутствует спор о праве (дела приказного производства, об установлении юридического факта). Эти особенности не позволяют участникам производства по таким категориям дел обратиться к процедуре посредничества, так как в первом случае спор не вытекает из гражданских правоотношений и законодательство Республики Беларусь не предполагает диспозитивности в действиях государственного органа, что необходимо при урегулировании спора в процедуре посредничества, а во втором случае отсутствует сам спор, подлежащий урегулированию.

Также из круга категорий дел, рассматриваемых в порядке искового производства по которым возможно урегулирование спора в порядке посредничества следует исключить дела об установлении факта ничтожности сделок. Поскольку в силу п. 1 ст. 167 ГК¹ сделка является ничтожной вне зависимости от позиции сторон по сделке и признанию ее таковой судом, что исключает диспозитивность в действиях сторон по таким категориям дел. В отношении же оспоримых сделок их недействительность зависит, в том числе от того, предъявит ли одна из сторон по сделке соответствующий иск в суд

¹ Гражданский кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 № 218-3 (ред. от 28.12.2009) // Ведомости Национального Собрания Республики Беларусь. 05.03.1999. № 7–9. Ст. 101.

либо нет. Необходимость активных действий одной или обеих сторон по оспоримой сделке для признания ее недействительной, дает возможность для урегулирования подобного спора в порядке посредничества, в частности путем достижения соглашения об отказе истца от иска.

Основанием для применения процедуры посредничества для разрешения экономического спора является соглашение сторон об урегулировании спора с помощью посредничества. Это соглашение может быть выражено в совместном ходатайстве от обеих сторон об урегулировании спора в порядке посредничества, либо в согласии стороны (сторон) с инициативой другой стороны в споре или суда по применению судебного посредничества (ст. 155, 161 ХПК).

«Стороны иницируют проведение процедуры посредничества путем подачи в хозяйственный суд письменного ходатайства (заявления), подписанного одной или обеими сторонами о намерении урегулировать спор при участии посредника. Такое ходатайство (заявление) может содержаться в тексте искового заявления либо отзыва на иск, может быть оформлено в виде отдельного документа. Соглашение сторон может быть выражено в совместном ходатайстве обеих сторон об урегулировании спора в порядке посредничества, либо в согласии стороны (сторон) с инициативой другой стороны в споре или хозяйственного суда по применению процедуры посредничества (ст. 155, 161 ХПК). Процедура посредничества проводится также в случае, если возможность ее проведения предусмотрена условиями гражданско-правового договора, из которого вытекает спор. Урегулирование спора в порядке посредничества по искам, предъявленным прокурором в целях защиты интересов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и других лиц с их согласия, осуществляется с учетом положений ст. 66 ХПК»¹.

В соответствии со ст. 161 ХПК применение процедуры посредничества возможно лишь после поступления в суд искового заявления поданного с соблюдением требований к форме и содержанию иска, а также относительно прилагаемых документов, изложенных в ст. 159, 160 ХПК. Данное положение кодекса создает определенные трудности для широкого применения процедуры посредничества для урегулирования экономических споров. Это вызвано тем, что согласно ст. 160 ХПК к исковому заявлению должны быть приложены документы, подтверждающие уплату государственной пошлины в установленном порядке.

Таким образом, даже при достижении между сторонами соглашения об урегулировании спора в порядке посредничества, истец при подаче иска должна будет уплатить государственную пошлину в полном объеме, и эти расходы будут подлежать распределению между сторонами в соглашении об

¹ Об утверждении Методических рекомендаций по урегулированию экономических споров в порядке посредничества: постановление Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 15.04.2009 № 24 // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. 2009. № 11.

урегулировании спора в порядке посредничества. В проекте закона об изменении ХПК, который в настоящее время вносится Высшим Хозяйственным Судом Беларуси на рассмотрение Главы государства, эти нюансы будут учтены.

Местом проведения процедуры посредничества могут быть помещения хозяйственного суда или иные помещения. Главное, чтобы были созданы условия для обеспечения принципов доверительности, беспристрастности и независимости. Наилучшим вариантом является оборудование в помещениях хозяйственных судов отдельной комнаты для проведения процедуры посредничества, обстановка в которой должна подчеркивать равные условия для сторон и предоставлять возможность проведения как совместных, так и отдельных переговоров.

Месячный срок для проведения процедуры посредничества, как и десятидневный срок для назначения посредника, является процессуальным сроком, и в соответствии со ст. 138, 139 ХПК может быть восстановлен или продлен хозяйственным судом.

Практика применения посредничества подтверждает его жизнеспособность и необходимость дальнейшего развития.

*Д.Я. Малешин**

РОССИЙСКАЯ МОДЕЛЬ ГРУППОВОГО ИСКА¹

В современном обществе все чаще происходит нарушение не только индивидуальных, но и коллективных, групповых прав, либо нередко – прав неопределенного круга лиц. Подобных примеров множество. Это могут быть нарушения в области использования природных ресурсов, на рынке ценных бумаг, на потребительском рынке и т.д. В этих случаях зачастую затрагиваются интересы и нарушаются права не только одного из участников отношений, но идентичные права группы, либо неопределенного круга лиц. Подобные нарушения распространены в настоящее время практически во всех странах мира независимо от их политического режима.

Судебная защита нарушенных прав в данном случае осуществляется по-разному. Существуют разнообразные процедуры и механизмы. Наибольшее распространение в настоящее время имеют следующие виды защиты групповых прав, либо неопределенного круга лиц: соучастие, частный, публичный и организационный групповые иски. Распространение их зависит прежде всего от типа правовой и процессуальной системы.

Понятие и виды групповых исков

Групповой иск является одним из наиболее широко применяемых институтом защиты прав нескольких лиц. Он позволяет одному или нескольким членам группы подать иск и представлять интересы других участников группы без их участия в судебном разбирательстве². Основной предпосылкой группового иска является общность интересов такого качества, которое оправдывает объединенное производство³.

Сущность группового иска удачно изложил профессор В.К. Пучинский: «если множество лиц имеет одинаковый интерес в деле, производство может быть начато и, поскольку суд не укажет иного, продолжено одним или более лицами или против одного или более лиц из числа участников группы, дейст-

* © Малешин Д.Я., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса, заместитель декана юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

¹ Данная статья впервые была опубликована в журнале «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» (2010. № 4. С. 70–87).

² *Clermont K.M.* Principles of Civil Procedure. St. Paul. 2005. P. 386.

³ *Елисеев Н.Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М., 2006. С. 495.

вующих как уполномоченные либо всей группы, либо группы без одного или некоторых ее членов»¹.

Тем не менее в настоящее время определение данного понятия является дискуссионной темой науки гражданского процессуального права. Некоторые процессуалисты предлагают рассматривать его как иск в защиту интересов больших групп населения². Другие авторы считают, что групповой иск – это иск лиц, имеющих однородные требования, круг которых к моменту подачи заявления не определен, но может быть установлен путем оповещения всех заинтересованных лиц³. Третья позиция заключается в том, что групповой иск – это притязание о защите как нарушенных субъективных прав участников многочисленной группы лиц, так и охраняемого законом интереса субъекта, обращающегося в суд в защиту этой группы⁴.

Полагаем, что групповой иск следует рассматривать в качестве процессуального института, позволяющего одному или нескольким лицам подать иск в защиту прав группы лиц, либо неопределенного круга лиц без обязательного их участия в процессе. Главная его особенность заключается в том, что судебное решение обязательно не только для участников судебного разбирательства, оно распространяется и на тех субъектов, которые не принимали в нем участие и даже не знали о его существовании⁵. Причем, ни один член группы не имеет преимуществ при взыскании с должника денежных средств, все обладают равными правами и несут равные обязанности⁶.

Следует иметь в виду, что понятие «групповой иск» является теоретической конструкцией и служит для обозначения порядка защиты значительного круга лиц. В различных процессуальных системах используется разная терминология, применяемая для обозначения порядка защиты неопределенного круга лиц. Термин «классовый иск» (class action) используется в США. В Англии применяется термин «группой иск» (group action), в Ирландии – «многосторонний процесс» (multiparty litigation). В странах континентального права предпочтение отдается терминологии, обозначающей защиту коллективных прав.

В теории существуют несколько классификаций групповых исков, имеющих в основе различные критерии. В зависимости от целей выделяют два вида групповых исков. В первом случае целью является возмещение причиненного ущерба, а во втором – изменение сформировавшихся обществен-

¹ Пучинский В.К. Гражданский процесс зарубежных стран. М., 2007. С. 153.

² Фурсов Д.А., Харламова И.В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 2: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. М., 2009. С. 227.

³ Гражданский процесс: учебник / под ред. Н.М. Коршунова М., 2005. С. 296.

⁴ Журбин Б.А. Процессуальные особенности рассмотрения судами дел по групповым и производным искам: автореф. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009.

⁵ Колесов П.П. Групповые иски в США. М., 2004. С. 13.

⁶ Tidmarsh J., Trangsrud R. Complex Litigation and the Adversary System. New York. 1998. P. 530.

ных отношений путем отмены нормативных предписаний (например, отмена отдельных положений нормативного акта либо типового договора)¹. Некоторые авторы разграничивают имущественные групповые иски и иски в защиту неопределенного круга лиц². Недостаток подобных классификаций заключается в отсутствии их практической целесообразности. Они являются сугубо теоретическими конструкциями и не имеют значения для практики.

С нашей точки зрения, в качестве критерия целесообразно использовать субъекта подачи иска, которым могут выступить частные лица и организации, а также органы государственной власти. Используя данный критерий, следует выделять частные, публичные и организационные групповые иски. Частный групповой иск подается гражданином или организацией и позволяет им действовать от имени, но без поручения группы и предъявлять иск в защиту прав ее членов, либо неопределенного круга лиц. Публичный иск предполагает подачу иска органом государственной власти в защиту прав определенной группы лиц, либо неопределенного круга лиц. В частности, подобный иск чаще всего используется прокурором. Организационный иск подается специализированной общественной организацией, действующей в той или иной области общественных отношений, в защиту прав граждан или организаций, чьи права нарушены в данной области. Подобные иски подают чаще всего в защиту прав потребителей, участников рынка ценных бумаг.

Данная классификация является не только теоретической разработкой, но и имеет значение для практики применения законодательства о групповых исках. Специфика субъекта требует различного правового регулирования как подачи, так и рассмотрения иска. Данная классификация позволяет установить различные процедуры в зависимости от категории группового иска.

Интересно, что не все категории группового иска получили одинаковое распространение. В различных правовых системах по-разному урегулирован данный институт. Если частные групповые иски в основном распространены в странах общего права, то публичные и организационные групповые иски используются в странах континентального права. Такое распространение связано с тем, что в странах континентального права большое развитие и применение получил институт соучастия.

Данный институт наиболее близок в процессуальном аспекте групповому иску. Он является традиционным классическим способом защиты нарушенных прав нескольких лиц и известен как странам континентального права, так и государствам англо-саксонской системы. Иск может быть предъявлен совместно несколькими истцами или к нескольким ответчикам. Согласно ст. 40 ГПК РФ каждый из истцов и ответчиков выступает в процессе по отношению к другой стороне самостоятельно. Доктрина гражданского процес-

¹ *Tarruffo M. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective // Duke Journal of Comparative and International Law. 2001. № 11. P. 406.*

² *Журбин Б.А. Указ. соч.*

суального права в странах континентального права в течение долгого времени исходила из необходимости четкого определения участников гражданских процессуальных правоотношений. Они должны быть известны и определены. В этом заключается принципиальное отличие соучастия от группового иска. Идентификация всех участников группы не является обязательным условием при подаче группового иска. Поэтому состав участников группы может формироваться и после вынесения решения, в нее могут войти люди, ранее ничего не знавшие о судебном разбирательстве¹.

Институт частного группового иска зародился и получил наибольшее распространение в странах общего права. Он является характерной чертой англо-саксонской системы правосудия по гражданским делам. Принято считать, что групповой иск является наиболее эффективным способом защиты прав неопределенного круга лиц в странах общего права². Его значимость для США и всей англо-саксонской системы велика³. Некоторые ученые считают, что институт групповых исков является центральным звеном в американской системе «тотальной юстиции», не только судебным, но и политическим и экономическим инструментом в защите нарушенных прав⁴.

В то же время похожая процедура была известна еще римскому праву. В частности, в Дигестах Юстиниана указывается: «Если граждане муниципия или какая-либо совокупность назначают представителя для предъявления иска, то не следует говорить, что как будто он считается назначенным несколькими лицами: ибо он выступает в интересах общества или в интересах совокупности, а не в интересах отдельных лиц» (книга третья, титул IV «Об исках, предъявляемых от имени какой-либо совокупности или против неё»)⁵. Знакомые римскому праву так называемые общедоступные иски (*actiones populares*) имели схожие черты с современными англо-саксонскими частными групповыми исками. Они позволяли гражданину в качестве представителя всего общества предъявить иск против лица в защиту общественных интересов⁶. Они могли быть предъявлены любым из заинтересованных лиц⁷.

Групповой иск в странах общего права

В современный период частный групповой иск получил наиболее широкое использование после принятия Федеральных правил гражданского судоп

¹ *Bronstein J., Fiss O.* The Class Action Rule // *Notre Dame Law Review*. 2002–2003. No. 78. P. 1419.

² *Оскаве К.* Классовый иск в современном американском гражданском процессе // Защита прав и законных интересов граждан и организаций: материалы Международной научно-практической конференции. Сочи. Ч. 1. 2002. № 3. С. 69–81.

³ *Hazard G.C., Tarruffo M.* *American Civil Procedure. An Introduction*. New Haven, 1993. P. 160.

⁴ *Friedman L.M.* *American Law in the 20th Century*. New Haven and London. 2002. P. 256.

⁵ Суд и судьи в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана / пер. с лат. М., 2006. С. 293.

⁶ *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права / под ред. и с пред. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 194.

⁷ *Гарсиа Гарридо М.Х.* Римское частное право: Казусы, иски, институты / пер. с исп., отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 158–159.

производства США в 1938 г. Изначально применение группового иска предполагалось только в случае, если другие способы защиты были исчерпаны, но в 1966 г. такой порядок был отменен, что вызвало значительное увеличение количества групповых исков. В настоящее время, согласно правилу 23 Федеральных правил гражданского судопроизводства, один или несколько членов группы могут подать иск или отвечать по иску в качестве представителей всей группы в случаях, если 1) группа является настолько многочисленной, что участие в разбирательстве всех членов затруднительно; 2) вопросы права и факта являются общими для всей группы; 3) требования или возражения являются типичными для всех членов группы; 4) представители сторон могут справедливо и адекватно защитить интересы группы¹.

В США наиболее часто институт групповых исков применяется при авариях транспортных средств (самолетов, поездов и т.д.), продаже опасных для здоровья устройств и приборов, а также имеющих побочные эффекты медикаментов, негативных последствиях от табачной зависимости, нарушениях на рынке ценных бумаг, загрязнении окружающей среды, использовании вредных материалов при строительстве и т.д. Например, в связи с широким применением в 60–70-х гг. в основном в строительстве вредного для здоровья асбеста распространение получили групповые иски к строительным компаниям, продавцам и производителям данного материала².

Несмотря на широкое применение в США группового иска, он является одной из наиболее дискуссионных проблем гражданского судопроизводства. Законодательство в этой сфере часто подвергается критике и преобразованиям. В 2005 г. был принят Class Action Fairness Act, который в определенной степени ограничил возможность использования групповых исков³. Этот документ расширил юрисдикцию федеральных судов, передав в их компетенцию рассмотрение споров по тем групповым искам, сумма которых превышает пять миллионов долларов, а группа составляет не менее 100 человек⁴. Кроме того, он установил четкие правила формирования размера вознаграждения адвокатов⁵. В целом развитие американского института группового иска свидетельствует о более четком правовом регламентировании всех аспектов судопроизводства по данным делам по сравнению с «либеральной» моделью, установленной Правилами гражданского судопроизводства 1938 года⁶.

¹ Federal Civil Judicial Procedure and Rules. 2004 Revised Edition. St. Paul. 2004. P. 121–122.

² White M.J. Asbestos Litigation: Procedural Innovations and Forum Shopping // The Journal of Legal Studies. 2006. Vo.35(2). P. 365–369.

³ Resnik J. Whither and Whether Adjudication? // Boston University Law Review. 2006. № 86. P. 1125.

⁴ Spencer B.A. Civil Procedure. A contemporary approach. St. Paul. 2007. P. 565.

⁵ Feldman J.S., Fleischman K.M. Class Action Litigation 2007. Prosecution and Defense Strategies. New York. 2007. P. 9.

⁶ Subrin S.N., Minow M.L., Brodin M.S., Main T.O. Civil Procedure. Doctrine, Practice and Context. New York. 2008. P. 928.

Институт группового иска применяется и в других странах общего права. Родиной этого института является Великобритания. Он был изобретен судами справедливости в XVII в.¹ Для защиты прав группы лиц в этой стране изначально применялся представительский иск, сочетающий черты соучастия и представительства. В 2000 г. были введены также правила производства по групповым искам. Поэтому в настоящее время в Англии существуют два способа защиты прав группы лиц: представительские и групповые иски². Групповые иски урегулированы в специальном разделе III «Групповые процессы» (ст. 19.10–19.15) Правил гражданского судопроизводства 1998 года³. В целом практика применения различных процедур защиты прав группы лиц последних двух десятилетий является, по мнению многих английских процессуалистов, крайне неудовлетворительной⁴. Интересно, что в Шотландии групповые иски так и не были введены.

В Канаде институт частного группового иска вначале появился в провинции Онтарио с принятием в 1992 г. Акта о групповом производстве (Ontario Class Proceedings Act), а затем в Британской Колумбии в 1995 г., а в 2002–2006 гг. большинство других провинций также установили правила судопроизводства по групповым искам⁵. Канадский законодатель адаптировал американскую модель группового иска, но постарался устранить все ее очевидные недостатки⁶. Поэтому в целом опыт использования групповых исков в Канаде имеет больше положительных последствий, чем негативных⁷. В Австралии порядок судопроизводства по групповым искам был установлен в 1991 г.⁸

Групповой иск в странах континентального права

Общемировой тенденцией развития гражданского судопроизводства является сближение и взаимное обогащение двух основных типов гражданского судопроизводства: романо-германского и англо-саксонского. Одним из ярких проявлений подобных тенденций сближения в странах романо-германского права являются попытки законодателя и ученых приспособить институт групповых исков к действующей системе гражданского судопроизводства.

¹ Вафин Я. Особенности судопроизводства по групповым искам в Англии // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 8. С. 26.

² Andrews N. Multy-party Proceedings in England: Representative and Group Actions // Duke Journal of Comparative and International Law. 2001. No. 11. P. 249–267.

³ Кудрявцева Е.В. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008. С. 234–237.

⁴ См., напр.: Hodges C. Some Observations on Multy-party Claims // Procedural Laws in Europe. Towards harmonization. Antwerp-Apeldoorn. 2003. P. 403–405.

⁵ Eizenga A.M., Peerless M.J., Wright C.M., Callaghan J. Class Actions Law and Practice. Markham. 2008. P. 1.5.

⁶ Walker J. Crossborder Class Actions: A View from Across the Border// Michigan State Law Review. 2004. No. 3. P. 757–758.

⁷ Watson G.D. Class Action: The Canadian Experience// Duke Journal of Comparative and International Law. 2001. No. 11. P. 269–271, 278, 285–287.

⁸ Clark S.S., Harris C. Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective // Duke Journal of Comparative and International Law. 2001. No.11. P. 289.

Исторически в странах континентального права институт групповых исков не признавался. Основным аргументом данной позиции являлось наличие института соучастия, который, по мнению многих ученых, позволяет эффективно защищать нарушенные права группы лиц. В то же время с развитием и усложнением общественных отношений возникали ситуации, когда применение норм о соучастии было недостаточным для эффективной защиты нарушенных прав группы лиц.

Впервые идея введения института групповых исков в странах континентального права стала широко обсуждаться в 70-е гг. прошлого века¹. Некоторые страны континентальной правовой семьи все же реципировали институт частных групповых исков. Это, прежде всего, Бразилия и канадская провинция Квебек. В Бразилии в 1985 г. была установлена возможность подачи публичного группового иска для защиты окружающей среды и прав потребителей², а в Гражданский процессуальный кодекс Квебека правила судопроизводства по групповым искам были введены еще в 1978 г.³

В Европе институт частного группового иска был также введен в 1994 г. в Нидерландах, в 1995 г. в Португалии, в 2001 г. в Испании⁴. Достаточно подробно данный институт урегулирован в Швеции. В этой стране действует Закон о групповых исках (Group Proceedings Act). Его разработка велась более десяти лет и вызвала немало споров в юридическом сообществе. Тем не менее закон был принят в 2002 г. и вступил в силу 1 января 2003 г. Закон является своеобразным дополнением Кодекса о юридической процедуре 1948 г. С принятием данного закона в Швеции действуют практически все известные как странам континентального, так и странам общего права способы защиты прав группы лиц либо неопределенного круга лиц. Шведская модель разрешения коллективных споров была адаптирована и другими скандинавскими странами: Финляндией, Норвегией и Данией⁵.

Институт соучастия предусмотрен в Кодексе юридической процедуры Швеции, а частные, публичные и организационные групповые иски – в Законе о групповых исках. Согласно ст. 1 данного закона при подаче группового иска заявление подается в суд истцом от имени нескольких лиц, не являющихся сторонами по данному делу, но для которых данный иск имеет юридические последствия. Частный групповой иск может быть подан гражданином либо юридическим лицом, полностью поддерживающими предмет и основа-

¹ *Grinover A.P.* New trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits. General Report // *Grinover A.D., Filho P.C.* Direito processual comparado. Rio de Janeiro. 2007. P. 308.

² *Filho W.S.G.* Special Features of Comparative Procedural Law in Brazil // *Zeitschrift für Zivilprozess International*. 1998. № 3. P. 452.

³ *Eizenga A.M., Peerless M.J., Wright C.M., Callaghan J.* Class Actions Law and Practice. Markham. 2008. P. 1.5.

⁴ *Hodges C.* Multy-party Actions: A European Approach // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 2001. № 11. P. 327.

⁵ *Hodges C.* Europeanisation of Civil Justice: Trends and Issues // *Civil Justice Quarterly*. 2007. Vol. 26. January. P. 118.

ние иска (ст. 4). Организационный групповой иск может быть подан внебюджетной общественной организацией для защиты прав потребителей либо в защиту окружающей среды (ст. 5). Публичный групповой иск подается органом власти, определяемым Правительством (ст. 6). Многие авторы рассматривают групповые иски как проявление социалистических идей, имеющих распространение в Швеции¹.

В других странах континентальной Европы отношение к институту частных групповых исков более скептическое. Тем не менее, проблема совершенствования процедуры защиты коллективных прав широко обсуждается. Особенно активные дискуссии проводятся во Франции, Германии и Италии. Несмотря на значительное количество предложений, законодатели этих стран не стали копировать англо-саксонский институт частных групповых исков². Своеобразной альтернативой англо-саксонскому институту стали публичные групповые и организационные групповые иски. Континентальные групповые иски не касаются всех общественных отношений, а затрагивают только определенные сферы. Чаще всего, это – рынок ценных бумаг, потребительский рынок, использование окружающей среды.

Во Франции идея введения института групповых исков была поддержана даже президентом. В своем ежегодном послании в начале января 2005 г. Жак Ширак открыто высказался о необходимости внесения изменений во французское законодательство, касающихся возможности подачи групповых исков в защиту прав потребителей³. Была создана специальная рабочая группа по совершенствованию способов защиты коллективных прав, которая к 2005 г. подготовила специальный доклад (*Rapport sur L'Action de Group*, December 16, 2005). Согласно принятому французскому законодательству, различные ассоциации наделены правом подавать иски в защиту публичных и групповых интересов, касающихся деятельности этих организаций⁴.

В Германии также были введены организационные групповые иски. Известные немецкие компаративисты Цвайгерт и Кётц, признавая, что американский частный групповой иск – привлекательный правовой инструмент, одновременно выражают сомнение в целесообразности перенесения этого института в германскую правовую среду⁵. В Германии был принят ряд нормативных актов, позволяющих различным объединениям и ассоциациям подавать групповые иски. Так, изменения в закон о борьбе с недобросовестной конкуренцией наделили союзы потребителей правом подачи группового иска

¹ Lindblom P.H. National Report: Group litigation in Sweden, Oxford Conference «The Globalisation of Class Action», December 12–14, 2007, P. 9.

² См.: Tarruffo M. Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 2001. № 11. P. 406

³ French Republic President Jacques Rent Chirac, 2005 New Year speech // <http://www.elysee.fr>

⁴ Jolowicz J.A. On Civil Procedure. 2000. P. 77.

⁵ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1. Пер. с нем. М., 2000. С. 32.

о возмещении ущерба, причиненного потребителям в результате действий, квалифицируемых как недобросовестная конкуренция.

В других странах континентального права также разрабатываются определенные проекты, касающиеся организационных и публичных групповых исков. Так, в Италии Кодекс о защите прав потребителей наделяет ассоциации по защите прав потребителей возможностью предъявлять групповые иски¹. Организации по защите прав потребителей наделены правом подавать иски в защиту потребителей в Бельгии, Люксембурге, Нидерландах², Испании и Португалии³.

В странах Восточной Европы и СНГ проблема групповых исков также достаточно актуальна. Некоторые страны адаптировали англо-саксонскую модель, другие придерживаются традиционного романо-германского варианта, а третьи вообще не используют институт групповых исков. В любом случае во всех странах имеет место широкая научная дискуссия по данной проблеме.

Законодатель Литвы принял решение о введении англо-саксонской модели группового иска, включив соответствующие правовые нормы в ГПК. Однако практика их применения показала недостаточную их согласованность с процессуальной системой в целом. Многие вопросы являются нерешенными. В частности, непонятно, кто может выступить инициатором группового иска, какой порядок рассмотрения дела должен быть, если имеются разногласия между членами группы и т.д.⁴.

В Республике Беларусь используются публичные и организационные групповые иски. Публичный групповой иск реализует прокурор в соответствии со ст. 81 ГПК Республики Беларусь, а организационные – профессиональные союзы и другие общественные организации. В частности, согласно ст. 86 ГПК Республики Беларусь, профессиональные союзы могут обращаться в суд с заявлениями в защиту прав и охраняемых законом интересов их членов по спорам, вытекающим из трудовых отношений, а другие общественные объединения – в защиту прав их членов, если предмет спора соответствует уставным целям этих организаций⁵.

В Украине прокурор также имеет право подавать публичный групповой иск, а ряд общественных объединений – организационный групповой иск. В

¹ См.: В парламент Италии представлен законопроект [www-документ] // Италия по-русски [www-сайт]: <http://www.italia-ru.it/node/9310> (2007. 27 сентября)

² *Hodges C.* Multy-party Actions: A European Approach // *Duke Journal of Comparative and International Law*. 2001. № 11. P. 323.

³ *Hodges C.* Europeanisation of Civil Justice: Trends and Issues // *Civil Justice Quarterly*. 2007. Vol. 26. January. P. 115.

⁴ *Mikelenas V.* Protection of Public and Collective Interests in the Lithuanian Civil Procedure // *Zeitschrift fur Zivilprozess International*. 2005. No. 10. P. 273–274.

⁵ Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь / под общ. ред. Т.А. Беловой, И.Н. Колядко, И.А. Мирониченко. Минск, 2005. С. 143.

частности, общественные объединения в области окружающей природной среды имеют право обращаться в суд с исками о возмещении вреда, причиненного нарушением законодательства об охране окружающей среды, а общественные объединения потребителей могут обращаться в защиту неопределенного круга потребителей в связи с противоправными действиями продавца или изготовителя¹.

Подобная работа ведется и на межгосударственном уровне. В Европейском Союзе была принята Директива о защите прав потребителей (The European Directive on Injunctions for the Protection of Consumer's Interests), предоставляющая право подачи группового иска ассоциациям потребителей. Разработан Модельный кодекс групповых исков для стран континентального права (The Class Action Model Code for Civil Law Countries). Комитет по гражданскому судопроизводству Международной Ассоциации Права (International Law Association) подготовил резолюцию «Межгосударственные групповые иски» (Transnational Group Actions), которая была утверждена на конференции 17 августа 2008 г.

Публичные и организационные иски в определенной степени позволяют избежать недостатков, характерных для использования частных групповых исков англо-саксонской модели. В то же время практика их применения показывает, что в ряде случаев их недостаточно. Они не охватывают многих областей общественных отношений, в которых происходит нарушение прав групп, либо неопределенного круга лиц.

Таким образом, в настоящее время институт групповых исков известен как странам общего, так и континентального права. Учитывая, что исторически данный институт впервые сформировался в странах общего права, то его следует рассматривать в качестве одной из основных черт англо-саксонской процессуальной системы. Более того, институт групповых исков в странах континентального права имеет большую специфику. Чаще всего используют публичные и организационные групповые иски.

Особенности группового иска в России

К сожалению, Россия не является исключением из стран, где происходят нарушения прав группы, либо неопределенного круга лиц. Достаточно вспомнить широкомасштабные нарушения прав вкладчиков в периоды финансовых кризисов, экологические катастрофы. Нарушения на потребительском рынке происходят практически во всех сферах.

Из трех типов групповых исков в России в полной степени действуют публичные и организационные, а также с 2009 г. в определенной степени частные групповые иски, имеющие значительную специфику. Традиционно для стран романо-германской правовой семьи отечественный законодатель до недавнего времени не признавал институт частных групповых исков. Россий-

¹ Гражданский процесс: учебник / под ред. проф. В.В. Комарова. Харьков, 2001. С. 123–124.

ское гражданское процессуальное законодательство развивалось схожим с большинством стран континентальной Европы образом. Оно идет по пути введения и совершенствования институтов публичного и организационного групповых исков.

Во-первых, предусмотренная российским ГПК возможность подачи прокурором, органами государственной власти и местного самоуправления иска в защиту неопределенного круга лиц является ярким примером публичного группового иска. Чаще всего иск подается прокурором, но в практике имеют место и случаи участия органов государственной власти.

Например, в 2008 г. Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор) собиралась подавать иск к ООО «Бритиш Американ тобакко» в защиту неопределенного круга потребителей в связи с причинением вреда здоровью гражданам из-за некачественного табака¹. Администрация города Краснодар подало в 2007 г. иск в защиту интересов неопределенного круга лиц к ООО «Кубань-Алекс» о запрещении деятельности по использованию детских аттракционов «Колокольчик», «Орбита», «Солнышко», «Юнга», имеющих неисправности металлоконструкций, их сварных и болтовых соединений, активных и пассивных элементов безопасности посадочных мест и поэтому создающих опасность причинения вреда неопределенному кругу лиц². Вологодский транспортный прокурор подал в 2008 г. иск в защиту интересов неопределенного круга лиц к ФГУ «Северо-Двинское государственное бассейновое управление водных путей и судоходства» о понуждении к проведению восстановительных работ на гидроузлах, состояние которых представляет опасность жизни неопределенного круга лиц³.

Во-вторых, возможность подачи организационного группового иска предусмотрена не в ГПК и АПК, а в отраслевом законодательстве. Впервые возможность подачи иска в защиту неопределенного круга лиц была предусмотрена в законодательстве о защите прав потребителей⁴. Статья 46 закона «О защите прав потребителей»⁵ допускает предъявление различными госу-

¹ См.: Главный санитарный врач России подал иск против табачных предпринимателей [www-документ] // Полит.ру [www-сайт]: <http://www.polit.ru/news/2008/09/08/tabacco.popup.html> (2008. 08 сентября); Онищенко подает в суд на British American Tobacco: она лоббирует интересы в Госдуме, пытаясь отравить россиян // NEWSru.com [www-сайт]: http://www.newsru.com/russia/08sep2008/onishenko_bat_print.html (2008. 08 сентября)

² Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 27 марта 2008 г. № Ф08-838/08.

³ Определение Судебной Коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 18 ноября 2009 г. № 1-ВПР09-7.

⁴ *Филатова М.В.* Процессуальные особенности защиты интересов неопределенного круга лиц на примере рассмотрения и разрешения исков о защите интересов неопределенного круга потребителей // *Lex Russica. Научные труды МГЮА. Том LXIII. 2004. № 1. С. 323.*

⁵ Имеется в виду Федеральный закон № 2-ФЗ от 09.01.1996 «О защите прав потребителей».

дарственными органами и организациями исков в защиту неопределенного круга потребителей. Впоследствии такие нормы были предусмотрены и в других нормативных актах. Например, согласно ст. 19 закона «О защите прав и законных интересов на рынке ценных бумаг»¹ некоммерческая организация «Федеральный компенсационный фонд» вправе предъявить в суд иск о защите прав и законных интересов неопределенного круга инвесторов – физических лиц. Комплексная программа мер по обеспечению прав вкладчиков и акционеров² предусматривает разработку законодательства, касающегося защиты прав инвесторов через механизм групповых исков.

Несмотря на то что возможность подачи организационного группового иска предусмотрена в отечественном законодательстве, процедура его подачи и рассмотрения практически не урегулирована. Поэтому на практике возможность обратиться в суд с организационным групповым иском значительно ограничена. Например, Верховный суд России постановил, что подача иска в защиту прав и интересов неопределенного круга лиц возможна только в случае, когда это прямо предусмотрено законом. Так, некоммерческая организация обратилась в областной суд с заявлением в защиту интересов неопределенного круга юридических лиц о признании противоречащими федеральному законодательству ряда норм областного закона. Суд первой инстанции отказал в принятии заявления, мотивировав тем, что ни Федеральный закон «О некоммерческих организациях», ни другие федеральные законы не предоставляют право некоммерческим организациям обращаться в суд с заявлениями в защиту прав и интересов неопределенного круга лиц. Истец обжаловал определение об отказе в принятии заявления, а Верховный суд оставил жалобу без удовлетворения³. В другом случае Верховный суд признал правомерным возможность подачи некоммерческой организацией иска в защиту неопределенного круга лиц. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда подтвердила право Межрегиональной общественной организации «Центр независимой защиты прав потребителей» обратиться с иском в суд в защиту прав неопределенного круга лиц к муниципальному предприятию «Курчатов», кафе «Сангрия» о признании действий противоправными и обязанности устранить выявленные нарушения, выразившиеся в отсутствии юридического адреса на вывеске, отсутствии «Правил продажи отдельных видов товаров», неверном оформлении прейскуранта цен на алкогольную продукцию, неправильном оформлении меню, в частности, отсутствии информации о составе блюда и его весе, отсутствии контрольных весов и книги отзывов и предложений⁴.

¹ Имеется в виду Федеральный закон № 46-ФЗ 05.03.1999 «О защите прав и законных интересов на рынке ценных бумаг».

² Утверждена Указом Президента РФ № 408 от 21.03.1996 г.

³ Судебная практика по гражданским делам / сост. Е.А. Борисова. М., 2004. С. 420.

⁴ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда РФ от 8 сентября 2009 г. № 39-В09-5.

Таким образом, возможность подачи публичных и организационных групповых исков установлена в настоящее время на законодательном уровне, но она не подкреплена механизмом ее реализации. Если подача иска прокурором в защиту неопределенного круга лиц получила определенное распространение, то организационные групповые иски практически не используются в нашей стране. Процессуальное законодательство не детализирует процедуру их подачи и рассмотрения.

Что касается частного группового иска, то данный институт до недавнего времени не признавался ни в отечественной науке, ни в законодательстве. Как и во многих странах континентального права, в России имеет место широкая дискуссия по данному вопросу. Многие процессуалисты подчеркивают актуальность совершенствования и пересмотра правового регулирования порядка защиты прав неопределенного круга лиц¹. Высказываются различные точки зрения. Некоторые авторы указывают о необходимости заимствования англо-саксонской модели частного группового иска². Сторонником введения в России частного группового иска является председатель Высшего арбитражного суда А.А. Иванов³. Один из законопроектов о внедрении данной процедуры в российский гражданский процесс был предложен еще в 1996 г. при разработке нового ГПК РФ⁴. В Государственную Думу был внесен разработанный Министерством экономического развития и торговли проект «О внесении изменений в АПК РФ и некоторые другие акты законодательства РФ в целях совершенствования процедуры разрешения корпоративных споров», предполагающий введение института частных групповых исков.

В то же время многие ученые являются сторонниками классической романо-германской модели защиты прав нескольких лиц. Например, С.А. Иванова считает, что идея выделения группового иска в качестве самостоятельного вида исков не имеет должного научного обоснования⁵. Т.В. Сахнова полагает, что в настоящее время отсутствуют процессуальные основания для выделения группового иска в самостоятельный вид исков⁶. И.В. Решетникова отмечает, что предусмотренная в законе «О защите прав потребителей» норма о возможности подачи группового иска не была адап-

¹ См., напр.: Арбитражный процесс: учебник / под ред. В.В. Яркова. М., 2003. С. 18.

² Оптимизация гражданского правосудия в России / под ред. В.В. Яркова. М., 2007. С. 73; *Аболонин Г.* Новые иски // Российская правовая газета «ЭЖ-Юрист». 2006. № 11; *Батаева Н.* Необходимо ввести институт группового иска // Российская юстиция. 1998. № 10. С. 43–45; *Дедов А.* «Групповые» иски и АПК // Российская правовая газета «ЭЖ-Юрист». 2006. № 17. С. 8.

³ *Иванов А.* Суды должны научиться понимать истинную цель сделок // Время новостей. 2005. № 17. С. 8.

⁴ Путь к закону (исходные документы, пояснительные записки материалы конференций, варианты проекта ГПК, новый ГПК РФ) / под ред. М.К. Треушникова. М., 2004. С. 431–437.

⁵ Гражданский процесс: учебник / под ред. М.К. Треушникова. М., 2007. С. 235.

⁶ *Сахнова Т.В.* Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М., 2008. С. 311.

тирована для российских условий¹. Другие авторы придерживались подобной точки зрения² и предлагали не вводить в России институт групповых исков. До недавнего времени такую точку зрения разделял и российский законодатель и не торопился вводить англо-саксонский институт частных групповых исков.

В июле 2009 г. был принят закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» № 205-ФЗ, согласно которому в АПК РФ был установлен специальный порядок рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц. Данный закон, по сути, внедрил в российский арбитражный процесс институт частных групповых исков. В то же время российский аналог частного группового иска имеет значительную специфику по сравнению с англо-саксонской моделью.

АПК предусмотрел специальный порядок рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц. Правом на обращение в арбитражный суд с частным групповым иском обладает любое юридическое или физическое лицо, являющееся участником правоотношения, из которого возникли спор или требование. Требование должно касаться не только личных, но и прав и законных интересов других лиц, являющихся участниками этого же правоотношения, а также должно быть поддержано не менее чем пятью лицами. Только при соблюдении данных двух условий дело рассматривается в соответствии со специальными правилами АПК, касающимися защиты прав и законных интересов группы лиц.

Обратившееся в арбитражный суд лицо является ключевым участником производства по групповому иску. Оно пользуется правами и несет процессуальные обязанности истца и обязано добросовестно защищать права и законные интересы всех членов группы лиц. Его полномочия могут быть прекращены при отказе этого лица от иска, либо по требованию большинства членов группы лиц. В случае отказа от иска суд откладывает судебное разбирательство для его замены. Данное лицо должно самостоятельно уведомить других членов группы о необходимости проведения замены. Если никто из группы не согласился выступить в качестве данного лица, то суд прекращает производство по групповому иску.

Действующие правила недостаточно ясно определяют статус лиц, присоединившихся к требованию. Если инициатор иска пользуется правами и несет обязанности истца, о чем прямо указано в ст. 225.12 АПК РФ, то правовое положение присоединившихся лиц не определено.

Установленная процедура подачи и рассмотрения группового иска вызывает ряд замечаний. Во-первых, общее условие предъявления иска дает возможность различного толкования, во-вторых, члены группы, за исключе-

¹ Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. М., 1999. С. 11.

² См., напр.: Гражданское процессуальное право: учебник / под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 207; Гражданский процесс России: учебник / под ред. М.А. Витут. М., 2004. С. 230; Караева Т.Ю. Иски в защиту неопределенного круга лиц // Правоведение. 2008. № 4. С. 167.

нием инициатора иска, не имеют практически никаких процессуальных прав, в-третьих, непонятно имеют ли члены группы право обжалования судебного акта и т.д.¹.

Основная специфика российской модели частного группового иска касается процедуры присоединения других лиц к исковому заявлению. Порядок формирования группы лиц, присоединившихся к иску, определяется судом на стадии подготовки. Для этого он устанавливает срок, в течение которого необходимо сделать предложение другим лицам присоединиться к групповому иску, а также срок, в течение которого эти лица могут к нему присоединиться. Обязанность сделать такое предложение, а также проинформировать суд о присоединившихся лицах и предоставить соответствующие документы ложится на лицо, изначально обратившееся в суд. Такое предложение делается публично. Конкретный способ размещения предложения определяет суд, но, по общему правилу, оно публикуется в средствах массовой информации, либо отправляется по почте заказным письмом с уведомлением. Целесообразность такого порядка вызывает сомнения. Во-первых, обязанность извещения возлагается не на суд, как это установлено для извещения участников дела, а на инициатора иска. Во-вторых, перечень способов извещения является открытым, что позволяет свести их к формализму и тем самым ограничить состав группы.

В отличие от классической англо-саксонской модели частного группового иска, где состав не всегда обязательно должен быть определен в процессе судебного разбирательства, российский АПК устанавливает необходимое условие – формирование состава группы лиц до начала судебного разбирательства, на стадии подготовки. Подобное регулирование, с нашей точки зрения, меняет природу группового иска.

Основное его назначение заключается в предоставлении возможности как можно большему количеству лиц присоединиться к исковому требованию. Процессуальное преимущество группового иска заключается в том, что на судебное заседание может не приглашаться вся группа в целом, которая может насчитывать несколько тысяч человек, а иногда известна лишь ее часть, а остальных членов установить невозможно². Истец должен только описать группу, то есть дать лишь критерии отнесения к ней того или иного лица, а не перечислять всех членов группы, как это устанавливает АПК РФ. Согласно ст. 23 Федеральных правил гражданского судопроизводства США судебное решение по групповому иску касается всех лиц, не потребовавших исключения из группы³. Следовательно, оно распространяется не только на тех членов группы, которые официально поддержали групповой иск, но и на тех, кто о нем даже не знал. Критериями отнесения лица к группе могут быть

¹ *Алехина С.А., Туманов Д.А.* Проблемы защиты интересов группы лиц в арбитражном процессе // *Законы России. Опыт. Анализ. Практика.* 2010. № 1. С. 39–43.

² *Колесов П.П.* Групповые иски в США. М., 2004. С. 21.

³ *Federal Civil Judicial Procedure and Rules.* 2004 Revised Edition. St. Paul. 2004. P. 121–122.

отраслевые, географические, временные и другие признаки. Например, группой лиц выступают пострадавшие от сброса вредных веществ в какой-либо водный объект в определенные временные рамки. Появление в американском гражданском процессе института группового иска было связано с несовершенством института соучастия в части защиты большого круга лиц. Если при соучастии стороны должны были быть четко определены, то групповой иск позволял число участников оставлять открытым. Более того, на практике американские судьи отказывают в принятии группового иска, если защита права может быть осуществлена с использованием института соучастия.

Российский АПК по-иному урегулировал порядок рассмотрения дел о защите прав и законных интересов группы лиц. С одной стороны, установленная процедура дает возможность сформировать группу лиц, но, с другой стороны, участники этой группы должны быть перечислены до начала судебного разбирательства. Возникает закономерный вопрос: в чем существенные отличия данной процедуры от института соучастия? Отличия, с нашей точки зрения, минимальны. Прежде всего, в АПК РФ прописана процедура публичного информирования потенциальных участников судебного разбирательства. Однако значение данной процедуры и целесообразность ее отдельного регулирования вызывает сомнения. Данные отношения не являются процессуальными и поэтому они могут быть в АПК не урегулированы. Остальные отличия касаются сроков, а также других незначительных вопросов. В целом специальная глава АПК не дает принципиально новых возможностей по защите нарушенных прав. Действующие нормы о соучастии предоставляют такие же возможности по защите нарушенных прав нескольких лиц или группы лиц. Группа лиц могла быть сформирована и до введения специальной главы путем использования норм о соучастии. Предусмотренный же в новой главе порядок формирования группы лиц не противоречит нормам о соучастии. Поэтому данная процедура, по сути, не является новеллой АПК, она лишь конкретизирует в определенной степени нормы о соучастии.

Таким образом, внесенная в АПК в июле 2009 г. новая глава «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц» не предоставляет участникам гражданских процессуальных правоотношений новых возможностей по защите своих прав. Данная процедура не имеет значительных отличий от соучастия и, по сути, представляет собой особенности использования данного института при рассмотрении отдельных категорий дел. Они даже отдельно перечислены: корпоративные споры, споры, связанные с осуществлением деятельности профессиональных участников рынка ценных бумаг и т.д.

В то же время введение данной процедуры означает первую попытку отечественного законодателя приспособить к России англо-саксонскую модель частного группового иска. Поэтому данную процедуру следует рассматривать с исторической точки зрения как сочетание института соучастия и частного группового иска в российских условиях.

Преимущества и недостатки группового иска

Как у многих процессуальных институтов, у группового иска есть недостатки и преимущества. Одним из основных недостатков является возможность злоупотребления со стороны адвокатов, заинтересованных вероятным гонораром¹. По общему правилу, он составляет определенный процент от общей суммы иска. Это приводит к тому, что размер вознаграждения адвоката превышает сумму денежных средств, взысканных в пользу отдельного члена группы, а в отдельных случаях составляет 50% от общей суммы иска. Такая практика привела к возникновению так называемого «предпринимательского сутяжничества» («entrepreneurial litigation»)², когда адвокаты в большей степени заинтересованы в исходе дела, чем члены группы. Кроме того, нередки случаи стремления адвокатов заключить мировое соглашение, предполагающее выплату издержек и гонорара, но исключающее удовлетворение требований по иску.

Другой проблемой являются трудности, а нередко невозможность исполнения вынесенного решения. Так, в конце 90-х гг. в США был подан групповой иск к нескольким табачным компаниям о возмещении ими ущерба здоровью лицам, заболевшим в результате пристрастия к никотину. В 2000 г. иск был удовлетворен. В результате группа по данному иску могла потенциально состоять из 300–700 тыс. жителей только одной Флориды. Выплаты по данному иску составили 145 млрд долларов США. Очевидно, что исполнить подобное решение в полной мере было невозможно. Верховный суд Флориды пересмотрел это решение и установил, что пострадавшие курильщики теперь не смогут подавать групповые иски, а должны будут обращаться по каждому конкретному случаю индивидуально.

Другим примером негативного использования рассматриваемого института являются случаи подачи группового иска по заранее проигрышным делам. В данном случае также речь идет о злоупотреблениях со стороны адвокатов. Судебные издержки несут обе стороны, за исключением адвокатов. Учитывая значительную длительность судебного разбирательства, профессиональная деятельность ответчика фактически может быть парализована на время рассмотрения дела и не всегда восстанавливается после разрешения спора. Например, нередко компания-ответчик сталкивается с такими проблемами как снижение стоимости ее акций, ограничения при получении кредитов и т.д.³.

¹ См.: Hazard G.C., Tarruffo M. American Civil Procedure. An Introduction. New Haven, 1993. P. 162.

² Marcus R.L., Redish M.H., Sherman E.F. Civil Procedure. A Modern Approach. St. Paul, 2005. P. 290.

³ Subrin S.N., Woo M.Y.K. Litigating in America. Civil Procedure in Context. 2006. New York. P. 202.

Некоторые ученые недостатками института группового иска называют сложность и длительность процедуры судебного разбирательства, трудности в информировании всех потенциальных членов группы и т.д.¹.

В то же время есть и преимущества использования института группового иска. В частности, он позволяет более эффективно использовать судебную защиту в случае причинения вреда конкретному лицу на незначительную сумму. Учитывая, что нередко правообладатель не обращается в суд из-за низкой цены иска, которая не выгодна ему с финансовой стороны, то групповой иск является оптимальным способом судебной защиты в данном случае. Незначительная сумма иска одного члена группы не имеет значения для всего судебного разбирательства по групповому иску. Поэтому групповой иск следует рассматривать как эффективное средство защиты в случаях, когда судебные издержки обременительны при подаче «индивидуального» иска.

Кроме того, групповой иск обеспечивает процессуальную экономию, поскольку позволяет в одном судебном разбирательстве защитить права большой группы лиц, что способствует снижению нагрузки на суды². В.В. Ярков отмечает четыре положительные черты группового иска: большое социальное значение, поскольку защищаются права значительного числа граждан; экономия времени судей; стимулирование работы адвокатов и экономическая целесообразность требований на небольшие суммы³.

Выводы

Практика использования различных видов групповых исков в России свидетельствует о недостаточной эффективности существующих способов защиты по данным делам. Полагаем, что следует более детально урегулировать процедуру подачи и рассмотрения судами организационных и публичных групповых исков в России. Кроме того, возможность подачи организационных групповых исков следует предусмотреть не только в трех областях: потребительском рынке, охране окружающей среды и рынке ценных бумаг, но и в некоторых других. Например, в строительстве.

Что касается частного группового иска, то несмотря на то что он в настоящее время введен в российский арбитражный процесс в своеобразном «урезанном» виде, считаем, что следует более взвешенно подходить к копированию зарубежного, особенно англо-саксонского опыта. Простое копирование иностранного закона может иметь непредсказуемые последствия. Следует иметь в виду, что российский гражданский процесс ближе к романо-

¹ *Friedman L.M.* American Law in the 20th Century. New Haven and London. 2002. P. 255–256.

² *Лукашова М.Д.* Проблемы исков в защиту интересов неопределенного круга лиц и групповых исков // Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства / отв. ред. И.А. Приходько. М., 2001. С. 190.

³ *Ярков В.В.* Новые формы исковой защиты в гражданском процессе (групповые и косвенные иски) // Государство и право. 1999. № 9. С. 33.

германской системе, нежели к англо-саксонской модели. Законодатели стран континентального права не торопятся копировать англо-саксонский институт групповых исков, а создают собственные правила защиты прав неопределенного круга лиц в соответствии с собственными процессуальными традициями и представлениями. Кроме того, следует учитывать самобытную специфику российского гражданского процесса, не имеющего аналогов в мире. Это не означает, что существующее российское законодательство в сфере защиты неопределенного круга лиц не должно совершенствоваться. Практика показывает, что существующих механизмов в этой сфере явно недостаточно. Очевидно, что нужны новые формы защиты нарушенных прав в этой области.

В то же время полагаем, что разрабатывать данные правила нужно с учетом специфики российского гражданского процесса и вообще современной правовой действительности в целом. Сравнительно-правовой анализ зарубежного законодательства является чрезвычайно важным методом законодательства, однако, отнюдь не единственным. Полагаем, что данный институт нужно разрабатывать на основе российских традиций законодательства с использованием разнообразных методов правового исследования, но с учетом общемировых тенденций развития данного процессуального института. В частности, подобное «половинчатое» решение относительно частных групповых исков позволит сформировать определенную практику применения. Законодатель, на наш взгляд, правильно не стал вводить англо-саксонский институт частного группового иска в полной мере, но в то же время обозначил своеобразные четкие «ориентиры» в этой области. Такая позиция позволит проанализировать практику применения в этой области и сформулировать предложения по регулированию порядка защиты прав неопределенного круга лиц, исходя из собственного опыта.

Таким образом, в отечественном законодательстве имеют место различные виды групповых исков. Во-первых, предусмотренный действующим ГПК порядок защиты прав неопределенного круга лиц путем подачи иска прокурором, органов государственной власти и местного самоуправления является по своей природе публичным групповым иском, распространенным в странах континентальной Европы. Хотя прямо об этом не указывается ни в отечественном законодательстве, ни в науке. Во-вторых, предоставляя отдельным организациям право подавать иск в защиту неопределенного круга лиц, российское законодательство предусматривает возможность подачи организационного группового иска. В-третьих, включение в 2009 г. специальной главы в АПК «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц» следует рассматривать как первую попытку отечественного законодателя ввести частный групповой иск. Хотя установленная процедура имеет черты и соучастия, и группового иска, ее введение свидетельствует о стремлении современного законодателя приспособить англо-саксонскую модель группового иска к российским условиям.

В итоге, в определенной степени институт групповых исков известен современному российскому законодательству. В то же время в нашей стране эти процедуры практически не применяются в связи с недостаточной правовой регламентацией. Необходимо более детальное регулирование порядка подачи и рассмотрения публичных и организационных групповых исков. Что касается частного группового иска, то его регламентация в действующем российском законодательстве незначительно отличается от института соучастия и поэтому не вносит в судопроизводство новых возможностей по защите нарушенного права. Тем не менее, на основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что в российском законодательстве в настоящее время предусмотрены в определенной степени три вида группового иска.

*И.Н. Тарасов**

О НЕКОТОРЫХ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ОСОБЕННОСТЯХ СПОРОВ В СФЕРЕ ЭЛЕКТРОЭНЕРГЕТИКИ

Согласно ст. 3 Федерального закона России «Об электроэнергетике», электроэнергетика – отрасль экономики Российской Федерации, включающая в себя комплекс экономических отношений, возникающих в процессе производства (в том числе производства в режиме комбинированной выработки электрической и тепловой энергии), передачи электрической энергии, оперативно-диспетчерского управления в электроэнергетике, сбыта и потребления электрической энергии с использованием производственных и иных имущественных объектов (в том числе входящих в Единую энергетическую систему России), принадлежащих на праве собственности или на ином предусмотренном федеральными законами основании субъектам электроэнергетики или иным лицам.

Представляется правильным перед рассмотрением электрической энергии как предмета договора полагать правильным уделить внимание вопросу самостоятельности договора энергоснабжения, отграничения его от смежных договоров. В цивилистической литературе неоднократно высказывалась точка зрения, согласно которой содержание договора составляют все отношения, возникающие при снабжении электрической, тепловой энергией и газом.

Кажется, первым, анализируя сходство договоров снабжения электрической, тепловой энергией и газом, самостоятельный договор энергоснабжения выделил С.М. Корнеев¹.

Аналогичной позиции придерживался и А.М. Шафир. Он писал «договоры на снабжение через присоединенную сеть опосредуют отношения по снабжению электроэнергией, теплом и газом только по присоединенной сети (т.е. электросети или трубопроводу). Лишь в этом случае имеется обусловленная непрерывным характером снабжения непосредственная зависимость деятельности снабжающей организации и потребителя, в результате которой договорные отношения распространяются на сферу использования энергии и газа»².

* © Тарасов И.Н., 2010

Преподаватель кафедры гражданского процесса Уральской государственной юридической академии.

¹ Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. М., 1956. С. 13.

² Шафир А.М. Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы. М., 1990. С. 8–9.

Говоря о договорах снабжения энергией и газом, О.С. Иоффе отмечал, что их «следует рассматривать как самостоятельные»¹. В то же время он полагал, что такие договоры прямо не входят в состав обязательств по возмездной реализации имущества, а в пределах этих обязательств непосредственно примыкают к договору поставки. Их юридическое отличие от поставки воплощается в правах и обязанностях сторон, образующих содержание названных договоров. В.В. Витрянский полагает, что «снабжение (передача, доставка) энергией (нефтью, газом, ресурсами, товарами) через присоединенную сеть является технической особенностью (одним из способов) исполнения обязательств, вытекающих из подобных договоров, и само по себе никак не может служить видообразующим признаком для выделения самостоятельного типа или даже отдельного вида гражданско-правового договора (например, вида договора купли-продажи)»².

Именно особенности электроэнергии как физического явления диктуют правила, по которым снабжение электроэнергией происходит именно через присоединенную сеть. Говоря о газе или нефти как объектах передачи потребителю, необходимо понимать, что передача через присоединенную сеть (газо- или нефтепровод) является не единственным способом передачи продукта, поскольку физические свойства и газа, и нефти позволяют передавать их, например, в цистернах, что будет уже, в свою очередь, регулироваться не договором снабжения, а договором купли-продажи. Как указывает С.А. Свирков, «правовое значение термина «снабжение» заключается в том, что он подразумевает передачу продукции определенным способом, а также передачу прав на эту продукцию при соблюдении определенного порядка и режима ее передачи и использования»³.

В соответствии с п. 1 ст. 539 Гражданского кодекса Российской Федерации договором энергоснабжения отношения, связанные со снабжением через присоединенную сеть, регулируются лишь в тех случаях, когда через нее подается энергия, а не любые ресурсы или товары.

Также следует отметить, что сформулированный в законодательстве подход к договорам, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, применяется и в иных договорах, опосредующих снабжение через присоединенную сеть нефтью, нефтепродуктами, газом, водой и другими товарами. В связи с тем, что объектом первого из указанных договоров является тепловая энергия, законодательно закреплена возможность его регулирования специальными федеральными законами и правовыми актами, предполагая, что они могут содержать нормы, отражающие особенности тепловой энергии. В случае, когда объектом договора выступают товары, не являющиеся энергией, и сходство названных договоров заключается только в

¹ *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 277.

² *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Книга вторая: договоры о передаче имущества (автор главы Витрянский В.В.). М., 2005. С. 135.

³ *Свирков С.А.* Договорные обязательства в электроэнергетике. М., 2006. С. 8.

том, что для передачи данных объектов используется присоединенная сеть, нормы, регулирующие договор энергоснабжения применяются, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства. Таким образом, договор энергоснабжения распространяется лишь на те правоотношения, которые возникают при снабжении электрической или тепловой энергией через присоединенную сеть. В настоящей работе рассматриваются только вопросы, связанные с электрической энергией.

«Электроэнергия» в правовом смысле – менее определенная категория по сравнению с минеральными энергоресурсами или электростанциями, которые могут быть отнесены к категории вещей»¹.

Возникновение энергии как объекта гражданских правоотношений является результатом конкретных технических достижений, позволивших производить, передавать и потреблять ее в общественных масштабах. Однако, как отмечает Б.М. Сейнаров, в связи с тем что «энергия обладает особыми физическими свойствами, которые не могут не оказывать влияния на специфический характер исполнения обязательств по договору энергоснабжения»², договор энергоснабжения и регулирование отношений по энергоснабжению в юридической литературе исследовались уже неоднократно. Наиболее полный анализ вопросов, связанных с договором энергоснабжения и регулирования этой области, содержится в работах С.М. Корнеева, А.М. Шафира, Б.М. Сейнарова. Безусловно, что в своих трудах авторы не могли обойти предмет данного договора, т.е. электрическую энергию. Представляется правильным остановиться на нем подробнее.

С.И. Ожегов определяет «энергию» как одно из основных свойств материи – меру ее движения, а также способность производить работу³.

По вопросу определения категории «электроэнергия» в цивилистической науке нет единства взглядов. Существующие подходы можно поделить на несколько групп.

Сторонники первого признают энергию в качестве вещи и объектом права собственности. Так, М.К. Сулейменов пишет, что «энергия – это материальное телесное имущество»⁴, которое выступает объектом вещного права. Автор полагает, что право собственности на энергию возникает при индивидуализации ее как вещи, поскольку «электрические сети, энергетические мощности, электроэнергия, передаваемая по сетям, являются материальными объектами, вещами. Право владельца электросетей на электроэнергию является вещным правом – правом собственности. Обязанность владельца в течение определенного срока зарегистрировать часть энергетических мощностей для

¹ *Вершинин А.П.* Энергетическое право: учебно-практический курс. СПб., 2007. С. 163.

² *Сейнаров Б.М.* Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-ата, 1975. С. 51.

³ *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1989. С. 907; Советский энциклопедический словарь / отв. ред. А.М. Прохоров. М., 1983. С. 1545.

⁴ *Сулейменов М.К.* Избранные труды по гражданскому праву. М., 2006. С. 128–129.

энергоснабжающей организации – вещное обременение, которое владелец возложит на себя посредством договора о предоставлении этих мощностей в пользование и которое переходит при передаче сетей другому владельцу»¹.

И.В. Елисеев полагает, что «вещи – суть материальные предметы внешнего по отношению к человеку окружающего мира. С точки зрения действующего законодательства вещами признаются не только традиционные предметы быта, средства производства и т.п., но и ... различные виды подвластной человеку энергии (например, тепловой, электрической, атомной и т.п.)»².

В свою очередь А.С. Васильев пишет: «Если классическая система объектов имущественных гражданских прав не способна поглотить собой новый объект, то он вводится дополнительно. Так, электрическую энергию весьма сложно вместить в классическую систему объектов имущественных гражданских прав. В силу своих физических свойств электроэнергия не является ни вещью (в классическом понимании), ни имущественными правами. Поэтому законодателем для нее был определен правовой режим вещи»³.

Н. Савельев указывает на то, что «как при купле-продаже, так и при энергоснабжении продавец передает в собственность покупателя определенное имущество»⁴.

А.Д. Жанэ предполагает, что энергию следует относить к категории вещей, которые обладают набором специфических свойств, не позволяющих «использовать ее в гражданском обороте в полной мере»⁵.

Таким образом, названные авторы рассматривают электроэнергию как вещь, что соответствует ст. 3 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике». Однако на электроэнергию не распространяются правомочия, предполагаемые в отношении вещей. В частности, невозможно владеть электроэнергией, энергию невозможно складировать, ее невозможно вернуть и т.п. В этом случае цель купли-продажи – «предоставить покупщику ту возможность юридического распоряжения товаром, которая дается правом собственности»⁶ остается недостигнутой.

Сторонники второго подхода относят электроэнергию к имущественным правам. Например, Д.В. Мурзин полагает, что электрическую энергию нужно относить к категории имущественных прав, «бестелесного имущества»⁷, вме-

¹ Там же.

² Гражданское право: учебник. 2-е изд., переработанное и дополненное / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1999. Т. 1. С. 219.

³ Васильев А.С. Гражданско-правовое регулирование отношений по использованию радиочастотного спектра: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 11.

⁴ Савельев Н. Юридическая природа договора о пользовании электроэнергией // Рабочий суд. 1928. № 1. С. 51.

⁵ Жанэ А.Д. Закон об электроэнергетике. Постатейный комментарий к Федеральному закону. М., 2005. С. 17–18.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Торговые сделки. М.: Статут, 2003. С. 139 (Классика российской цивилистики).

⁷ Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи: правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 75–79.

сте с тем автор признает ее объектом права собственности. Под бестелесной вещью, по его мнению, необходимо понимать субъективное обязательственное право, регулируемое нормами вещного права.

Поддерживая приведенную позицию, Е.Б. Огиренко также рассматривает электроэнергию как имущественное право, аргументируя это тем, что «во-первых, она, безусловно, является благом, не имеющим телесного бытия, поскольку электроэнергию невозможно увидеть и ощутить. Во-вторых, она не обладает свойствами обычной вещи»¹.

Ученые, придерживающиеся третьего подхода, выделяют электроэнергию в отдельный объект гражданских прав, определяют ее как имущество особого вида. В частности, В.В. Витрянский полагает, что электрическая энергия является особым объектом гражданских прав².

Похожее мнение высказывают С.А. Свирков³ и Е.Л. Осипчук,⁴ указывающие, что электрическую энергию необходимо характеризовать как особый объект гражданских прав, а также как имущество особого рода.

Особо хотелось бы выделить позицию В.А. Лапача, который полагает, что возникновение невещественных материальных благ, в частности, электроэнергии, привело к возникновению проблемы их юридического закрепления. Энергия не является вещью в традиционном, цивилистическом понимании, но обладает способностью удовлетворять потребности. Энергия не является вещью, но вместе с тем может выступать объектом права собственности, а следовательно, нуждается в особом правовом регулировании. Он пишет также, что дальнейшее развитие системы объектов гражданских прав приведет к включению энергии в имущественную группу в качестве промежуточной (между вещами и имущественными правами) объектной категории⁵.

Очевидным является тот факт, что электрическая энергия – это объективное свойство материального мира, которое проявляется в процессе ее потребления. Именно это и позволяет считать ее самостоятельным объектом материального мира.

Четвертый подход сформирован С.М. Корнеевым и Б.М. Сейнароевым.

С.М. Корнеев подчеркивает, что «электрическая энергия, являющаяся объектом договора на снабжение электроэнергией, должна признаваться самостоятельной ценностью, экономическим благом»⁶.

¹ Огиренко Е.Б. Договор снабжения электрической энергией в предпринимательской сфере РФ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2005. С. 15.

² Витрянский В.В. Договор энергоснабжения и структура договорных связей по реализации и приобретению энергии // *Хозяйство и право*. 2005. № 3. С. 36, 43.

³ Свирков С.А. Структура договорных связей по снабжению электрической энергией: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 15.

⁴ Осипчук Е.Л. Договор энергоснабжения в системе договорных отношений на рынке электрической энергии России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 18.

⁵ Лапач В.А. Система объектов гражданских прав. СПб., 2002. С. 311–312.

⁶ Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. С. 29.

Б.М. Сейнаров также указывает, что электроэнергия является экономическим благом с особенностями, обусловленными ее физическими свойствами. «Электричество не может быть предметом договора имущественного найма, договора хранения, так как по истечении установленного срока имущество, переданное в соответствии с указанными договорами, должно быть возвращено. Электричество же потребляется и, следовательно, его невозможно вернуть»¹.

Сторонники пятого подхода рассматривают электрическую энергию в качестве обязательства.

Так, М.М. Агарков полагал, что «электрическая энергия не является ни правом, ни вещью, следовательно, по договору на электроснабжение электростанция обязуется совершить работу, необходимую для доставления потребителю энергии, а не передавать последнему какое-либо имущество»².

В 70-х гг. XX в. Р. Саватье, трактуя электроэнергию как объект обязательства, указывал, что «юридически энергия может быть выражена только в форме обязательства. Это вещь, определенная всегда родовыми признаками, которые выражаются только в результатах ее использования, и продается в соответствии с единицей измерения. Представляя собой важный объект обязательства, она никогда не может быть объектом права собственности»³.

Защищая позицию, что электрическая энергия не является вещью, авторы вполне обоснованно ссылаются на ее свойства: неотделимость от источника и средств передачи, т.е. неотделимость генератора и электросетей; несохраняемость; неосвязаемость; неразрывность процесса производства, передачи и потребления. Однако, здесь следует учитывать и тот факт, что в результате энергоснабжения потребитель (абонент) не получает в свое распоряжение какого бы то ни было имущества, а ведь имущество есть результат выполнения какой-либо работы. Но в одном М.М. Агарков был определенно прав: представление о природе договора энергоснабжения непосредственно обуславливается пониманием его предмета.

Указанные подходы можно назвать доминирующими в науке, однако в литературе существуют мнения, отличные от вышеуказанных.

Например, И.М. Тютрюмов полагал, что объектом права собственности могут являться лишь материальные предметы, а невещественные блага, такие как, электрическая энергия, не относятся к объектам права собственности, так как владение, являющееся одним из существенных правомочий права собственности, едва ли возможно по отношению к электроэнергии⁴.

¹ Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. С. 53.

² Агарков М.М. Подряд (текст и комментарии к ст. ст. 220–235 Гражданского кодекса). М., 1924. С. 13.

³ Саватье Р. Теория обязательств: юридический и экономический очерк. М.: Прогресс, 1972. С. 86.

⁴ См.: Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 132.

В.Г. Нестолий указывает, что «энергия не вещь, а свойства различных объектов... Каждая вещь обладает энергией, и эта энергия есть информация, которую вещь способна передавать и заряжать ею другие вещи. Поэтому невозможно обладать правом собственности или каким-либо иным вещным правом на электроэнергию, которая есть свойство вещей (сетей), своих или чужих, равно как невозможно обладать правом собственности на звук или запах»¹.

Однако определение электрической энергии в качестве «свойства вещей» не позволяет выявить ее место в системе объектов гражданских прав.

Интересную позицию высказывает А.Н. Латыев. Он считает, что «энергоснабжение не укладывается в рамки купли-продажи, даже определенной как обязательство по передаче не только вещей, но и объектов прав вообще, потому что энергия вовсе не является имуществом»². Он пишет, что «электрический ток, например, определяется физиками как направленное движение заряженных частиц; при этом оно может осуществляться только в электрической цепи – от одного полюса источника тока к другому. Источник тока всегда принадлежит энергоснабжающей организации, а потребитель не получает в свое распоряжение даже заряженных элементарных частиц – они возвращаются к источнику тока. Таким образом, обязанность энергоснабжающей организации заключается не в передаче какого-либо имущества, а в поддержании нормального тока в цепи, т.е. в деятельности, результат которой не имеет материальной формы и неотделим от нее самой, – услуге по общепринятому определению»³.

В.Ю. Синюгин высказывает точку зрения, что энергоснабжение – «это не частная услуга, о которой говорит ГК РФ. Это услуга, которая предоставляется всему обществу, является общесоциальной и общеэкономической»⁴.

Подход к определению электрической энергии в качестве вещи (товара) обусловлен, как писал О. Шпенглер тем, что «над нами все еще довлеет античное понятие телесной вещи»⁵, а также влиянием проводимых реформ, целью которых является разделение субъектов электроэнергетики по видам деятельности (генерация, передача, распределение и сбыт энергии). Однако это разделение отлично от самого процесса производства электроэнергии. Поэтому думается, что электрическую энергию нельзя рассматривать вне процесса ее передачи, т.е. создания и поддержания определенного тока в сети, поскольку реализация какого-либо объема электроэнергии всегда пред-

¹ *Нестолий В.Г.* Договор энергоснабжения – самостоятельный институт российского гражданского права // Сибирский юридический вестник. 2003. № 3. С. 43.

² *Латыев А.Н.* Проблема вещных прав в гражданском праве. Екатеринбург, 2004. (URL: <http://www.ex-jure.ru/law/news.php?newsid=257>.)

³ Там же.

⁴ Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике» / под общ. ред. В.Ю. Синюгина. М., 2003. С. 128.

⁵ *Шпенглер О.* Закат Европы. М., 1998. С. 85.

ставляет собой протяженный во времени процесс, производство и потребление продукции происходят одновременно. «Основная особенность энергетической системы, заключающаяся в единстве технологического процесса и неразрывной связи отдельных ее элементов, требует единого управления процессом работы всей системы»¹.

Поскольку электрическая энергия как процесс создания и поддержания определенного тока в сети не имеет четкого материального выражения (овеществления), то и передачи имущества не происходит, ведь потребитель по данному договору не получает в свое владение какого-либо имущества. В логике данных рассуждений можно сделать вывод, что договор энергоснабжения – это договор оказания услуг, в соответствии с которым потребителю предоставляется услуга по созданию определенного состояния в сети. С юридической точки зрения услуги можно выразить как «объекты продажи в виде действий, выгод или удовлетворения потребностей»². А как уже было отмечено выше, некоторые авторы указывали на то, что электрическая энергия обладает свойством удовлетворения потребностей.

А.М. Шафир, характеризуя обязательства, возникающие при энергоснабжении, указывает на «непрерывность, а часто и неразрывность процессов производства, транспорта и потребления»³, это служит аргументом в пользу того, что создание и поддержание определенного тока в сети по сути своей есть услуга, так как именно для услуг характерно потребление в момент их предоставления (в отличие от работ, у которых всегда есть результат).

Ряд авторов также считают, что большинство услуг носит неосязаемый характер. Например, Д. Степанов пишет, что «услуга проявляется в ее эффекте, зачастую на уровне чувств. Тут же проявляется другое ее свойство – трудность обособления и неотделимость от источника. Товар же, вещь может существовать отдельно от своего источника, т.е. производителя»⁴. Бесспорным представляется тот факт, что электрическая энергия не может существовать отдельно от своего источника. Ее довольно трудно обособить, учитывая ее физические свойства. Как и результат предоставления такой услуги – эффект – наличие напряжения в сети.

Классификация энергоснабжения как услуги имеет не только сугубо цивилистическое, но и процессуальное значение, которое проявляется, в частности, в обеспечительных мерах, которые могут налагаться в процессе рассмотрения споров.

¹ Основы современной электроэнергетики: курс лекций для менеджеров энергетических компаний / под общ. ред. Е.В. Аметистова. М., 2003. С. 325.

² Кураков Л. П. Большой толковый словарь экономических и юридических терминов. М., 2001. С. 642.

³ Шафир А.М. Указ. соч. С. 6.

⁴ Степанов Д. Услуги как объект гражданских прав // Российская юстиция. 2000. № 2. С. 16.

Таким образом, допустимо предположить, что рассмотрение электрической энергии и мощности через конструкцию услуги позволит более точно понимать их положение в гражданском обороте и полнее определить процессуальные средства обеспечения иска при рассмотрении энергетических споров.

Как правило, свойства электроэнергии, обуславливающие определенные особенности ее правового регулирования, отражены в законодательстве, непосредственно регулирующем данную сферу. Процессуальное законодательство к таковым не относится, в связи с чем при рассмотрении в судах соответствующих споров возникают определенные трудности. Одна из таких трудностей – применение некоторых мер по обеспечению иска.

В литературе по гражданскому и арбитражному процессу даны различные определения обеспечения иска. Так, А.Х. Гольмстен полагал, что под обеспечением иска следует понимать «установление таких ограниченных размером искового требования мер, которые гарантируют истцу возможность получить удовлетворение от ответчика в случае признания данного права судом»¹.

М.А. Гурвич характеризовал обеспечение иска как «указанные законом меры, принимаемые судом по требованию истца, прокурора или по собственной инициативе, имеющие целью обеспечить исполнение решения суда о присуждении, если такое решение будет вынесено»², т.е. определенной сферой применения – при производстве по искам о присуждении.

Эта позиция сходна с мнением В.М. Семенова, который полагает, что под обеспечением иска следует понимать «применение судом мер в целях реального выполнения решения по иску о присуждении на случай, если решением иск будет удовлетворен»³.

К.Н. Анненков предлагал считать обеспечением иска «не что иное, как принятие различного рода охранительных мер, допускаемых законом по просьбе заинтересованной стороны, в большинстве случаев истца, но иногда и ответчика, когда он является встречным истцом, – мер относительно имущества ответчика с целью заранее гарантировать истцу возможность получить от ответчика удовлетворение его требований»⁴.

А.А. Добровольский определял обеспечение иска в гражданском судопроизводстве как «применение судом предусмотренных законом мер, состоящих из определенных процессуальных действий, в целях гарантии исполнения будущего судебного решения по предъявленному иску»⁵. Э.М. Мурадян пишет: «Обеспечение иска – межотраслевой процессуальный

¹ Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1913. С. 275.

² Советское гражданское процессуальное право / под ред. М.А. Гурвича. М., 1957. С. 170–171.

³ Советский гражданский процесс / под ред. К.И. Комиссарова, В.М. Семенова. М., 1988. С. 244.

⁴ Анненков К.Н. Опыт комментария к Уставу гражданского судопроизводства. Т. 3. СПб., 1887. С. 128.

⁵ Курс советского гражданского процессуального права / под ред. А.А. Мельникова, П.П. Гуреева, А.А. Добровольского, В.С. Тадевосяна, П.Я. Трубникова. Т. 2. М., 1981. С. 71.

институт, предназначенный для применения судом по инициативе истца в соответствии с процессуальными правилами адекватных мер, направленных на осуществимость, исполнимость судебного акта, если им будет удовлетворен иск»¹.

Анализ всех выше приведенных определений позволяет выделить ключевой признак обеспечения иска: принятие судом мер, гарантирующих возможность реального исполнения будущего решения по делу.

Дореволюционные ученые-процессуалисты выделяли условия, при которых применяется обеспечение иска:

1) иск должен быть достоверным; вопрос о достоверности разрешает суд с тем лишь ограничением, что когда при самом предъявлении к взысканию долгового обязательства, совершенного или засвидетельствованного в установленном порядке, или опротестованного векселя взыскатель потребует обеспечения, то суд не вправе ему в том отказать;

2) существует опасность для истца не получить удовлетворение (*periculum in mora*); угрожает ли эта опасность истцу, зависит всецело от рассмотрения суда;

3) обеспечение допускается только по искам, определенным известной суммой, в противном случае суд был бы лишен возможности указать ту сумму, до которой должно простираться обеспечение, поэтому споры о правах семейственных, правах состояния, праве участия частного и т.д. как споры, не поддающиеся денежной оценке, не подлежат обеспечению².

В соответствии с действующим законодательством единственное условие применения обеспечительных мер по ГПК РФ – это обоснованное опасение (предположение), что исполнение решения суда, реальная судебная защита нарушенных или оспариваемых субъективных прав заявителя будет затруднительна или невозможна из-за недобросовестных действий ответчика, в том числе, если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, что может причинить значительный ущерб заявителю. Это предположение является процессуальным основанием для введения обеспечительных мер (ст. 139 ГПК РФ).

В арбитражном процессе обеспечительные меры, кроме того, могут использоваться в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю (ст. 90 АПК РФ).

Применение обеспечительных мер допускается на любой стадии процесса, а значит, судами всех инстанций, а не только судом первой инстанции³.

Рассмотрим некоторые меры по обеспечению иска, предусмотренные в ГПК РФ и в АПК РФ, которые, по нашему мнению, невозможно применить в

¹ Мурадян Э.М. Арбитражный процесс. М., 2004. С. 163.

² Яблочков Т.М. Учебник русского гражданского судопроизводства. Ярославль, 1912. С. 155.

³ Пацация М.Ш. Обеспечительные меры в проверочных инстанциях арбитражного суда // Законодательство и экономика. 2005. № 9.

электроэнергетике по искам, требования в которых связаны с электрической энергией.

Наложение ареста, возложение на ответчика обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества, передача спорного имущества на хранение истцу или другому лицу.

Процессуальное законодательство предусматривает такие меры обеспечения иска, как «наложение ареста (выделено мной. – И.Т.) на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или других лиц» (ст. 140 ГПК РФ); «наложение ареста на денежные средства (в том числе денежные средства, которые будут поступать на банковский счет) или иное имущество, принадлежащие ответчику и находящиеся у него или других лиц» (ст. 91 АПК РФ).

Суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных законодательством, и иного лица, может принять обеспечительные меры, т.е. срочные временные меры, направленные на обеспечение иска (меры обеспечения иска), обеспечение имущественных интересов заявителя (предварительные обеспечительные меры (по АПК РФ)).

Когда речь идет об обычном объекте правоотношений, данные нормы не вызывают вопросов, связанных с их применением. По-другому складывается ситуация, если спор возник по поводу электрической энергией.

К примеру, в п. 17 Постановления Высшего арбитражного суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55 указывается, что «применять обеспечительные меры в виде ареста денежных средств или имущества следует с учетом того, что п. 1 ч. 1 ст. 91 АПК РФ допускает применение ареста только на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или у других лиц». В п. 1 ч. 1 ст. 91 АПК РФ используется словосочетание «денежные средства или иное имущество, принадлежащие ответчику», ГПК РФ в п. 1 ч. 1 ст. 140 говорит об имуществе, принадлежащем «ответчику и находящемся у него или других лиц».

«При применении обеспечительных мер в виде ареста имущества арбитражным судам следует также учитывать, что в качестве предмета ареста может рассматриваться имущество, фактически не поступившее во владение ответчика и находящееся у третьих лиц, но являющееся собственностью ответчика» (Постановление Высшего арбитражного суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55).

Когда разговор заходит об электрической энергии, возникает вопрос, кому она принадлежит. Генерирующей компании? Но едва ли можно полагать, что электроэнергия принадлежит ей, поскольку она только генерирует данную энергию, которая в момент ее генерации сразу передается по сетям потребителю. Потребителю? Но он также, увы, не получает в свое владение электрическую энергию, у него есть лишь право требования на передачу электрической энергии, а не право собственности на нее. Поэтому непонятно,

как в отношении генерирующей компании или потребителя (в зависимости от того в отношении кого из них подается заявление об обеспечительных мерах), применять эту норму.

Поскольку, как известно, арест состоит из описания объекта ареста и запрещения распоряжения им, то в отношении электроэнергии произвести его достаточно проблематично, поскольку индивидуализировать ее нельзя, а без этого произвести описание довольно сложно. Запрещение распоряжения электроэнергией также не просто, ведь запретить распоряжаться можно лишь созданными объектами, электрическая энергия в силу своих физических свойств генерируется, передается и потребляется в небольшой промежуток времени. В данном случае, наверно, можно было бы говорить о наложении ареста на генерирующие мощности организации, но такая мера представляется необоснованной практически в любой ситуации, поскольку, очевидно, что эти мощности обеспечивают не только одного потребителя – истца.

Таким образом, применение ареста как меры обеспечения иска в отношении электрической энергии явно проблематично, в связи с тем, что физические свойства электрической энергии и технологические условия ее генерации не позволяют ее индивидуализировать.

Судья, получив заявление об аресте, в такой ситуации должен отказать в его применении по причине несоответствия истребуемой обеспечительной меры предмету заявления, поскольку данная мера не обеспечит фактическую реализацию целей обеспечительных мер.

Спорно применение в анализируемых случаях такой меры обеспечения как *возложение на ответчика обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества*. Если здесь говорить об электроэнергии как объекте применения обеспечительных мер, то довольно сложно представить себе, какие именно действия могут быть направлены на предотвращение ухудшения состояния электроэнергии, поскольку, как уже неоднократно отмечалось, физические свойства электрической энергии и технологические условия ее генерации не позволяют ее отделить от процесса генерации и потребления. В данной ситуации, для достижения возможных целей заявителя, следует говорить о применении рассматриваемой меры в отношении генерирующего оборудования. Но, как правило, генерация электроэнергии ориентирована не на одного потребителя, а на определенное множество потребителей, в связи с этим применение данной меры теряет свою актуальность.

И последняя мера, которую хотелось бы рассмотреть, это *передача спорного имущества на хранение истцу или другому лицу*. То есть в данном случае предполагается, что при передаче возникают отношения в рамках договора хранения с лицом, которому должна быть передана вещь. В таком случае передача вещи на хранение, в качестве меры обеспечения, предполагает действие положений главы 47 ГК РФ, которая говорит о договоре хранения, например, таких как: одна сторона (хранитель) обязуется хранить вещь, пере-

данную ей другой стороной (поклажедателем), и возвратить эту вещь в сохранности; хранитель обязан принять все предусмотренные договором хранения меры для того, чтобы обеспечить сохранность переданной на хранение вещи; хранитель, во всяком случае, должен принять для сохранения переданной ему вещи меры, обязательность которых предусмотрена законом, иными правовыми актами или в установленном ими порядке (противопожарные, санитарные, охранные и т.п.); вещь должна быть возвращена хранителем в том состоянии, в каком она была принята на хранение, с учетом ее естественного ухудшения, естественной убыли или иного изменения вследствие ее естественных свойств.

Однако в нашем случае более уместно говорить о хранении вещей, являющихся предметом спора (секвестре), как специальным договоре хранения. По договору о секвестре двое или несколько лиц, между которыми возник спор о праве на вещь, передают эту вещь третьему лицу, принимающему на себя обязанность по разрешению спора возвратить вещь тому лицу, которому она будет присуждена по решению суда либо по соглашению всех спорящих лиц.

Однако, применение данной меры обеспечения судом также вряд ли возможно, поскольку как справедливо отметил А.М. Шафир, специфическая особенность отношений по энергоснабжению состоит в том, что «связи производителей данной продукции и потребителей не предусматривают, как правило, стадию накопления (складирования) продукции в силу ограниченной возможности этого на данном этапе развития техники»¹. Таким образом, применение и данной меры обеспечения при разрешении споров в суде невозможно в виду неисполнимости передачи самого предмета хранения и, как следствие, соблюдение всех иных составляющих договора хранения.

Поэтому, очевидно, что особенности электроэнергии как объекта правоотношений вносят свои коррективы в возможности применения обеспечительных мер по спорам, связанным с электроэнергией. Ни теоретические, ни практические основы указанных обеспечительных мер не позволяют распространить их действие на электрическую энергию. И в данной ситуации возможно либо просто констатировать факт неприменимости данных мер к указанному объекту, либо пересмотреть теоретические и практические (что напрямую зависит от уровня развития техники) основы применения указанных мер и внести соответствующие коррективы, либо разработать принципиально новые меры по обеспечению исков, применяемых исключительно в отношении электрической энергии. Представляется правильным, по крайней мере, на настоящем этапе развития техники, констатировать неприменимость отдельных обеспечительных мер по энергетическим спорам, в силу физических свойств самой электрической энергии.

Все вышеуказанные проблемы рассмотрены с позиции отнесения электрической энергии к вещам. Если рассматривать электрическую энергию как

¹ Шафир А.М. Указ. соч. С. 6–7.

услугу, то арест, возложение обязанности на ответчика совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества и передача на хранение не возможны в принципе, так как данные меры к услуге не применимы.

В данной ситуации представляется правильным предложить обеспечительную меру, которая бы позволяла защищать права истца. Полагаем, что закрепление такой обеспечительной меры, которая будет обязывать ответчика поддерживать генерирующие мощности, электросетевое хозяйство, в состоянии готовности исполнить обязательство в необходимом объеме. К примеру, генерирующие мощности или сети способны генерировать/передать в определенный период времени 1000 МВт, а заявителю требуется 100 МВт. Предлагаемая обеспечительная мера обяжет ответчика поддерживать постоянную готовность генерировать/передать 100 МВт. Все затраты по поддержанию такого состояния в оборудовании должны подлежать (в случае отказа) возмещению истцом.

Таким образом, если мы говорим об обязывании ответчика поддерживать генерирующие мощности в определенном состоянии, то мы фактически говорим о создании того, что законодатель в п. 36 Правил оптового рынка называет мощностью, т.е. «особым товаром, покупка которого предоставляет участнику оптового рынка право требования обеспечения готовности генерирующего оборудования к выработке электрической энергии установленного качества в количестве, необходимом для удовлетворения потребности в электрической потребности данного участника». Необходимо помнить, что законодатель разделяет электрическую энергию и мощность. Каждую в отдельности он называет особым товаром. Получается, что обеспечивая один предмет отношений (электрическую энергию), мы фактически обязываем ответчика создать другой (мощность).

Таким образом, представляется правильным дополнение ФЗ «Об электроэнергетике» указанными обеспечительными мерами, т.е. мерами, которые могут быть применены в энергетических спорах. Тенденция закрепления обеспечительных мер по отдельным категориям правоотношений в материальных нормативных актах уже имеет место, в частности, имеется в виду ст. 46 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹, ст. 1302 ГК РФ, где законодатель закрепил норму, регламентирующую обеспечительные меры по делам о нарушении авторских прав. Такое закрепление обеспечительных мер позволит облегчить суду выбор обеспечительной меры, поскольку данную норму можно будет рассматривать как специальную, в которой указываются возможные по энергетическим спорам меры обеспечения.

¹ ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ.

*Д.М. Щекин**

**ИСПОЛЬЗОВАНИЕ РЕШЕНИЙ ИНОСТРАННЫХ СУДОВ
ПРИ РАЗРЕШЕНИИ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

После начала глобального финансового кризиса во второй половине 2008 г. и падения цен на нефть и другие природные ресурсы стало очевидно, что развитие российского государства, общества, бизнеса и рост доходов граждан за счет природоресурсной ренты не бесконечен. Перед Россией стоит задача поиска нового источника развития и таким источником может быть рост производительности труда, увеличение конкурентности российских компаний, создание и реализация инновационных решений в бизнесе. Все это требует от государства качественного, в действительности реального, а не декларативного улучшения регуляторных функций. В области разрешения налоговых споров в арбитражных судах требуется улучшение качества принимаемых судебных актов, их аргументированности и обоснованности, взвешенности с позиций баланса между частными и публичными интересами. Судебная практика ВАС РФ в целом соответствует этим требованиям и развивается в направлении гуманизации правоприменения в налоговой сфере.

В качестве нескольких примеров можно привести фактический отказ Высшего Арбитражного суда Российской Федерации в применении ст. 169 ГК РФ с ее конфискационными возможностями к сделкам, нарушающим налоговое законодательство¹, указание в ряде дел на то, что следует оценивать доводы налоговых органов о занижении сумм налогов на основе конкретных законодательных положений, а не таких субъективных понятий, как «недобросовестный налогоплательщик»², формирование практики об осторожном и взвешенном применении понятия «необоснованная налоговая выгода»³,

* © Щекин Д.М., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, старший партнер юридической компании «Пепеляев Групп».

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации».

² Постановления Президиума ВАС РФ от 28 октября 2008 г. № 6272/08, 6273/08 по ОАО «Руснефть».

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 11 ноября 2008 г. № 7410/07 по ООО «Трансмарк», Постановление Президиума ВАС РФ от 9 сентября 2008 г. № 4191/08 по ООО «Кровельный мир».

ориентация на реальное возмещение налогоплательщику расходов по правовой помощи в спорах с налоговым органом¹.

Однако с учетом дефицитности федерального бюджета на 2010 г. и последующие не гарантировано, что эта тенденция сохранится. Возможно усиление давления исполнительной власти на арбитражные суды в направлении принятия более «профискальных» подходов в разрешении налоговых споров. Однако такое направление развития судебной практики будет ошибочным и тупиковым, поскольку будет означать рост неопределенности в правовом положении российских компаний, что приведет не к увеличению, а к снижению их конкурентоспособности по сравнению с компаниями из других стран. Таким образом, задачей ближайших лет для судебной практики ВАС РФ и всей системы арбитражных судов является выработка и закрепление в судебной практике таких подходов в разрешении налоговых споров, которые бы отражали действительный баланс между публичными и частными интересами.

Следует отметить, что Российская Федерация традиционно не принадлежит к системе прецедентного права и в России судебная практика не признается источником права. Однако фактически в сфере налоговых правоотношений Россия является страной прецедентного права. Это явление обусловлено тем, что российский законодатель по причине деградации российского парламентаризма не в состоянии адекватно отвечать на вызовы, которые возникают в сфере правового регулирования налоговых отношений. Поэтому этот вакуум заполняет судебная практика, которая выработала судебные доктрины, реально регулирующие налоговые правоотношения, но нигде не упомянутые в законодательстве о налогах и сборах, такие как добросовестность налогоплательщика, необоснованная налоговая выгода, деловая цель, осмотрительность при выборе контрагента и др. При этом с 2006 г. лидирующие позиции в этом процессе перешли от Конституционного суда Российской Федерации к Высшему Арбитражному суду Российской Федерации, который в знаковом Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» сформулировал основополагающие подходы фактически к правовому регулированию многих вопросов налогообложения. При этом ВАС РФ при выработке своих подходов ориентировался на законодательство и судебную практику западных стран, у которых существует развитый правовой инструментарий в соответствующей сфере. В частности, само понятие «налоговая выгода» было заимствовано из практики Европейского суда справедливости, в частности, из Решения суда от 21 февраля 2006 г. по делу С-255/02 «Халифакс плс» и другие против Национального управления таможенных и налоговых сборов Великобритании.

Таким образом, практика иностранных судов в концентрированном виде содержится в тех подходах, которые воспринял ВАС РФ в Постановлении

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 18118/07 по ООО «Торговый дом Южной горно-химической компании».

Пленума от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды». Представляется, что практика иностранных судов отражает небезуспешный поиск баланса между публичными и частными интересами в соответствующих вопросах и уже поэтому является полезной для российских арбитражных судов как доктринальный источник в изучении налогового права.

Однако, существуют ли правовые основания, по которым налогоплательщик, налоговый орган или суд могли бы ссылаться на решения иностранных судов при разрешении налоговых споров в России? Иными словами, существуют ли ситуации, когда арбитражный суд должен учесть содержание иностранного судебного акта для разрешения налогового спора, возникшего между российским налогоплательщиком и российским налоговым органом на основании отечественного законодательства о налогах и сборах? Ответ на этот вопрос должен быть положительным. Следует выделить 4 типа решений иностранных судов, вопрос об учете содержания которых может быть поставлен перед российским арбитражным судом:

1. Решения Европейского суда по правам человека.
2. Решения Европейского суда Справедливости.
3. Решения национальных иностранных судов по толкованию и применению норм Конвенций об устранении двойного налогообложения.
4. Решения национальных иностранных судов по толкованию и применению правовых норм, аналогичных по содержанию нормам законодательства о налогах и сборах Российской Федерации.

Проанализируем более подробно каждый из этих видов решений иностранных судов.

Решения Европейского суда по правам человека

Правовой основой организации и деятельности Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) является Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и последующие протоколы к ней (далее – Европейская конвенция). В настоящее время эти международно-правовые документы обязательны для Российской Федерации. В Федеральном законе от 30.03.98 «О ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод» содержится заявление о признании обязательными для Российской Федерации юрисдикции Европейского суда по правам человека, так и решений этого суда. В ЕСПЧ вправе обратиться российские граждане и организации за защитой своих прав, предусмотренных Конвенцией, в течение шести месяцев после того, как исчерпаны внутригосударственные средства защиты этих прав.

ВАС РФ в Информационном Письме от 20 декабря 1999 г. № С1-7/СМП-1341 «Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие» также указал на обязательность решений ЕСПЧ для арбитражных судов.

В настоящее время процессуальным механизмом реализации решений ЕСПЧ в рамках конкретного дела, разрешенного российскими арбитражными судами в противоречии с Европейской конвенцией, является ст. 311 АПК РФ, согласно которой основанием пересмотра судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам, в частности, является установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении арбитражным судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому заявитель обращался в Европейский Суд по правам человека.

В практике ЕСПЧ основанием для рассмотрения дел по вопросам налогообложения являются положения о защите права собственности, которые содержатся в ст. 1 Протокола № 1 от 20 марта 1952 г. к Европейской конвенции. В этой статье предусмотрено, что каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права. Предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов.

В силу значительной абстрактности этих положений, а также недостаточной известности практики ЕСПЧ по налоговым делам в арбитражных судах России существует лишь единичные случаи ссылок судов на решения ЕСПЧ.

Для исправления ситуации ВАС РФ в Письме от 23 ноября 2004 г. № НА-5-11 рекомендовал ознакомиться с изданием «Путеводитель по прецедентной практике Европейского Суда по правам человека» за 2002 г., которое вышло в качестве ежегодного приложения к «Бюллетеню Европейского Суда по правам человека» на русском языке. Однако ситуацию в лучшую сторону это не исправило и ссылки судей арбитражных судов на Решения ЕСПЧ являются единичными.

В частности, арбитражные суды аргументируют обоснованность восстановления пропущенного срока на обжалование решения налогового органа ссылками на Европейскую конвенцию о запрете на отказ в правосудии и на практику ЕСПЧ о недопустимости чрезмерных преград к судебной защите (Постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 6 февраля 2007 г. по делу № А19-18593/06-33-Ф02-223/07-С1, ФАС Уральского округа от 27 февраля 2008 г. № Ф09-854/08-С2, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29 августа 2008 г. по делу № А42-7020/2007).

В Постановлении ФАС Поволжского округа при разрешении вопроса о компенсации расходов налогоплательщика на правовую помощь по спору с налоговым органом суд указал, что от 2 сентября 2008 г. по делу № А06-7225/07 вопрос о необходимости участия квалифицированного представителя

(адвоката) в арбитражном судебном процессе в доказывании не нуждается и согласно правоприменительной практике Европейского суда по правам человека заявитель имеет право на компенсацию судебных расходов и издержек, если докажет, что они были понесены в действительности и по необходимости и являются разумными по количеству. Европейский суд исходит из того, что если дело велось через представителя, то предполагается, что у стороны в связи с этим возникли определенные расходы, и указанные расходы должны компенсироваться за счет проигравшей стороны в разумных пределах.

В Постановлении ФАС Северо-Кавказского округа от 2 апреля 2007 г. Дело № Ф08-858/2007-354А суд при решении вопроса о снижении налоговой санкции указал, что согласно практике ЕСПЧ, санкции не должны подавлять экономическую самостоятельность и инициативу граждан и юридических лиц, чрезмерно ограничивать право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной, не запрещенной законом экономической деятельности, а также право частной собственности. В другом деле ФАС Уральского округа признал правомерным отказ налоговому органу во взыскании штрафа с предпринимателя, применяющего упрощенную систему налогообложения, но собравшему НДС в своих счетах со ссылкой, в том числе и на Решение Европейского суда по правам человека по делу «Финкельберг против Латвии» от 18.10.2001.

Однако в целом эти ссылки на практику ЕСПЧ остаются самыми общими и краткими и в них редко упоминаются конкретные решения ЕСПЧ с указанием их реквизитов, что еще раз подтверждает, что практика ЕСПЧ остается крайне малоизвестной судьям российских арбитражных судов и применяется крайне редко как источник для обоснования позиции российского суда.

Редкие исключения лишь подтверждают общее правило.

Так, в Постановлении семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 декабря 2007 г. по делу № 17АП-7686/2007-АК суд указал, что он считает необходимым учесть выводы Европейского Суда по правам человека, изложенные в решении от 09.01.2007 г. «Интерсплав против Украины», о том, что суд не может принять аргументы об общей негативной ситуации с возмещением НДС, предупреждаемой налоговым органом (чем фактически и руководствуется налоговый орган) в отсутствие каких-либо свидетельств непосредственного вовлечения заявителя в такую пагубную практику. Другим примером является Постановление четвертого арбитражного апелляционного суда от 05.11.2008 по делу № 04АП-2739/2008, где содержится одна из самых обширных ссылок на Решение ЕСПЧ. Так, суд указал, что «Как отмечено в пункте 38 Решения Европейского суда по правам человека от 9 января 2007 г. № 803/02 “Интерсплав” против Украины», государство имеет большие возможности для оценки того, что составляет публичные интересы, а национальный законодательный орган – широкое усмотрение при осуществлении экономической и социальной политики. Однако такие рамки оценки не являются неопределенными, и их использование подлежит надзору со стороны

институтов Конвенции. С точки зрения Европейского суда, когда у государственных органов есть информация о злоупотреблениях в системе возмещения налога на добавленную стоимость определенным субъектом, они могут принимать соответствующие меры для предотвращения или прекращения этих злоупотреблений. Суд, однако, не может принять в качестве аргумента, выдвинутого представителем государства, общую ситуацию с возмещением налога на добавленную стоимость, если отсутствуют какие-либо признаки прямого участия заявителя в таких злоупотреблениях. Из смысла приведенной правовой позиции Европейского суда по правам человека следует, что основанием для отказа налогоплательщику в возмещении налога на добавленную стоимость не может быть неправомерное поведение третьих лиц – поставщиков. Из данного решения также следует необходимость доказывания налоговыми органами, что именно налогоплательщик-заявитель умышленно использует слабости государственной контрольной функции».

Иногда на практику ЕСПЧ ссылаются и ВАС РФ в отказных определениях. Например, в определениях ВАС РФ от 19 декабря 2006 г. № 13584/06, от 6 декабря 2006 г. № 11484/06 ВАС РФ указал, что в качестве компенсации материальных и нематериальных потерь налогоплательщика от несвоевременного получения налоговой выгоды Налоговый кодекс Российской Федерации предусматривает выплату процентов за несвоевременное выполнение функций по возмещению налоговых вычетов органами Федеральной налоговой службы Российской Федерации. Соответственно, отказ налоговых органов выплатить проценты в качестве компенсации за просрочку причитающихся платежей «нарушает справедливый баланс, который надлежит поддерживать между интересом частных лиц (налогоплательщиков) и интересами общества» (Постановление Европейского Суда по правам человека от 09.03.2006 по делу «Акционерное общество “Эко-Эльда Авее” против Греции»).

В определении о передаче дела в Президиум ВАС РФ от 14 октября 2008 г. № 4588/08 содержится анализ ситуации, при которой налогоплательщику было отказано в применении ставки по НДС в 0% по причине непредставления в налоговый орган договора поручения, указанного в ст. 165 НК РФ. Согласно этой статье в случае, если выручка от реализации товара (припасов) иностранному лицу поступила на счет налогоплательщика от третьего лица, в налоговые органы наряду с выпиской банка (ее копией) представляется договор поручения по оплате за указанный товар (припасы), заключенный между иностранным лицом и организацией (лицом), осуществившей (осуществившим) платеж. Налогоплательщик указывал на то, что требование ст. 165 Налогового кодекса Российской Федерации об обязанности налогоплательщика предоставить договор поручения между иностранным покупателем и лицом, осуществившим платеж за такого покупателя, незаконно, так как по сути регламентирует отношения иностранного покупателя с третьим лицом.

В Определении о передаче дела в Президиум ВАС РФ от 14 октября 2008 г. № 4588/08 содержится, по сути, поддержка позиции налогоплатель-

щика и, что любопытно, аргументация по неприменению явно не обоснованной нормы закона сделана посредством ссылок на практику ЕСПЧ. В этом Определении отмечается, что в соответствии с практикой Конвенции Европейским Судом по правам человека право на налоговый вычет считается собственностью соответствующего лица (Постановление от 03.07.2003 по делу «Буффало против Италии» и Постановление от 09.01.2007 по делу «Интерсплав против Украины»). Государство обладает довольно широким усмотрением в вопросах регулирования собственности, в частности, оно вправе контролировать условия использования собственности или устанавливать ограничения для обеспечения уплаты налогов, не допуская при этом нарушения имущественных прав частных лиц. Учитывая, что подобные ограничения или меры контроля могут повлечь негативные экономические последствия для прав и интересов собственника, ст. 1 Протокола 1 исходит в таком случае из требования соблюдения принципа баланса публичных и частных интересов. Согласно этому принципу для достижения публичной цели не должны избираться средства, которые бы вели к наложению чрезмерного бремени на частных лиц или устанавливали ограничения кроме тех, которые действительно необходимы. Истребование от налогоплательщика договора поручения, который должен быть заключен между его иностранным контрагентом по договору поставки и третьим лицом, осуществляющим платеж по такому договору, фактически означает возложение на налогоплательщика обязанности обеспечить, чтобы соответствующие отношения между его контрагентом и третьим лицом, которые находятся вне контроля налогоплательщика, были оформлены исключительно договором поручения и чтобы указанный договор поручения, стороной которого он не является, был ему представлен. Принимая во внимание доказанность обществом фактов экспорта товаров и поступления валютной выручки от реализации такого товара от лица, согласованного сторонами экспортного контракта, возложения на налогоплательщика обязанности представить именно договор поручения, как обязательное и необходимое условие реализации им его права на применение ставки 0 процентов по налогу на добавленную стоимость и права на получение налоговых вычетов необоснованно и может расцениваться как возложение на сторону дополнительного бремени и излишний формализм как в административном, так и в судебном процессе, а также вмешательство в право собственности согласно положениям Конвенции.

Если бы Президиум ВАС РФ поддержал эту позицию в формулировках определения о передаче дела в Президиум ВАС РФ, то это было бы революционным прорывом в применении практики ЕСПЧ в разрешении налоговых споров. Однако Определением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20.01.2009 принято решение об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о конституционности абзаца пятого подпункта 2 пункта 1 статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации, а также о выявлении конституционно-правового смысла

указанной нормы. Надзорное производство № 4588/08 было приостановлено до рассмотрения запроса Конституционным Судом Российской Федерации.

Конституционным Судом Российской Федерации принято Постановление от 23.12.2009 № 20-П, которым абзац пятый подпункта 2 пункта 1 статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации в части, предусматривающей в качестве необходимого условия подтверждения права налогоплательщика на применение ставки 0 процентов по налогу на добавленную стоимость при реализации товаров, вывезенных из Российской Федерации в таможенном режиме экспорта, в случае, если выручка от реализации товара (припасов) иностранному лицу поступила на счет налогоплательщика от третьего лица, представление (в числе документов согласно установленному перечню) исключительно договора поручения по оплате за данный товар (припасы), заключенного между иностранным лицом и организацией (лицом), осуществившей (осуществившим) платеж, и тем самым не допускающей возможности представления иных доказательств фактического поступления указанной выручки на счет налогоплательщика, признан не соответствующим статьям 19 (части 1 и 2), 34 (часть 1) и 57 Конституции Российской Федерации.

После рассмотрения дела в КС РФ Высший Арбитражный суд Постановлением Президиума от 2 февраля 2010 г. № 4588/08 пересмотрел судебные акты, которыми было отказано налогоплательщику в удовлетворении его заявления. Однако в тексте этого Постановления Президиума ВАС РФ уже нет ссылок на практику ЕСПЧ, а есть только отсылка к Постановлению КС РФ от 23 декабря 2009 г. № 20-П, в котором также таких ссылок на практику ЕСПЧ нет.

Таким образом, в настоящее время практика ЕСПЧ крайне редко применяется арбитражными судами России. Для исправления этой ситуации необходимо:

1. На уровне Постановлений Президиума ВАС РФ применять отдельные Решения ЕСПЧ при разрешении конкретных дел, формируя тем самым практику такого применения. Эта рекомендация в полной мере применима и к КС РФ, поскольку и этот суд довольно редко ссылается на практику ЕСПЧ при разрешении налоговых споров¹.

Издать информационное письмо ВАС РФ, в котором описать наиболее значимые дела ЕСПЧ по налоговым вопросам. Это тем более актуально с учетом того, что ЕСПЧ в последнее время принял два знаковых Решения по

¹ Так, едва ли не единственная предметная ссылка есть в Постановлении КС РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П, где КС РФ указал, что давность привлечения к налоговой ответственности – институт, общий для правовых систем государств – участников Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Европейский Суд по правам человека рассматривает ее как право, предоставляемое законом лицу, совершившему налоговое правонарушение, не быть преследуемым по истечении определенного срока с момента совершения деяния, с тем чтобы достигалась правовая защищенность и не подвергалось посягательствам право на защиту, которое было бы скомпрометировано, если бы суды выносили решения, основываясь на неполной в силу истекшего времени доказательственной базе (Постановление от 22 июня 2000 г. по делу «Коэм и другие против Бельгии» (Coeme and others v. Belgium)).

вопросам налогообложения. Во-первых, это уже упоминавшееся Решение ЕСПЧ от 09.01.2007 по делу «Интерсплав против Украины», в котором ЕСПЧ признал недопустимым отказ на возмещение НДС экспортерам. На это Решение ЕСПЧ уже имеются ссылки в судебно-арбитражной практике. Во-вторых, это Решение от 22 января 2009 г. по делу «Булвес» АД против Болгарии, в котором формулируются важные выводы по вопросу об ответственности налогоплательщика при нарушениях, допущенных его поставщиком (контрагентом)¹. Выводы, содержащиеся в этих Решениях ЕСПЧ в полной мере применимы и при разрешении налоговых споров в Российской Федерации.

Решения Европейского суда справедливости

Европейский суд справедливости создан в рамках Европейского Союза для разрешения налоговых вопросов между структурами ЕС, государствами-членами ЕС и налогоплательщиками ЕС. Поскольку Россия не является членом Европейского Союза, то с формальной точки зрения юрисдикция этого суда не распространяется на Российскую Федерацию и решения Европейского суда справедливости не могут быть обязательно учитываемы арбитражными судами Российской Федерации.

Однако, согласно Соглашению о партнерстве и сотрудничестве, учреждающему партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, от 24.06.1994 (ст. 55) предусмотрено, что стороны признают, что важным условием для укрепления экономических связей между Россией и Сообществом является сближение законодательств. Россия стремится к постепенному достижению совместимости своего законодательства с законодательством Сообщества. При этом в Соглашении прямо указано, что процесс сближения законодательств распространяется, в частности, на следующие отрасли права: предприятия и предпринимательская деятельность; банковская деятельность; бухгалтерский учет и налогообложение компаний; охрана труда; финансовые услуги; правила конкуренции; государственные закупки; охрана здоровья и жизни людей, животных и растений; защита окружающей среды; защита прав потребителей; косвенное налогообложение; таможенное законодательство; технические нормы и стандарты; законодательные и нормативные акты в области ядерной энергетики; транспорт.

¹ В этом Решении ЕСПЧ пришел к выводу о нарушении статьи 1 Протокола № 1 к Европейской Конвенции и указал, что учитывая своевременное и полное исполнение компанией-заявителем своих обязанностей по представлению отчетности по НДС, невозможность для нее обеспечить соблюдение поставщиком его обязанностей представлять отчетность по НДС и тот факт, что никакого мошенничества в отношении системы НДС, о котором компания-заявитель знала или могла знать, совершено не было, Суд считает, что компания-заявитель не должна была нести последствия неисполнения поставщиком его обязанностей своевременного представления отчетности по НДС и в результате уплачивать НДС во второй раз, а также уплачивать пени. Суд считает, что такие требования явились чрезмерным бременем для компании-заявителя, что нарушило справедливый баланс, который должен поддерживаться между требованиями общественного интереса и требованиями защиты права собственности.

Таким образом, Российская Федерация взяла на себя международно-правовое обязательство в налоговом праве стремиться к сближению своего законодательства с законодательством ЕС. Следовательно, если законодательная база регулирования налоговых отношений в России и в Европейском Союзе для регулирования тех или иных налоговых правоотношений аналогична или подобна, что, в частности, имеет место в отношении НДС, который Россией был заимствован из Шестой Директивы ЕС по НДС, то имеются уже и правовые основания для аналогичной трактовки арбитражными судами России правовых норм, аналогичных нормам, применяемым в ЕС. Такое правоприменение будет являться формой выполнения Российской Федерацией своих международно-правовых обязательств по сближению с законодательством ЕС. В научных публикациях также уже анализируется применение права Европейского Союза в практике российских судов¹.

Поэтому не только доктринальное обращение к западным доктринам и понятиям (в частности, к понятию «налоговой выгоды», что имело место, как уже было отмечено выше, в практике ВАС РФ) может служить основанием для учета российскими арбитражными судами практики Европейского суда Справедливости, но в определенных случаях правомерно может быть поставлен вопрос об обязательности учета Решений Европейского суда с арбитражными судами Российской Федерации для выполнения ст. 55 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Россией и ЕС от 24.06.1994.

Кроме того, КС РФ может свободно ссылаться на практику Европейского суда справедливости в подтверждении своих выводов, что, например, сделал ЕСПЧ в Решении от 22 января 2009 г. по делу «Булвес» АД против Болгарии.

В практике европейских стран так же, как и в России, весьма актуальна проблема вычета НДС при неуплате в бюджет этого налога контрагентами. Дело в том, что в Европейском сообществе существует единое НДС-пространство между различными странами и НДС, выставяемый компанией из одной страны, может быть принят к вычету налогоплательщиком НДС в другой стране, что создает почву для мошенничества с НДС.

В практике рассмотрения споров Европейского суда справедливости существует подход, согласно которому налогоплательщик не может нести ответственность за действия своих контрагентов, не уплативших налог в бюджет, если только он «не знал или имел разумные основания полагать, что НДС не будет уплачен» в бюджет (Решение суда от 12 января 2006 г. по делу «Оптиджен Лтд» и др. против Национального управления таможенных и акцизных сборов Великобритании», Решение суда от 11 мая 2006 г. по делу Федерации высокотехнологичных отраслей промышленности против Национального управления таможенных и акцизных сборов Великобритании).

¹ См.: *Калиниченко П.А.* Право Европейского Союза в практике российских судов // Закон, ноябрь 2008 г. С. 99–108.

Проблема осмотрительности при выборе контрагента весьма актуальна и для России. Применение принципа вины («знал или имел разумные основания полагать, что НДС не будет уплачен в бюджет») является ключевым моментом. В России в позиции ВАС РФ, выраженной в Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53, имеется указание на то, что налогоплательщику «должно было быть известно» о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности, в силу отношений взаимозависимости или аффилированности налогоплательщика с контрагентом. Однако, тут же ВАС РФ указывает, что «налоговая выгода может быть также признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что деятельность налогоплательщика, его взаимозависимых или аффилированных лиц направлена на совершение операций, связанных с налоговой выгодой, преимущественно с контрагентами, не исполняющими своих налоговых обязанностей». Таким образом, принцип вины уже не учитывается в полной мере и ВАС РФ водится объективный критерий – количество дефектных контрагентов у налогоплательщика или аффилированных лиц. Если таких контрагентов окажется больше половины, то следует ли, что налогоплательщику НДС по всем вычетам должно быть отказано по мотиву необоснованной налоговой выгоды или должно быть отказано только по дефектным контрагентам (тогда какой смысл в указании на преимущественное количество таких контрагентов)? В целом можно сказать, что принцип вины не выдержан в судебной доктрине осмотрительности, которую предлагает использовать ВАС РФ. Любопытно, что в одном деле уже и раньше принцип вины был сформулирован ВАС РФ. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15 июля 2003 г. № 2011/03 суд признал, что НДС, выставляемый компании в счетах-фактурах индивидуальными предпринимателями, когда они не были плательщиками НДС (в 2000–2001 гг. в связи с переводом на ЕНВД), представлен компанией к вычету необоснованно, так как компания не могла не знать, что индивидуальные предприниматели не являются плательщиками НДС.

Таким образом, больший учет практики Европейского суда справедливости в практике российских арбитражных судов позволил бы более четко применять ряд концепций, заимствованных ВАС РФ из зарубежного опыта и добиться обеспечения баланса публичных и частных интересов в разрешении налоговых споров на «европейском уровне».

В практике арбитражных судов России существуют единичные ссылки на Решения Европейского суда справедливости, при этом иногда судьи путают этот суд с ЕСПЧ. Так, в Постановлении ФАС Уральского округа от 27 марта 2007 г. по делу № Ф09-2109/07-С2 суд указал, что инспекцией не представлены достаточные доказательства злоупотребления налогоплательщиком правом на налоговый вычет по НДС, наличия согласованности действий всех участников расчетов за товар по созданию ими «мошеннической» схемы по изъятию части НДС с разницы в цене между первоначальной и последующих реализаций путем неуплаты НДС одним из участников расчетов за товар. Да-

лее суд отметил, что указанные выводы соответствуют п. 10 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» и решению Европейского суда по правам человека от 12.01.2006 № С-354/03, № С-355/03, № С-484/03 (по «карусельным» схемам). За этой датой и номером было Решение Европейского суда справедливости, а не ЕСПЧ, хотя по содержанию ссылка суда верная.

В Постановлении семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 июня 2007 г. по делу 17АП-4075/07-АК без прямой ссылки на Решение Европейского суда справедливости от 12 января 2006 г., тем не менее, приведена цитата из него. Суд указал, что операции, которые не имеют отношения к мошенничеству при уплате НДС, образуют реализацию товаров или услуг налогоплательщиком, действующим в качестве такового, и экономическую деятельность в значении ст. 2(1), 4 и 5(1) Шестой Директивы Совета 77/388/ЕЭС от 17.05.1977 о гармонизации законодательств государств – членов ЕС в части налогов с оборота – Единая система обложения налогом на добавленную стоимость: единообразные принципы начисления, в редакции Директивы Совета 95/7/ЕС от 10.04.1995, в тех случаях, когда они отвечают объективным критериям, на которых основываются определения тех терминов, независимо от намерения торговой организации, которая участвует в той же цепи поставок, и(или) вероятности мошеннического характера другой операции в цепи, имевшей место до или после совершения операции таким налогоплательщиком, о чем последний не знал и(или) не имел возможности узнать. Не затрагивает права совершающего такие операции налогоплательщика на вычет сумм входящего НДС и тот факт, что в цепи поставок, частью которой являются такие операции, другая операция – предшествующая или последующая – имеет отношение к мошенничеству при уплате НДС, о чем такой налогоплательщик не знал и(или) не имел возможности узнать.

Таким образом, постепенно расширяется практика ссылок российских арбитражных судов на Решения Европейского суда справедливости, что можно только приветствовать. Было бы правильно, если бы ВАС РФ в своем Постановлении по конкретному делу одобрил бы такую ссылку, это могло бы обогатить судебную практику российских арбитражных судов и обеспечить более адекватный поиск баланса между публичными и частными интересами в сфере разрешения налоговых споров.

Решения национальных иностранных судов по толкованию и применению норм Конвенций об устранении двойного налогообложения

В сентябре 2008 г. в рамках конгресса Международной налоговой ассоциации¹ в Брюсселе обсуждался вопрос о применении решений иностранных судов в ситуации, когда национальным судом применяется Конвенция об устранении двойного налогообложения и в другом государстве-участнике

¹ www.ifa.nl

Конвенции уже сложилась практика применения данной нормы Конвенции. В такой ситуации запрет на дискриминацию и требования обеспечения равного применения одних и тех же положений Конвенции к компаниям разных государств на основе режима взаимности предполагает учет национальным судом решений иностранных судов. Представляется, что эта обязанность носит правовой характер, т.е. национальный суд должен принять во внимание, как спорная норма Конвенции применяется в другом государстве. Справедливости ради следует отметить, что в ряде стран учет и ссылка на иностранные судебные решения является общей практикой (Индия, Канада), в других странах (Италия) национальные суды в своих решениях на иностранные судебные акты не ссылаются, хотя и внимательно выслушивают доводы о позиции иностранных судов.

В Российской практике это направление только начинает формироваться, но требования обеспечения равенства в применении положений Конвенции требует от российских судов учесть применение нормы Конвенции иностранным судом. Разумеется, российский арбитражный суд не связан позицией иностранного суда и может дать собственное толкование норм Конвенции, но в этом случае позиция суда должна быть специально мотивирована, так как она влечет отступление от принципа равенства в применении Конвенции.

Решения национальных иностранных судов по толкованию и применению правовых норм, аналогичных по содержанию нормам законодательства о налогах и сборах Российской Федерации.

Последняя категория решений иностранных судов – это решения по толкованию норм, которые могут быть аналогичны нормам национального законодательства. В этом случае учет иностранных судебных актов не является в правовом смысле обязательным, так как отсутствуют какие-либо предписания в международном или национальном праве по учету таких решений. Однако такие решения могут быть учтены национальным судом как доктринальный источник в толковании соответствующей нормы национального закона. Иногда в практике рассмотрения дел налогоплательщики ссылаются на иностранное правовое регулирование и судебную практику других государств как на дополнительный довод в поддержку собственной позиции и суды выслушивают такие аргументы.

В заключение следует отметить, что использование иностранных судебных решений различных видов может только обогатить судебную практику Российской Федерации. По этой причине юристы, которые ведут налоговые дела как со стороны налогоплательщика, так и со стороны инспекции, должны по возможности ссылаться на такие решения и предоставлять их суду.

УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

*Г.А. Василевич**

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЭКСТРЕМИЗМУ – ЗАЛОГ СТАБИЛЬНОГО РАЗВИТИЯ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Правовую основу предупреждения и искоренения экстремизма в Республике Беларусь составляют Конституция и Закон от 4 января 2007 г. «О противодействии экстремизму». Прежде всего в Основном Законе зафиксировано, что любые действия по изменению конституционного строя и достижению государственной власти насильственными методами, а также путем нарушения законов Республики Беларусь подлежат наказанию.

В Конституции установлен также запрет на создание и деятельность политических партий, а равно других общественных объединений, имеющих целью насильственное изменение конституционного строя либо ведущих пропаганду войны, социальной, национальной, религиозной и расовой вражды (ст. 5).

Как позитивную и интегрирующую все общество оцениваем также содержащуюся в ст. 14 Конституции норму, согласно которой государство призвано регулировать отношения между социальными, национальными и другими общностями на основе принципов равенства перед законом, уважения прав и интересов.

В Республике Беларусь, согласно Конституции, запрещена деятельность религиозных организаций, их органов и представителей, которая направлена против ее конституционного строя и гражданского согласия, препятствует исполнению гражданами их государственных, общественных, семейных обязанностей или наносит вред их здоровью и нравственности (ст. 16).

Таким образом, основные, принципиальные аспекты предупреждения экстремизма разработчики проекта Конституции зафиксировали в Основном Законе. Наряду с этим, как отмечалось, есть специальный акт – Закон «О противодействии экстремизму».

В законе дано понятие экстремизма. Это деятельность политических партий, других общественных объединений, религиозных и иных организаций либо граждан Республики Беларусь, иностранных граждан или лиц без гражданства по планированию, организации, подготовке и совершению дей-

* © Василевич Г.А., 2010

Генеральный прокурор Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор.

ствий, направленных на насильственное изменение конституционного строя и (или) территориальной целостности Республики Беларусь, захват или удержание государственной власти неконституционным путем, создание незаконных вооруженных формирований, осуществление террористической деятельности, разжигание расовой, национальной или религиозной вражды или розни, а также социальной розни, связанных с насилием или призывами к насилию, унижение национальной чести и достоинства, организацию и осуществление массовых беспорядков, хулиганских действий и актов вандализма по мотивам расовой, национальной, религиозной вражды или розни, политической или идеологической вражды, а равно по мотивам вражды или розни в отношении какой-либо социальной группы, пропаганду исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, социальной, расовой, национальной, религиозной или языковой принадлежности, пропаганду и публичное демонстрирование, изготовление и распространение нацистской символики или атрибутики.

Как экстремизм расценивается воспрепятствование законной деятельности государственных органов, в том числе Центральной комиссии Республики Беларусь по выборам и проведению республиканских референдумов, избирательных комиссий, комиссий по референдуму или комиссий по проведению голосования об отзыве депутата, а также законной деятельности должностных лиц указанных органов или комиссий, совершенное с применением насилия, угрозы его применения, обмана, подкупа, а равно применение насилия либо угроза насилием в отношении близких указанных лиц в целях воспрепятствования законной деятельности этих должностных лиц или принуждения к изменению характера такой деятельности либо из мести за выполнение ими служебных обязанностей, а также публичные призывы к указанным деятельности и действиям, их финансирование либо иное содействие в их осуществлении, в том числе путем предоставления недвижимого имущества, средств электросвязи, учебных, полиграфических, иных материально-технических средств или информационных услуг.

Противодействие экстремизму осуществляется посредством:

- 1) принятия профилактических мер, направленных на выявление и устранение причин и условий, способствующих экстремистской деятельности;
- 2) предупреждение и пресечение экстремистской деятельности.

Государственными органами, осуществляющими противодействие экстремизму в пределах их компетенции, являются органы государственной безопасности, органы внутренних дел, органы прокуратуры.

В качестве мер противодействия экстремизму могут быть использованы следующие:

– вынесение предписания органами прокуратуры на основании материалов, представленных органом, осуществляющим противодействие экстремизму;

- вынесение предупреждения должностными лицами органов, осуществляющих противодействие экстремизму, по специально утвержденной форме;
- приостановление деятельности организации решением Генерального прокурора Республики Беларусь в случае выявления фактов, свидетельствующих о наличии в ее деятельности экстремистских проявлений;
- признание организации экстремистской, запрещение ее деятельности;
- запрещение деятельности экстремистских иностранных и международных организаций;
- противодействие изданию и распространению экстремистских материалов;
- недопущение осуществления экстремистской деятельности организациями массовых мероприятий;
- противодействие публичным призывам должностного лица организации к осуществлению экстремистской деятельности.

В Республике Беларусь предпринимаются целенаправленные меры по совершенствованию организационных основ противодействия экстремизму путем создания общегосударственной системы мер борьбы с этими явлениями, ориентированных в первую очередь на их профилактику.

Для повышения уровня взаимодействия и эффективности деятельности государственных органов и иных государственных организаций, участвующих в предупреждении, выявлении, пресечении и минимизации последствий актов терроризма и других экстремистских действий, четкой регламентации деятельности всех государственных структур Указом Президента Республики Беларусь от 13.10.2008 № 554 утверждено Положение о государственной системе мер реагирования на акты терроризма и другие экстремистские действия.

КГБ, МВД, Генеральной прокуратурой, Государственным пограничным комитетом и Государственным таможенным комитетом с целью предупреждения проникновения на территорию Республики Беларусь информационной продукции экстремистского содержания совместно разработана и постановлением от 28.07.2008 утверждена Инструкция о порядке взаимодействия органов государственной безопасности, внутренних дел, прокуратуры, пограничной службы и таможенных органов Республики Беларусь при изъятии (аресте) информационной продукции, подпадающей под действие Закона Республики Беларусь «О противодействии экстремизму». Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 23.04.2007 № 513 установлен порядок ведения и опубликования республиканского списка экстремистских материалов.

В соответствии со ст. 10 Закона Республики Беларусь «О противодействии экстремизму» постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 25.04.2007 № 528 утверждена форма официального предупреждения лицам, в чьих действиях усматриваются признаки экстремизма.

В нашем государстве создавались условия для должного противодействия экстремизму и по линии международного сотрудничества в данной сфе-

ре. В г. Минске 25.05.2006 подписано Соглашение о сотрудничестве генеральных прокуратур государств – участников Содружества Независимых Государств в борьбе с терроризмом и иными проявлениями экстремизма.

Решением Совета Глав государств СНГ от 05.10.2007 утверждена Программа сотрудничества в борьбе с терроризмом и иными насильственными проявлениями экстремизма на 2008–2010 годы.

С 23.08.2008 вступил в силу для Республики Беларусь Договор государств – участников СНГ о противодействии легализации преступных доходов и финансированию терроризма.

Во исполнение Государственной программы по борьбе с преступностью на 2006–2010 годы заключено Соглашение от 17.05.2007 с Правительством Латвийской Республики о сотрудничестве в борьбе с преступностью, в том числе с терроризмом.

Стратегически правильно избранная линия на противодействие экстремизму дает свои результаты. В Республике Беларусь отсутствует атмосфера страха людей за свою жизнь по причине расовой, религиозной, национальной или социальной принадлежности.

Удается политическую борьбу в целом удерживать в рамках правового поля. Если же допускаются нарушения, то наступает юридическая ответственность. Однако результаты достигнуты за счет кропотливой работы правоохранительных органов.

Так, наиболее опасные для жизни и здоровья граждан негативные последствия экстремизма могут быть связаны с применением находящихся в незаконном обороте огнестрельного оружия, взрывчатых веществ, сильнодействующих и отравляющих веществ. В этой связи в целях исключения условий для экстремистской деятельности КГБ и МВД проводилась деятельность по изъятию огнестрельного оружия и боеприпасов из незаконного оборота.

В результате оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности органами государственной безопасности ежегодно изымаются десятки единиц огнестрельного оружия, патроны, гранаты, снаряды и мины, взрывчатые вещества, самодельные взрывные устройства, отравляющее вещество (ртуть).

Органами внутренних дел также активно проводится работа по изъятию незарегистрированного огнестрельного оружия, в том числе нарезного, патронов, гранат, взрывчатых веществ.

МВД Республики Беларусь совместно с Бюро криминальной полиции Литовской Республики проведены совместные оперативно-розыскные мероприятия по выявлению лиц, причастных к контрабандной поставке из Литвы радиоактивного груза. В результате совместной спецоперации правоохранительных органов двух стран в 2007 г. при попытке пересечения белорусско-литовской границы задержаны двое граждан Республики Беларусь, в автомобиле которых обнаружен скрытый контейнер с радиоактивным веществом – одним из изотопов урана.

Осуществлялись общепрофилактические мероприятия по линии международного обмена информацией с целью выявления членов экстремистских организаций, намеревающихся проникнуть в Республику Беларусь и укрыться от уголовного преследования страны их гражданской принадлежности.

Принимались меры по пресечению деятельности незарегистрированных радикальных политизированных группирований.

В результате предпринятых усилий их деятельность не оказывала негативного влияния на формирование стабильной обстановки в Республике Беларусь.

Во исполнение Государственной программы по борьбе с преступностью и коррупцией на 2006–2010 годы по отдельно согласованным планам органами КГБ, МВД, ГТК, ГПК Республики Беларусь проводится ряд межведомственных оперативно-профилактических и специальных операций по предупреждению и пресечению актов терроризма и экстремизма, а также ряд мероприятий по исполнению Программы сотрудничества государств – участников СНГ по борьбе с терроризмом и иными насильственными проявлениями экстремизма на 2008–2010 годы, Плана совместных мероприятий по противодействию терроризму на территории Союзного государства.

Активно проводилась учебно-методическая работа в виде семинаров, конференций и т.п. (в том числе в рамках международного сотрудничества) по обучению сотрудников правоохранительных органов навыкам грамотного и эффективного противодействия террористическим проявлениям.

Органами прокуратуры Республики Беларусь уделялось постоянное внимание вопросам надзора за исполнением законодательства о противодействии экстремизму.

Противодействие экстремизму является одним из приоритетных направлений прокурорской деятельности для Белорусской военной прокуратуры, осуществляющей непосредственный надзор за исполнением законодательства в войсках.

При этом военные прокуроры ориентированы на необходимость:

систематического планирования и проведения проверок исполнения законодательства об организации хранения и содержания оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ, сверок их наличия;

совместно с органами военной контрразведки целенаправленного изучения мест хранения оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ для пресечения каналов утечки и обеспечения их сохранности, а также иных мероприятий по выявлению и пресечению противоправной деятельности в сфере оборота оружия.

Военными прокурорами постоянно проводятся проверки сохранности оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ. В целях устранения нарушений вносятся представления, выносятся предписания, официальные предупреждения. По актам прокурорского надзора виновные лица привлекаются к дисциплинарной ответственности.

Наиболее распространенными нарушениями в войсках явились несоблюдение норм законодательства по учету, хранению и выдаче оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ, а также ненадлежащее оборудование мест хранения вооружения и боеприпасов.

В воинских частях организовано целенаправленное изучение молодого пополнения на предмет выявления лиц, придерживающихся взглядов антиконституционного характера, изыскивающих возможности незаконного приобретения оружия и боеприпасов и поддерживающих контакты с лицами из криминальной среды.

Ежегодно органами прокуратуры на основании материалов, представленных органами государственной безопасности, выносятся десятки официальных предупреждений лицам, причастным к деятельности незарегистрированных организаций, в том числе к псевдоправославной организации «Свято-преображенское братство», религиозной общины «Свидетели Иеговы», а также наиболее активным членам незарегистрированной молодежной организации «Молодой фронт», членам незарегистрированной структуры «Объединение белорусских студентов».

В октябре 2008 г. Генеральной прокуратурой Республики Беларусь проведена проверка соблюдения Закона «О противодействии экстремизму» в ЗАО «Христианская инициатива». Установлено, что ЗАО «Христианская инициатива» (до 2006 г. действовало под названием «Православная инициатива») на протяжении длительного периода времени в магазине «Православная книга» в г. Минске распространяло книжные издания экстремистского характера. В частности, это книги под названиями: «Нет плохих народов», «Читая Евангелие. Размышления на евангельские чтения. Кто мы: христиане или иудеи?», «Слово и дело Ивана Грозного» (всего тринадцать наименований).

Названная литература издана значительным тиражом и наряду с текстовым материалом содержит многочисленные коллажи, карикатуры и иные изображения, направленные на разжигание национальной, религиозной вражды или розни, а также унижение национальной чести и достоинства представителей еврейской национальности, пропаганду неполноценности граждан по признаку их отношения к религии. Согласно заключению экспертного совета при Уполномоченном по делам религий и национальностей, в указанных изданиях содержится информация, направленная на создание негативного образа иудаизма у православных христиан, что может интерпретироваться как наличие идей и предпосылок, направленных на разжигание религиозной вражды или розни. Следует отметить, что генеральный директор ЗАО «Православная инициатива» ранее был предупрежден Генеральной прокуратурой об ответственности, в том числе и уголовной, за распространение материалов, направленных на разжигание межнациональной и религиозной вражды. Однако деструктивную деятельность активно продолжил. По результатам проверки в ЗАО «Христианская инициатива» Генеральной прокуратурой на

основании ст. 14 Закона Республики Беларусь «О противодействии экстремизму» в суд Советского района г. Минска направлено заявление о признании информационной продукции экстремистскими материалами, что и было подтверждено судом.

При наличии к тому оснований противодействие экстремизму осуществлялось уголовно-правовыми методами.

Прокуратурой города Минска расследован ряд уголовных дел о деяниях, создающих условия для экстремистской деятельности, о совершении преступлений, предусмотренных ст. 193-1 Уголовного кодекса Республики Беларусь (незаконная организация деятельности общественного объединения, религиозного фонда либо участие в их деятельности).

10.01.2008 ГУВД Мингорисполкома возбуждено уголовное дело по признакам ст. 342 УК Республики Беларусь по факту организации несанкционированной акции протеста при активном участии молодежных радикальных политизированных группирований. Судом Центрального района г. Минска 22.04.2008 13 активистов акции приговорены к различным мерам наказания.

Законодательство об ответственности за экстремистскую деятельность при необходимости совершенствуется. В настоящее время готовится новая редакция закона «О противодействии экстремизму». В нем уточняются некоторые понятия, формулировки с учетом накопленного опыта.

Необходимо корректировать и другие акты. Так, полномочия органов прокуратуры по приостановлению деятельности организации экстремистской направленности, предусмотренные Законом «О противодействии экстремизму» от 04.01.2007, в Законе «О прокуратуре Республики Беларусь» от 08.05.2007 отсутствуют.

В законодательстве не предусмотрены также соответствующие полномочиям прокуратуры на приостановление деятельности экстремистских организаций обязанности иных государственных органов по исполнению таких решений.

Процедура исполнения судебного решения о признании организации экстремистской, конфискации имущества такой организации, признании информационных материалов экстремистскими также должным образом не регламентирована.

В практике деятельности ответственных государственных органов отсутствуют единообразные критерии оценки противоправных деяний (уголовно и административно наказуемых) как экстремистских, о чем свидетельствует информация, представленная при подготовке данного вопроса МВД и КГБ Республики Беларусь.

В то же время определение четкого перечня таких деяний, а также сопутствующих им (способствующих или предшествующих экстремизму) для организации целенаправленной и постоянной борьбы с ними является важным. Это существенным образом облегчит как выработку мер противодействия экстремизму, так и объективную оценку эффективности деятельности

государственных органов (прежде всего правоохранительных) по противодействию этому явлению.

При этом именно на противодействии в первую очередь способствующим или предшествующим экстремизму противоправным деяниям должна строиться профилактика экстремизма (поскольку профилактировать захват зданий и сооружений, организацию массовых беспорядков и т.д. представляется запоздалым действием; выявленное приготовление к подобным действиям следует уже не профилактировать, а со всей жестокостью закона пресекать).

В законодательном порядке четко не определена и компетенция (зона ответственности) государственных органов-субъектов противодействия экстремизму.

Необходимо расширить круг государственных органов-субъектов противодействия экстремизму, перечисленных в Законе «О противодействии экстремизму».

В числе таких органов следовало бы указать Государственный пограничный комитет Республики Беларусь, уполномоченный на выявление и пресечение таких общественно опасных проявлений, как нарушение порядка пребывания в Республике Беларусь иностранных граждан и лиц без гражданства; организация незаконной миграции иностранных граждан; незаконное пересечение государственной границы.

Более эффективной будет работа по искоренению экстремизма при участии Государственного таможенного комитета Республики Беларусь, занимающегося отслеживанием информационной продукции экстремистского содержания, некоторых органов государственного управления (к примеру, Министерства информации, ведущего согласно постановлению Совета Министров список экстремистских материалов).

До недавнего времени не была предусмотрена административная или уголовная ответственность за один из видов экстремизма, определенный в ст. 1 Закона от 04.01.2007 – демонстрирование, изготовление нацистской символики.

28 декабря 2009 г. Президентом Республики Беларусь подписан Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые кодексы Республики Беларусь по вопросам уголовной и административной ответственности». Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях дополнен, в частности ст. 17.10 и 17.11.

Согласно ст. 17.10 КоАП пропаганда и (или) публичное демонстрирование, изготовление и (или) распространение нацистской символики или атрибутики влекут наложение штрафа в размере до десяти базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, или административный арест с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, на индивидуального предпри-

нимателя – до пятидесяти базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, а на юридическое лицо – до двухсот базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения.

При этом сделано примечание, что под нацистской символикой или атрибутикой понимаются флаг, гимн, эмблема, вымпел, галстук, нагрудный и опознавательный знак Национал-социалистической рабочей партии Германии или их копии. Не являются административными правонарушениями изготовление, публичное демонстрирование и (или) распространение нацистской символики или атрибутики физическим лицом, индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом при осуществлении деятельности в области театрального, музыкального, циркового и изобразительного искусства, библиотечного дела, кинематографии, музейного дела, гастрольно-концертной деятельности, издательского дела, образовательной деятельности, средств массовой информации в соответствии с законодательством.

В соответствии со ст. 17.11 КоАП изготовление и (или) распространение, а равно хранение с целью распространения экстремистских материалов, если в этих деяниях нет состава преступления, влекут наложение штрафа в размере от десяти до пятидесяти базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, или административный арест с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, на индивидуального предпринимателя – от пятидесяти до ста базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения, а на юридическое лицо – от ста до пятисот базовых величин с конфискацией предмета административного правонарушения, а также орудий и средств совершения указанного нарушения.

Реализация указанных статей позволит, на наш взгляд, более эффективно реагировать на экстремистские проявления.

В целом, как показывает опыт, экстремизм – явление, имеющее глубокие корни, истребить которые можно только совместными усилиями правоохранительных и иных органов, общественности и граждан, повышением правовой и общей культуры, улучшением социально-экономических условий жизни людей.

*Г.И. Богущ**

РОССИЙСКАЯ НАУКА МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВА: ДОСТИЖЕНИЯ И ПРОБЛЕМЫ

Понятие «международное уголовное право» (МУП) твердо вошло в мировой юридический лексикон. В качестве научной дисциплины под рубрикой МУП повсеместно рассматривается исследование уголовно-правовых аспектов международного права и международно-правовых аспектов национальных уголовно-правовых систем¹. Эти аспекты составляют феноменологическое единство, и необходимость их совместного исследования предполагает существование комплексной научной дисциплины, охватывающей все направления международного сотрудничества в борьбе с преступностью².

На сегодняшний день международное уголовное право является одной из наиболее активно развивающихся отраслей мировой юридической науки. В литературе современное состояние МУП наиболее часто характеризуется как «ренессанс»³. О настоящем «буме» исследований в этой области правоведения свидетельствует огромное количество публикуемых научных работ, учебников и периодических изданий, проведение научных конференций и иных форумов в различных частях света. Почти во всех ведущих университетах мира созданы кафедры международного уголовного права, преподаются соответствующие курсы, проводятся многочисленные конкурсы, школы для студентов и аспирантов.

Сегодня МУП – это не только теория, право, существующее на бумаге, и преподаваемое в университетах. Международные уголовно-правовые нормы

* © Г.И. Богущ, 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

¹ *Bassiouni M. Ch.* International Criminal Law. Third Edition. Vol. 1. Martinus Nijhoff Publishers, 2008. P. 3–8.

² См.: *Зелинская Н.А.* Международное уголовное право в условиях глобализации преступности // Альманах международного права. Вып. 1. Одесса, 2009; *Cassese A.* International Criminal Law. Second Edition. Oxford University Press, 2008. P. 3–11; *Broomhall B.* International Justice and the International Criminal Court. Oxford University Press, 2003. P. 44–51; *Cryer R. et al.* An Introduction to International Criminal Law and Procedure. Cambridge University Press, 2007. 1–12.

О дискуссии относительно понятия МУП в отечественной науке см.: *Иногамова-Хегай Л.В.* Международное уголовное право. СПб., 2003. С. 34–43.

³ См. например: *Werle G.* Principles of International Criminal Law. Second Edition. Asser Press, 2009. P. 15.

широко применяются международными и национальными судами¹, за последние 15 лет сформирован огромный массив международной уголовной юриспруденции, которая уже оказывает влияние на развитие не только МУП, но и смежных отраслей. Наконец, многие «рожденные» в этой сфере оригинальные правовые концепции имеют значение для развития права в целом. На сегодняшний день МУП является своего рода «авангардом» мировой юриспруденции, значительно опережая иные отрасли в своем прогрессивном развитии.

Современное международное уголовное право, проникнутое идеалами свободы и гуманизма, устремлено в будущее. Именно это определяет его особую привлекательность для ученых-юристов, в особенности молодых. Дабы не быть голословными, приведем недавнее сообщение веб-сайта Библиотеки Дворца мира в Гааге – крупнейшей специализированной библиотеки по международному праву: «Международное уголовное право на сегодняшний день является наиболее быстро растущей и наиболее востребованной частью нашей коллекции. Электронная система библиотеки свидетельствует, что литература по данной тематике постоянно востребована пользователями со всего мира, чаще всего молодыми исследователями. Книги, документы и журналы по этой теме очень редко бывают «свободными», как правило, они «на руках» или «зарезервированы», библиотека постоянно закупает вторые копии книг-бестселлеров»².

К сожалению, всего этого нельзя в полной мере сказать о ситуации в России, где «бума» МУП явно не наблюдается. И все же общемировая тенденция не обошла нашу страну стороной. Как будет показано далее, наука международного уголовного права развивается в России весьма интенсивно. Отчасти это обусловлено актуализацией ряда проблем, в частности глобализации преступности, общей международной нестабильностью, наличием в России и на ее границах вооруженных конфликтов.

В настоящей статье мы выскажем свой взгляд на развитие науки международного уголовного права в России в последние 15 лет, обозначим основные достижения и выделим основные, на наш взгляд, проблемы, обуславливающие отставание отечественной науки от мировой. При этом мы никоим образом не претендуем на бесспорность приведенных доводов, а также заранее приносим извинения всем российским ученым в сфере МУП, не упомянутым в настоящем кратком обзоре.

Прежде всего следует отметить, что развитие МУП в России началось далеко не на пустом месте, а было подготовлено традициями дореволюционной и советской науки. Интерес к данной отрасли исследований всегда был в нашем отечестве довольно велик и сдерживался лишь политическими обстоя-

¹ См.: *Волеводз А.Г., Волеводз В.А.* Современная система международной уголовной юстиции. Хрестоматия. М., 2009; *The Oxford Companion to International Criminal Justice / Editor in Chief Antonio Cassese.* Oxford University Press, 2009.

² <http://www.ppl.nl/100years/topics/icl/>

тельствами¹. Современный период, хотя и сложно назвать ренессансом, характеризуется заметным оживлением научных исследований.

Показателями этого служат: возросшее количество публикаций, затрагивающих вопросы МУП, докторских и кандидатских диссертаций по международному уголовному праву (с учетом того, что в официальной номенклатуре научных специальностей данное направление отсутствует), проводимые научные мероприятия, разработка и осуществление образовательных и научно-исследовательских проектов.

Наука международного уголовного права является междисциплинарной (комплексной). В России исследования в данной области прежде всего проводятся представителями как уголовно-правовой, так и международно-правовой науки. В этом плане ситуация в нашей стране мало отличается от мировой: ученые, разрабатывающие проблематику МУП, являются, в основном, «выходцами» из этих двух отраслей правоведения.

В рамках МУП плодотворно исследуются ряд важных научных и практических проблем: взаимодействие национального и международного уголовного права (Н.А. Костенко, А.Г. Кибальник, О.Н. Ведерникова, А.Р. Каюмова, Н.Ф. Кузнецова, Е.Н. Трикоз, А.В. Наумов, А.А. Малиновский, В.Ф. Цепелев, Л.В. Иногамова-Хегай), источников МУП (Г.И. Богуш, Е.Н. Трикоз, Л.В. Иногамова-Хегай, М.В. Феоктистов, К.В. Ображиев, П.В. Волосюк, Ю.В. Трунцевский), уголовной юрисдикции государств и института выдачи преступников (А.И. Бойцов, Г.И. Богуш, В.Н. Русинова, Р.М. Валеев, А.Р. Каюмова, А.Г. Королев, Л.В. Иногамова-Хегай, Ю.С. Ромашев), системы и видов преступлений против мира и безопасности человечества (А.Р. Адельханян, А.Г. Кибальник, Е.Н. Трикоз, И.Ю. Белый, Н.Г. Михайлов, В.Н. Русинова), международной уголовной юстиции и международного уголовно-процессуального права (С.В. Глотова, А.Г. Волеводз, И.С. Марусин, Н.Г. Михайлов, И.Ю. Белый, Е.Н. Трикоз, Н.А. Костенко, А.Б. Мезяев, С.А. Грицаев, И. Ю. Белый, О.И. Рабцевич). Проблемы международного уголовно-исполнительного права интенсивно разрабатываются проф. Ю.В. Трунцевским. Интересным и перспективным направлением является международная криминология (криминоглобалистика), во многих вопросах взаимодействующая с МУП – это направление представлено работами Ю.В. Голика, В.В. Лунеева, В.А. Номоконова, В.С. Овчинского, О.Н. Ведерниковой, Д.А. Шестакова, И.М. Мацкевича².

За последние 15 лет защищен целый ряд докторских диссертаций, полностью посвященных проблемам международного уголовного права, как

¹ *Елисеев Р.А.* Зарождение и развитие науки международного уголовного права // Международное публичное и частное право. 2009. № 6.

² Наиболее подробная библиография по международному уголовному праву опубликована в: *Трикоз Е.Н.* Международное уголовное право: практикум / науч. ред. А.Х. Абашидзе. М., 2007.

криминалистами (А.Г. Кибальник¹, А.Р. Адельханян², А.Г. Волеводз³, В.Ф. Цепелев⁴), так и международниками (Н.А. Костенко⁵, Н.Г. Михайлов⁶). Проблемы МУП занимают достойное место в докторских исследованиях А.И. Бойцова, Л.В. Иногамовой-Хегай, В.П. Коняхина, А.И. Бойко, И.А. Котлярова, И.С. Марусина. Значительно более солидно количество кандидатских диссертаций по данной тематике, в том числе защищенных учениками «новых» докторов.

Издается учебно-методическая литература. Чрезвычайно удачным стал опыт совместного учебника, написанного двумя известными авторами – пениалистом (проф. А.В. Наумовым) и международником (проф. И.И. Лукашуком)⁷. К сожалению, уход из жизни И.И. Лукашука, корифея отечественной науки международного права, внесшего огромный вклад в становление МУП, лишил нас возможности переиздания учебника, до сих пор, на наш взгляд, остающегося лучшим изданием подобного рода. Удачен в методическом отношении авторский учебник профессора МГЮА Л.В. Иногамовой-Хегай⁸. Этот учебник стал основой разделов, написанных его автором в пяти-томном «Полном курсе уголовного права»⁹. Написание современного вузовского учебника международного уголовного права, отражающего все современные достижения, является актуальной задачей российской науки.

Единственное в России учебное пособие – практикум по международному уголовному праву, подготовленный Е.Н. Трикоз, был издан в 2007 г.¹⁰. При создании работы автор привлек большое количество источников, каждая тема снабжена подробной библиографией и заданиями для самостоятельной работы. Однако, при всех достоинствах этого издания, оно рассчитано на значительно больший объем выделяемых на дисциплину учебных часов и

¹ Кибальник А.Г. Влияние международного уголовного права на российское уголовное право: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003.

² Адельханян Р.А. Военные преступления как преступления против мира и безопасности человечества: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.

³ Волеводз А.Г. Правовые основы новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002.

⁴ Волеводз А.Г. Уголовно-правовые, криминологические и организационные аспекты международного сотрудничества в борьбе с преступностью. М., 2002.

⁵ Костенко Н.И. Теоретические проблемы становления и развития международной уголовной юстиции: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002.

⁶ Михайлов Н.Г. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии как институт международной уголовной юстиции: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

⁷ Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право. М., 1999.

⁸ Иногамова-Хегай Л.В. Международное уголовное право. СПб., 2003.

⁹ Полный курс уголовного права: в 5 т. / под ред. д-ра юрид. наук, проф., заслуженного деятеля науки РФ А.И. Коробеева. Т. V: Преступления против государственной власти. Преступления против военной службы. Преступления против мира и безопасности человечества. Международное уголовное право. СПб., 2008.

¹⁰ Трикоз Е.Н. Международное уголовное право: практикум / науч. ред. А.Х. Абашидзе. М., 2007.

высокий уровень базовой международно-правовой подготовки студентов, чем имеется в реальности в подавляющем большинстве юридических вузов.

Следует указать на два уникальных издания, увидевших свет в прошлом году. Хрестоматия, подготовленная А.Г. Волеводзом и В.А. Волеводз, объединяет уставные документы всех существующих и действовавших ранее учреждений международной уголовной юстиции, при этом многие документы впервые увидели свет на русском языке¹. По результатам крупного международного проекта Институтом права и публичной политики (под редакцией Г.И. Богуша и Е.Н. Трикоз) подготовлена коллективная монография по проблемам международного уголовного правосудия, в которую вошли статьи ведущих зарубежных авторов и практически всех известных в России ученых в сфере международного уголовного права².

Научные статьи, обзоры, рецензии и другие материалы по проблематике МУП широко представлены в юридической периодике: как в общеправовых, так и специализированных международно-правовых и уголовно-правовых изданиях. Традиционно большое внимание данной тематике уделяют журналы «Уголовное право», «Международное публичное и частное право», «Юрист-международник», «Международное право-International Law», «Военно-юридический журнал». Важным событием стало начало издания в 2008 г. нового журнала, специально посвященного МУП – «Международное уголовное право и международная юстиция».

Важным импульсом развития науки МУП является преподавание международного уголовного права в российских юридических вузах. Постепенно МУП пробивает себе дорогу в качестве дисциплины специализации уголовно-правовой (реже международно-правовой) специализации. Так, на постоянной основе МУП в качестве специального курса (в том числе в рамках магистерских программ) читается кафедрами уголовного права (СПбГУ – проф. А.И. Бойцов, МГЮА – проф. Л.В. Иногамова-Хегай, ДВГУ – проф. Н.А. Номоконов, МГИМО – проф. А.Г. Волеводз, проф. А.А. Малиновский, МГУ им. М.В. Ломоносова – доц. Г.И. Богуш) и международного права (РУДН – проф. А.Р. Каламкарян, КГУ – доц. А.Р. Каюмова). Особо в этом ряду следует выделить юридический факультета Кубанского государственного университета, где курс международного уголовного права впервые стал преподаваться как обязательная учебная дисциплина для всех студентов (курс читают проф. В.П. Коняхин и доц. М.В. Феоктистов). Этому опыту КубГУ последовала и Уральская государственная юридическая академия.

Большие перспективы для подготовки специалистов в рассматриваемой области является участие российских студентов и аспирантов в проводимых конкурсах и соревнованиях по международному уголовному праву. Эти ме-

¹ См.: Волеводз А.Г., Волеводз В.А. Современная система международной уголовной юстиции. Хрестоматия. М., 2009;

² Международное уголовное правосудие: современные проблемы / под ред. Г.И. Богуша, Е.Н. Трикоз. М., 2009.

роприятия, основанные на моделировании деятельности Международного уголовного суда, предполагают углубленное знакомство участников с доктриной и практикой МУП. Наш трехлетний опыт руководства командой юридического факультета МГУ¹ на конкурсе по модели МУС в Гааге², показывает не только огромный интерес у студентов к этой интенсивно развивающейся отрасли юриспруденции, но и огромные перспективы такого международного обмена, в числе других инициатив способствующего усилению универсальности МУП.

На наш взгляд, курс международного уголовного права, преподаваемый сегодня в юридических вузах всего мира, имеет большое как общеобразовательное, так и практическое значение³. Переход на двухуровневую систему образования открывает новые перспективы для преподавания МУП в качестве компоненты магистерских программ уголовно-правового и международно-правового профиля, а также организации самостоятельной магистерской программы для подготовки специалистов по международному сотрудничеству в борьбе с преступностью, потребность в которых является весьма насущной.

С удовлетворением можно отметить, что тематика международного уголовного права становится весьма популярной, ей посвящаются многочисленные научно-практические мероприятия, проводимые как пеналистами, так и международниками. Так, проблемы МУП регулярно обсуждаются на ежегодных собраниях Российской ассоциации международного права. В рамках Российского конгресса уголовного права действует постоянная секция МУП (руководитель – вице-президент Конгресса проф. В.П. Коняхин)⁴.

Оценивая ведущиеся в российской науке МУП дискуссии, следует признать, что в них ощущается явный недостаток собственно правовых аспектов. Основной предмет споров носит политико-идеологический характер, разногласия являются острыми и по сути непримиримыми. С большой долей условности в российской науке МУП можно выделить позитивное и критическое направления⁵.

¹ В 2010 г. инициативу МГУ поддержал также Марийский государственный университет, также выставивший команду на данном конкурсе.

² <http://www.icc-trialcompetition.org/>

³ См.: *Богуш Г.И.* О преподавании международного уголовного права. Программа курса «Международное уголовное право» // *Взаимодействие международного и сравнительного уголовного права* / науч. ред. Н.Ф. Кузнецова. М., 2009.

⁴ См.: *Научные основы уголовного права и процессы глобализации: материалы V Российского конгресса уголовного права.* М., 2010.

⁵ А.Г. Кибальник говорит о «глобалистском» и «антиглобалистском» направлениях, причисляя себя к представителям третьего, «реалистического направления» (См.: *Кибальник А.Г.* Международное уголовное право и национальные интересы России // *Российский ежегодник уголовного права.* 2006. № 1. СПб., 2007. С. 51 и далее). Однако следует отметить, что крайний «глобализм» в российской науке практически не встречается (кроме, пожалуй, критикуемых А.Г. Кибальником давних публикаций Г.К. Мишина), в отличие от обильно представленного агрессивного «антиглобализма».

Представители позитивного направления (Л.В. Иногамова-Хегай, А.В. Наумов, А.Г. Кибальник, В.П. Коняхин, Е.Н. Трикоз, Г.И. Богуш и др.) выступают за прогрессивное развитие международного уголовного права и его эффективную имплементацию в России. В существующих международно-правовых стандартах они видят, прежде всего, резерв развития национальной уголовно-правовой системы, усиления ее гуманистических начал. Признавая некоторые недостатки существующей системы международной уголовной юстиции, эти специалисты не подвергают сомнению их необходимость, выступают за участие России в работе этих учреждений, в том числе за ратификацию нашим государством Римского статута Международного уголовного суда.

Представители «критического» направления (О.Н. Ведерникова, А.Б. Мезяев и др.), сдержанно оценивают развитие международного уголовного права, отмечая его противоречивый характер. Отмечая отсутствие единства в международном сообществе и кризис системы международного права, они выражают сомнения в легитимности существующей системы МУП. Основным объектом их критики является система международной уголовной юстиции. По их мнению, деятельность институтов МУЮ характеризуется применением «двойных стандартов», является на практике элементом глобального управления миром со стороны влиятельных западных государств, а гуманитарная риторика – всего лишь декорацией, прикрывающей их истинную неблагоприятную роль. Представители критического направления считают нецелесообразным участие России в Римском статуте МУС, рассматривая последний как своего рода угрозу суверенитету и независимости нашего государства.

К сожалению, значительная часть «критиков» допускают в научной полемике очевидные крайности – призывы к игнорированию международно-правовых норм и обязательств, отрицание универсальности прав и свобод человека как высшей социальной ценности¹, тенденциозные обвинения в адрес судей международных судов в необъективности и даже в совершении ими преступлений².

Несмотря на уже отмеченный очевидный недостаток правовой составляющей, данная дискуссия, в том числе при обсуждении перспектив ратификации Россией Римского статута МУС³, оживляет научные исследования, привлекает внимание учащейся молодежи и более широких слоев общественности к этой актуальной проблематике.

¹ См. например: *Ведерникова О.Н.* Российское уголовное законодательство в системе национального и международного правопорядка // Российский ежегодник уголовного права. 2006. № 1. СПб., 2007.

² См. например: *Мезяев А.Б.* Убийство Слободана Милошевича в Гаагском трибунале // Российский ежегодник международного права. 2006. СПб., 2007.

³ См.: *Богуш Г.И. Трикоз Е.Н.* Россия и Международный уголовный суд: проблемы, дискуссии, поиск решений // Российский ежегодник уголовного права. 2007. № 2. СПб., 2008.

Таким образом, возможно сделать вывод о том, что наука международного уголовного права в России развивается, налицо целый ряд позитивных достижений. Эта динамика сама по себе дает основания для положительного прогноза о развитии этого направления и в будущем.

Вместе с тем, серьезное отставание от мировых тенденций, в целом характерное для российской юридической науки, особо заметно в исследуемой сфере. Российские ученые почти не представлены в мировом академическом пространстве, на их работы не ссылаются зарубежные коллеги, о российской законодательстве, судебной практике и, собственно, науке юридическому миру за пределами границ России известно крайне мало. К сожалению, «качество» правовых позиций российского государства в вопросах, связанных с международным уголовным правом, как правило, отражают данное огорчительное состояние науки МУП.

Это обусловлено наличием целого ряда проблем, часть из которых является общей для всей юридической науки, а некоторые – специфичны именно для МУП. Выделим, на наш взгляд, главные из них.

1. Заметным «тормозом» на пути развития МУП является сохраняющаяся неопределенность его статуса в рамках российской правовой системы и юридической науки. По-прежнему камнем преткновения является вопрос, к какой сфере – «международной» или «уголовной» принадлежит международное уголовное право¹. Эта бесплодная дискуссия, очень напоминающая другую – о курице и яйце, осложняет жизнь любому исследователю МУП, который почти не имеет возможности избежать обвинений в том, что он некомпетентно внедряется в «чужую» отрасль со своим уставом (методологией).

К сожалению, стремление сохранить «чистоту» научной специальности, как правило, оказывается сильнее желания решить научную проблему. На практике пеналисты и международники проводят исследования изолированно, часто отношения между кафедрами в отношении данной проблематики характеризуются ревностным соперничеством, эффективное взаимодействие является весьма редким исключением. Между тем проблемы международного уголовного права невозможно исследовать исключительно в рамках «чистой» уголовной или международной отрасли. «Ренессанс» науки МУП последнего времени в числе прочего как раз объясняется успешным, хотя порой и противоречивым, их синтезом. Остается сожалеть, что в нашем отечестве, где еще сильны «китайские стены» между отраслями правовой науки, международное уголовное право остается «яблоком раздора», а не полем диалога и совместной деятельности ученых-юристов.

¹ Как верно отмечает Н.А. Зелинская, сама дилемма является ложной: «определения “международное” и “уголовное” не противоречат друг другу, так как уголовными являются нормы, имеющие как национальное, так и международно-правовое происхождение» (см.: Зелинская Н.А. Указ. соч. С. 36).

Еще более огорчает, что до настоящего времени многие отечественные юристы-международники вообще отказывают международному уголовному праву в существовании.

Проведение диссертационных исследований по международному уголовному праву представляет большие сложности. Их межотраслевой характер на практике является не достоинством, а, напротив, недостатком, который может серьезно осложнить жизнь соискателю ученой степени. Полагаем, что такой подход является откровенно антинаучным. Именно на стыке отраслей и специальностей во всех сферах знаний происходят научные открытия и развиваются новые направления. Вряд ли попытки втиснуть научную мысль в прокрустово ложе «ВАКовской» номенклатуры специальностей способствуют развитию юридической науки. Уверены, что в будущем международное уголовное право должно найти свое место в каталоге научных дисциплин.

Следует сказать, что комплексный, «гибридный» характер данной отрасли, неоднородный характер регулируемых им отношений, нерешенность многих методологических вопросов являются вызовом и для мировой науки МУП. Как отмечает в своей последней крупной работе известный американский ученый Джордж Флетчер, «криминалисты и международники просто обязаны просвещать друг друга. И как можно быстрее»¹.

2. Серьезной проблемой, тесно связанной с неопределенностью статуса МУП, является отсутствие координации научных исследований в данной области. В России на сегодняшний день нет ни одного специализированного научного центра или вузовской кафедры международного уголовного права, которая могла бы взять на себя подобную роль.

В результате структура проводимых исследований серьезно разбалансирована. Целые научные направления развиваются крайне медленно или вообще не разработаны. Так, единичными являются современные российские публикации по вопросам теории международного уголовного права, уголовному коллизийному праву, проблемам Общей части (субъективной стороны, форм уголовной ответственности, обстоятельств, исключающих ответственность), преступлений против человечности.

3. Важным фактором, затрудняющим развитие данного научного направления является отсутствие эффективного взаимодействия российских ученых с зарубежными коллегами, неинтегрированность российской науки в единое мировое научно-образовательное пространство.

Современную ситуацию (по крайней мере, в сфере публичного права) с полным основанием можно охарактеризовать как катастрофическую. Такой изоляции отечественная юридическая наука не знала даже в советские времена. Переводная юридическая литература в России практически не издается. Подавляющее большинство российских научных библиотек не имеют воз-

¹ *Fletcher G.P.* The Grammar of Criminal Law: American, Comparative and International. Oxford University Press, 2007. P. XX.

возможности подписки на зарубежные научные издания и подключение к информационным базам данных. Представительство российских ученых на зарубежных форумах, в основном осуществляемое за свой счет, является крайне редким. Оплачиваемые командировки (особенно зарубежные) сотрудников в российских вузах и научных институтах стали экзотикой. Чрезвычайно сложным и финансово затратным является приглашение зарубежных коллег в Россию.

Все это вместе взятое приводит к тому, что молодежь не видит смысла в зарубежных связях, в старшее поколение предпочитает работать без знания зарубежных достижений. Вместе с тем, международное уголовное право – одна из тех сфер, где национальные границы совершенно условны. Отсутствие естественной информационной «подпитки» из-за рубежа, где находятся все основные научные центры, лишает науку теоретической опоры и ведет к быстрой деградации.

Ее признаками, на наш взгляд, является то, что в отечественной науке нередко горячо обсуждают давно уже решенные проблемы «второй свежести», пользуясь, в свою очередь устаревшим или неадекватным материалом.

4. Большой вклад в отмеченную международную изоляцию российской науки языковой барьер. В настоящее время в науке МУП доминирует английский язык: именно на нем выполнено подавляющее большинство значимых публикаций, выпускаются наиболее авторитетные научные журналы, английский является первым основным рабочим языком всех международных судов и трибуналов. Сохраняет свои, несколько ослабевшие позиции, французский язык. Значительно реже цитируются публикации на испанском, немецком и итальянском языках. Знание же иностранного языка у отечественных исследователей, особенно выходцев из науки уголовного права, увы, часто оставляет желать лучшего.

В результате часты ситуации, когда работы по международному уголовному праву выполняются полностью на отечественном материале, не всегда достоверном и порой устаревшем. Языковой барьер делает недоступной огромную теоретическую базу, накопленную мировой наукой, а также практику международных и иностранных судов, представляющую огромный интерес для изучения.

Серьезной проблемой в таких условиях является качество и адекватность перевода на русский язык международно-правовых документов и судебных решений. К сожалению, наш опыт исследований показывает, что очень часто официальные переводы неадекватно отражают юридическое содержание переводимых документов¹. Складывающаяся ситуация приводит к тому, что ученые и практические работники, являясь заложниками некачест-

¹ См. подробнее: *Богуш Г.И.* Общие принципы уголовного права в Римском статуте Международного уголовного суда // *Международное уголовное правосудие: современные проблемы* / под ред. Г.И. Богуша, Е.Н. Трикоз. М., 2009. С. 93–94.

венного перевода, делают поспешные выводы о «полном соответствии» или «неразрешимых противоречиях» российского законодательства и норм международного права. К сожалению, языковой барьер наряду с «международно-правовым невежеством» многих российских юристов является существенным препятствием для интеграции России в европейское и международное правовое пространство.

5. Чрезвычайно важной проблемой является чрезмерная политизация международно-правового дискурса. Ввиду недостаточности теоретической и эмпирической базы, отечественные исследователи достаточно часто глубоко «уходят в политику». Подобная «переквалификация» юристов (как правило, «критического» направления) в геополитиков, приводит к подмене науки публицистикой, а порой и откровенным политиканством.

Так, своего рода хорошим тоном стало обвинение международных уголовных судов в «предвзятости», «политизированности», «двойных стандартов» и прочих грехах¹. Особенно демонизирован Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, имеющий, кстати, объективно меньший список «грехов», чем его руандийский «брат». В публикациях такого рода довольно сложно найти хотя бы какие-то правовые аргументы, анализ конкретных судебных решений или нормативных актов, все, как правило, оттеняется обличительным пафосом². Очень часто это напоминает знаменитое «не читали, но заявляем»³.

Иногда складывается впечатление, что для публикаций по международному уголовному праву установлены некие особые, значительно заниженные стандарты научных публикаций (например, можно не ссылаться на источники, искажать содержание судебных решений, использовать в качестве достоверного источника сообщения таблоидов, допускать бездоказательные обвинения в преступной деятельности и т.п.). К сожалению, встречается рассчитанное на некомпетентность аудитории очевидное передергивание и искажение фактов.

Разумеется, подобные проявления, возможно и «успешные» для подавления оппонентов, явно не способствуют авторитету отечественной науки. У зарубежных коллег они вызывают, чему мы неоднократно были свидетелями,

¹ См. например: *Иванников И.А.* Перспективы развития российского государства в современном мире // *Юридический мир*. 2007. № 2; *Джатиев В.С., Котьяш Р.Н.* Гаагский трибунал: орган международного правосудия или судилище? // *Юридический мир*. 2006. № 7.

² Существенным исключением является монография Н.Г. Михайлова, несколько лет проработавшего в МТБЮ, написанная на богатейшем эмпирическом материале. В ней дается объективная, хотя и критическая оценка деятельности Трибунала. (*Михайлов Н.Г.* Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии: компетенция, источники права, основные принципы деятельности. М., 2006).

³ Надо сказать, что, в какой-то мере, пропагандистская кампания по дискредитации Трибунала по бывшей Югославии оказалась успешной по причине несомненных недостатков и ошибок в работе Трибунала, что не меняет нашей отрицательной оценки этой кампании как клеветнической и оскорбительной для памяти жертв доказанных преступлений.

совершенно понятный шок. Надо сказать, что институты международной уголовной юстиции критикуются, и порой весьма жестко, и в зарубежной науке. Однако границу, отделяющую научную критику от околополитической публицистики никто из юристов не переходит, да и как представляется, не может перейти ввиду сложившихся профессиональных этических норм.

На наш взгляд, следует согласиться с предложениями А.Э. Жалинского, высказанными в его последних работах, о необходимости «добиться признания научным сообществом необходимости соблюдения стандартов научной деятельности, изгнав демагогию, необоснованные обвинения, сознательные искажения фактов»¹ и признания не соответствующим правилам науки «высказываний, заведомо противоречащих Конституции РФ, не обоснованные фактами утверждений о личной заинтересованности и пр.»².

Таковы, на наш взгляд, основные проблемы, стоящие на пути прогрессивного развития науки МУП в России. Являясь «патриотами» данного научного направления, мы допускаем, что некоторые наши соображения являются чересчур категоричными. Вместе с тем, они продиктованы искренней надеждой на то, что российская наука международного уголовного права сможет преодолеть огорчительное отставание и сыграть значимую роль в дальнейшем прогрессивном развитии этой молодой, но динамично развивающейся отрасли юридической науки.

¹ Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен. Теоретико-инструментальный анализ. М., 2009. С. 110

² Там же. С. 111.

*В.В. Сташис**

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СИСТЕМЫ НАКАЗАНИЙ ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ УКРАИНЫ 2001 ГОДА

Уголовный кодекс Украины 2001 года, 10-летие принятия и вступления в силу которого мы будем отмечать в следующем году, стал определяющей вехой в развитии отечественного законодательства. Он, в целом, отобразил тот уровень развития, которого достигла украинская уголовно-правовая наука к началу XXI ст. В положениях действующего УК Украины учтены также и научные разработки зарубежных криминалистов, а равно положения Конституции Украины, решения Конституционного Суда Украины и Европейского Суда по правам человека, многолетняя практика судебного применения устоявшихся уголовно-правовых норм, отечественные и международные политико-юридические документы и т.п. Все это обусловило то, что целый ряд институтов уголовного законодательства претерпели существенное реформирование. Сказанное в полной мере относится и к такому институту уголовного права, как система наказаний.

В Общей части УК Украины 2001 г. выделен самостоятельный раздел X, который имеет название «Наказание и его виды» и содержит статьи о понятии и целях наказания (ст. 50), системе наказаний (ст. 51), их классификации, исходя из особенностей порядка назначения наказаний, (ст. 52), об отдельных видах наказаний (ст. 50–64). В частности, в ст. 50 УК Украины приводится сформулированное отечественными криминалистами¹ общее понятие наказания как меры государственного принуждения, которая применяется от имени государства по приговору суда к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и состоит в предусмотренных законом ограничениях прав и свобод осужденного. Это определение понятия наказания является общим и им охватывается любой отдельный вид наказания, который включен в систему наказаний.

* © Сташис В.В., 2010

Первый проректор Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого, профессор, академик Национальной академии правовых наук Украины.

¹См., напр.: *Фролова О.Г.* Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів): Навч. посібник. К.: АртЕк, 1997. С. 62; Уголовное наказание / Ю.Л. Заросинский, А.Н. Костенко, В.В. Скибицкий и др.; Институт государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины; Донецкий институт внутренних дел МВД Украины. Киев–Донецк, 1997. С. 28–37 и др.

Предусмотренные действующим уголовным законодательством отдельные виды наказаний образуют определенную их систему, которая закреплена в ст. 51 УК Украины в форме *установленного законом об уголовной ответственности и обязательного для суда исчерпывающего перечня отдельных видов наказаний, расположенных в определенном порядке – в соответствии со степенью их строгости (суровости)*¹.

Устанавливая этот перечень в Общей части УК, законодатель, во-первых, создает тем самым основу для построения санкций в соответствующих статьях Особенной части УК Украины, в которых предусмотрены отдельные виды наказаний и установлены минимальные и максимальные пределы их назначения за совершение определенных преступлений, и, во-вторых, предоставляет возможность обеспечить при назначении судами конкретных наказаний необходимую их индивидуализацию на основе учета степени общественной опасности содеянного, личности виновного и обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание. Таким образом, система наказаний является той *юридической базой*, на которой основывается деятельность суда по применению наказаний.

Система наказаний устанавливается *только* законом об уголовной ответственности (ст. 51 УК Украины). Этот признак системы наказаний подчеркивает, что доминирующий в современной уголовно-правовой доктрине принцип, согласно которому «нет преступления без указания о том в законе» [nullum crimen sine lege], применительно к наказанию дополняется требованием о том, что «нет и наказания без указания о том в законе» [nulla poena sine lege].

Система наказаний по действующему УК Украины является достаточно развернутой, разнообразной и содержит в себе 12 видов наказаний, в частности: штраф (ст. 53 УК); лишение воинского, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса (ст. 54 УК); лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 55 УК); общественные работы (ст. 56 УК); исправительные работы (ст. 57 УК); служебные ограничения для военнослужащих (ст. 58 УК); конфискация имущества (ст. 59 УК); арест (ст. 60 УК); ограничение свободы (ст. 61 УК); содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих (ст. 62 УК); лишение свободы на определенный срок (ст. 63 УК); пожизненное лишение свободы (ст. 64 УК)².

Характеризуя систему наказаний по действующему УК Украины, необходимо, по нашему мнению, обратить внимание на следующие ее свойства.

¹ См., напр.: *Маляренко В.Т.* Про покарання за новим Кримінальним кодексом України. К.: Фонд «Правова ініціатива», 2003. С. 48.

² Некоторые специалисты-юристы даже считают, что в законодательный перечень наказаний (в их систему) входят не 12, а 17 видов наказаний, исходя из того, что лишение воинского, специального звания, ранга чина или квалификационного класса (ст. 54 УК), лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 55 УК), по сути, являются не двумя, а семью разными видами наказаний (См.: *Маляренко В.Т.* Указ. работа. С. 49).

1. Система наказаний является достаточно обширной (разнообразной), поскольку складывается, как уже отмечалось, из 12 видов наказаний. Такое достаточно большое количество видов наказаний в целом является характерным для постсоветских и постсоциалистических стран Восточной Европы. Например, УК Российской Федерации также содержит 12 видов наказаний; в УК Республики Беларусь система наказаний состоит из 13 видов; в УК Республики Болгария – 11 видов наказаний. В то же время во многих Западноевропейских странах общее количество видов наказаний значительно меньше: часто законодатель обходится здесь 4–5 видами наказаний. Впрочем, утверждение, что наш законодатель находится на ошибочном пути, едва ли справедливо. Обширность системы наказаний по действующему УК Украины достигается прежде всего за счет выделения в качестве самостоятельных тех видов наказаний, которые в иностранных кодексах часто объединяются в один вид¹.

Вполне очевидно, что действующий УК Украины, как и многие современные уголовные кодексы, предусматривает такие отдельные виды основных наказаний, которые по характеру, содержащихся в них правоограничений, по сути, могут быть сведены в *три группы* наказаний: общественные работы, штраф и лишение свободы.

Так, к разновидностям лишения свободы можно отнести: арест, ограничение свободы, содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих, лишение свободы на определенный срок и пожизненное лишение свободы. При этом лишь одно наказание – содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих – является специальным, а все другие разновидности лишения свободы – это общие виды наказаний, которые могут быть применены, как правило, к любому лицу, совершившему преступление.

Штраф как самостоятельная группа наказаний представлен обычным штрафом (то есть денежным взысканием, которое исчисляется в установленных законом не облагаемых налогом минимумах доходов граждан и накладывается судом в случаях и размерах, установленных в Особенной части УК) и его специальными разновидностями – исправительными работами и служебными ограничениями для военнослужащих. Исправительные работы в современных условиях, утратив значительную часть иных правоограничений, которые были присущи им в советский период, также представляют собой, в сущности, своеобразное денежное взыскание, которое исчисляется в установленных процентах от месячного заработка осужденного, накладывается судом в случаях, предусмотренных УК Украины, и исполняется в тех временных пределах, которые установлены для него в Особенной части УК. Подобным образом характеризуются и служебные ограничения для военнослужащих, которые, по мнению многих украинских криминалистов, являются специальной разновидностью исправительных работ, применяемых к специаль-

¹ См., напр.: УК Федеративной Республики Германии. СПб.: Изд-во «Юрид. центр Пресс», 2003 (Раздел 3: «Правовые последствия деяния»; УК Штата Техас. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс» (Раздел 3 «Наказание») и др.

ной категории лиц, совершивших преступление, – военнослужащим, кроме военнослужащих срочной службы¹.

Вместе с тем во исполнение Конституции Украины, международно-правовых обязательств Украины, а также Решения Конституционного Суда Украины от 29 декабря 1999 г. по делу о смертной казни², УК Украины окончательно отказался от смертной казни как вида наказания. Украина присоединилась к числу тех государств мира, которые полностью отменили этот вид наказания за любые виды преступлений, совершенные как в мирное, так и в военное время.

Таким образом, в действующем УК Украины, как и в уголовном законодательстве большинства европейских стран, система наказаний включает в себя разные виды штрафа, общественных работ, лишения свободы, а также лишение воинского, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и конфискацию имущества.

2. Система наказаний по УК Украины традиционно является закрытой. Во-первых, закрепленный в ст. 51 УК Украины перечень наказаний является обязательным для суда. Поэтому суд, прерогативой которого являются назначение наказания, «связан» системой наказаний, не может отступить от нее, и не имеет права выйти за пределы законодательного перечня видов наказаний. Этот признак свидетельствует, что система наказаний является средством, которое обеспечивает необходимое единообразие и законность в деятельности суда относительно применения наказания. Во-вторых, приведенный в ст. 51 УК Украины перечень наказаний является исчерпывающим и не может быть произвольно расширен по усмотрению суда. Исчерпывающий характер этого перечня означает, что с точки зрения закона система наказаний является на настоящее время вполне законченной и завершенной. Этот признак подчеркивает социальную обусловленность системы наказаний и свидетельствует о том, что лишь законодатель, исходя из потребностей реальной жизни общества, имеет право сузить или расширить существующий ныне и закрепленный в законе перечень видов наказаний.

Однако такое расширение системы наказаний законодатель может осуществить исключительно путем внесения соответствующих изменений в

¹ См., напр.: Пинаев А.А. Курс лекций по Общей части уголовного права Украины. Х.: Харьков юридический, 2002. С. 352; Тютюгин В.И. Совершенствование Уголовного кодекса Украины об отдельных видах наказаний и их применении // Проблемы правового обеспечения экономической та соціальної політики в Україні: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 24–25 травня 2005 р.) / Відп. за випуск: Ю.М. Грошевий, М.І. Панов. Х.: Нац. юрид. акад. України, 2005. С. 554.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару): Рішення № 11-рп/99 від 29 грудня 1999 р. // Офіц. вісник України. 2000. № 4. Ст. 126.

ст. 51 УК Украины. При установлении же санкций в статьях Особенной части УК законодатель также «связан» системой наказаний и может предусматривать в этих санкциях только те виды наказаний, которые содержатся в системе. В действующей редакции УК Украины это требование соблюдается.

В литературе развернулась дискуссия лишь относительно того, не нарушил ли законодатель требования о закрытости системы наказаний, предусмотрев в 64 санкциях статей Особенной части УК Украины так называемую «специальную конфискацию». Одни криминалисты считают, что «специальной конфискацией» присущи признаки наказания и на этой основе приходят к выводу, что законодатель тем самым включил в санкции такой вид наказания, который не предусмотрен в системе наказаний. Выход из этого положения они усматривают в необходимости дополнения системы наказаний таким новым видом наказания, как «специальная конфискация»¹. По мнению других авторов, «специальная конфискация» не наделена признаками наказания и имеет особый статус². На наш взгляд, именно последняя позиция соответствует положениям уголовного и уголовно-процессуального законодательства о статусе так называемой специальной конфискации³. Поэтому едва ли можно согласиться с утверждением, что предусмотрев ее в санкциях целого ряда статей Особенной части УК Украины законодатель тем самым вышел за пределы системы наказаний.

Вместе с тем, попытки «нарушить» систему наказаний уже имели место. Так, в проекте Закона Украины «О внесении изменений в Уголовный кодекс Украины (относительно преступлений, связанных с нарушением правил обращения с животными и добычи животных)», предлагалось установить в санкции части первой новой статьи 128¹ УК за нарушение правил обращения с домашними животными, повлекшее причинение легких телесных повреждений, наказание в виде общественного порицания⁴. При этом предложение о дополнении системы наказаний таким видом наказания (общественное порицание) в законопроекте не содержалось. Поэтому вполне обосновано этот законопроект был отклонен законодателем.

3. Система наказаний по действующему УК Украины построена по принципу от менее строгого наказания к более строгому. Сравнительная

¹ См., напр.: Гуторова Н. Конфіскація майна як вид кримінального покарання: проблеми захисту прав людини // Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: Матеріали ІХ регіональної науково-практичної конференції. 13–14 лютого 2003 р. Л.: Львівськ. нац. ун-т, 2003. С. 393.

² См., напр.: Пономаренко Ю.А. Виды наказаний по уголовному праву Украины. Х.: ФИНН, 2009. С. 291–292.

³ Более подробно об этом см.: Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін.; За заг. ред. В.В. Сташиса, В. Я. Тація. Вид. четверте, доповн. Х.: «Одіссей», 2008. С. 208.

⁴ Проект закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо злочинів, пов'язаних з порушенням правил поводження з тваринами та добування тварин)», реєстрац. № 2315 від 11 жовтня 2006 р.

строгость (суровость) наказания является именно тем критерием, который положен в основу построения законодательного их перечня. В частности, наименее строгим (наиболее мягким) наказанием по действующей системе наказаний признается штраф, а наиболее строгим – пожизненное лишение свободы. Такой принцип расположения наказаний нашел свое отображение и в последовательности размещения статей об отдельных видах наказаний в Общей части УК (от ст. 53 до ст. 64), и в альтернативных санкциях статей Особенной части УК Украины. Смысл такого построения как норм Общей части, так и санкций статей Особенной части УК заключается в том, что суд, отказываясь от назначения менее строгого наказания, должен привести в приговоре соответствующие мотивы, которые свидетельствовали бы о необходимости и целесообразности назначения в данном конкретном случае именно более строгого вида наказания из числа тех нескольких, которые предусмотрены в альтернативной санкции. Учитывая, что санкции статей Особенной части УК Украины, как правило, предусматривают в альтернативе не два, а три, а то и больше видов наказаний, становится очевидным, что решение о назначении наиболее строгого из них требует поиска довольно весомых и обоснованных для этого аргументов.

Особое значение в этом аспекте имеет предписание, содержащееся в ч. 2 ст. 65 УК Украины, которая в 2008 г. была изложена в новой редакции¹, согласно которой «более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается лишь в случае, если менее строгий вид наказания будет недостаточным для исправления лица и предупреждения совершения им новых преступлений». Пленум Верховного Суда Украины в постановлении от 24 октября 2003 г. № 7 (с изм. и доп. от 10 декабря 2004 г. № 18; 12 июня 2009 г. № 8; 6 ноября 2009 г. № 11) «О практике назначения судами уголовного наказания» указал, что когда санкция закона, по которому лицо признано виновным, наравне с лишением свободы на определенный срок предусматривает более мягкие виды наказания, при постановлении приговора необходимо обсуждать вопрос о назначении наказания, не связанного с лишением свободы. В случае избрания наказания в виде лишения свободы это решение должно быть мотивировано в приговоре². Такое разъяснение уголовного закона полностью совпадает с требованиями ч. 2 ст. 334 УПК Украины.

Однако некоторые украинские криминалисты высказывают сомнение в том, что законодатель правильно определил сравнительную суровость отдельных видов наказаний и высказывают предложения об изменении места тех или иных видов наказания в их системе. В частности, В.П. Козырева считает, что штраф является более строгим наказанием по сравнению с исправи-

¹ См.: «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України щодо гуманізації кримінальної відповідальності»: Закон України від 15 квітня 2008 року № 270-VI // Офіц. вісник України. 2008. № 33. Ст. 1075.

² См.: Вісн. Верхов. Суду України. 2003. № 6. С. 14–20; 2005. № 1. С. 13; 2009. № 7. С. 11–13; № 12. С. 16.

тельными работами¹. А по мнению В.А. Попраса, штраф в действующем УК Украины также не совсем обоснованно помещен на первое место в системе наказаний как наиболее мягкий его вид. В связи с этим автор предлагает переместить штраф с первой позиции на четвертую – после лишения воинского, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса, лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью и общественных работ².

Представляется, что делать такие выводы сейчас пока преждевременно. Дело в том, что разработчики проекта действующего УК Украины, располагая виды наказаний именно в той последовательности, в какой они приведены в ныне действующей ст. 51 УК, при решении этого вопроса опирались на многолетний опыт практического применения предшествующих уголовных законом, глубокий анализ криминологических исследований, результаты многочисленных научных работ многих. Именно на этом основании после многочисленных обсуждений, дискуссий и критики³ расположение отдельных видов наказаний в системе было реализовано в существующем ныне порядке. Поэтому для изменения этого порядка в том или ином направлении необходимо сначала предпринять глубокие теоретические исследования, направленные на выработку единого мерила (стандарта) кары, которая составляет содержание разных видов наказания⁴. Очевидно, что это одна из важнейших задач, которые призвана решить современная наука уголовного права Украины.

4. *Отдельные элементы системы наказаний (виды наказаний) соотносятся не только по степени своей строгости, а и находятся между собой в иных связях и взаимодействиях.* По определенным признакам, как непосредственно закрепленным в законе, так и вытекающим из его содержания, наказания могут быть классифицированы по различным основаниям.

Так, по порядку их назначения (способу применения) закон (ст. 52 УК Украины) подразделяет все виды наказаний на *основные, дополнительные* и такие, которые могут быть назначены *и как основные, и как дополнительные*. *Основными* являются наказания, предусмотренные в ст. 56, 57, 58, 60–64 УК Украины, которые назначаются по приговору суда только как самостоятельные меры воздействия, ни при каких условиях не могут присоединяться в дополнение к иным видам наказания и соединяться друг с другом при осуждении лица за одно преступление. *Дополнительными* являются наказания, предусмотренные в ст. 54 и 59 УК Украины, которые имеют вспомогательный

¹ См.: Козирева В. П. Кримінальні покарання майнового характеру за законодавством України: автореф. дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.08. К.: Київськ. нац. ун-т внутр. справ, 2007. С. 7.

² См.: Попрас В. О. Штраф як вид покарання за кримінальним правом України: Монографія. Х.: Право, 2009. С. 38.

³ С содержанием и результатами этих обсуждений можно ознакомиться, изучив двадцативосьмитомный архив рабочих материалов членов рабочей группы Кабинета Министров Украины по подготовке проекта УК Украины, который хранится в фондах научной библиотеки Национальной юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого.

⁴ См.: Тютюгин В.И. О соотношении видов наказаний по степени их строгости // Проблемы соц. законности: Респ. межведом. науч. сб. / отв. ред. В. Я. Таций. Х.: Основа, 1991. Вып. 26. С. 47–52.

характер, поэтому назначаются по приговору суда лишь путем их присоединения в дополнение к основным наказаниям и самостоятельно (без соединения, сочетания с основным наказанием) применены быть не могут. В ч. 3 ст. 52 УК Украины выделяется также группа наказаний, которые условно могут быть названы «смешанными», поскольку закон (ст. 53 и 55 УК) предоставляет суду право назначить их *или как основные, или как дополнительные*. Закон не устанавливает каких-либо особых (специальных) правил их применения, поэтому порядок их назначения зависит от того, как именно – как основное или дополнительное наказание – они применяются судом за конкретное преступление. Следовательно, сформулированные в законе предписания, определяющие порядок назначения основных и дополнительных наказаний, полностью распространяются и на эту группу наказаний.

Статья 52 УК Украины не только подразделяет все виды наказаний на основные и дополнительные, а и регламентирует особенности их применения. Так, согласно ч. 4 ст. 52 УК Украины *за одно преступление* может быть назначено *только одно основное наказание*, предусмотренное в санкции статьи Особенной части УК, а к основному наказанию может быть присоединено *одно или несколько дополнительных наказаний* в случаях и порядке, предусмотренных УК. Таким образом, из содержания ч. 4 ст. 52 УК Украины вытекает, что порядок назначения (способ применения) основных и дополнительных наказаний имеет свои особенности, поэтому при их назначении закон обязывает суд руководствоваться не только санкцией статьи Особенной части УК, в которой предусмотрены отдельные виды наказаний (п. 1 ч. 1 ст. 65 УК), а и учитывать предписания тех норм Общей части УК, в которых сформулированы основания, порядок, и пределы их применения (п. 2 ч. 1 ст. 65 УК).

По субъекту, к которому применяются наказания, все они могут быть классифицированы как *общие* и *специальные*. *Общие* наказания могут быть назначены, как правило, любому лицу, совершившему преступление (например, штраф, лишение свободы). *Специальными* являются наказания, предусмотренные в ст. 54, 55, 58, 62 УК Украины и назначаемые лишь определенному (более узкому) кругу субъектов. Например, содержание в дисциплинарном батальоне (ст. 62 УК) может быть назначено только военнослужащему срочной службы, совершившему преступление, а лишено воинского, специального звания, ранга чина или квалификационного класса может быть лишь такое лицо, которое на законных основаниях имеет такое звание, ранг, чин или класс.

По возможности определения срока (продолжительности действия правоограничений, составляющих содержание наказания) выделяют наказания *срочные* и *бессрочные*. *Срочными* являются такие, которые указаны в ст. 55–58, 60–63 УК Украины и относительно которых в законе установлены минимальные и максимальные пределы их назначения, а в приговоре суда всегда определяется конкретный срок (мера) их применения к осужденному. Особенность их в том, что выйти за пределы сроков, которые установлены для этих видов наказаний *в нормах Общей части УК*, суд не имеет права ни при каких условиях, за исключением случаев применения ч. 2 ст. 71 УК Украины

относительно максимального срока лишения свободы, окончательно назначенного по совокупности приговоров. *Бессрочными* являются наказания, предусмотренные ст. 53, 54, 59 и 64 УК Украины, пределы действия которых во времени ни законом, ни приговором суда не устанавливаются. Безусловно, и эти виды наказаний имеют определенные пределы их применения (например, размер штрафа в ч. 2 ст. 53 УК Украины установлен в пределах от тридцати до тысячи не облагаемых налогом минимумов доходов граждан), однако их особенность состоит в том, что эти пределы не имеют срочного (временного) выражения в законе. Особое место среди этих наказаний занимает пожизненное лишение свободы, которое хотя и длится во времени, однако ни в законе, ни в приговоре суда определенный срок его применения к осужденному не устанавливается. Применение таких бессрочных наказаний, как штраф и конфискация имущества, напротив, исчерпывается самим фактом исполнения приговора, поэтому эти виды наказания принято называть *одноактными*¹.

Возможны классификации наказаний и по другим признакам, на основании которых могут быть выделены, например, наказания, связанные и не связанные с лишением свободы; применяемые и не применяемые к несовершеннолетним; от отбытия которых возможно или, напротив, недопустимо освобождение с испытанием, условно-досрочное освобождение или замена неотбытой их части более мягким и т.п. При этом следует учитывать, что как приведенные, так и другие возможные классификации наказаний имеют не только теоретическое, но и важное практическое значение, потому что содействуют максимальной индивидуализации наказания, правильному установлению оснований, порядка и пределов их применения их, выявлению тех особенностей назначения отдельных видов наказаний, которые должны учитывать суд при их применении.

5. *Кроме общей системы наказаний, действующий УК Украины устанавливает также и специальную систему наказаний для несовершеннолетних.* На основании принципа гуманности уголовной ответственности лиц, совершивших преступления в возрасте до 18 лет, эта система наказаний имеет определенные отличия по сравнению с общей.

Прежде всего, в системе наказаний для несовершеннолетних, которая предусмотрена в ст. 98 УК Украины, сокращено количество видов наказаний, подлежащих применению к этой категории лиц. Этих наказаний всего 6, в отличие от 12 видов наказаний в общей их системе. Это, в частности: штраф; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; общественные работы; исправительные работы; арест; лишение свободы на определенный срок. Если оценивать эту систему наказаний в целом, то становится очевидным, что законодатель предусмотрел для несовершеннолетних более мягкие виды наказаний и не допускает при-

¹ См., напр.: Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-те вид., переробл. і допов. Х.: Право, 2010. С. 331.

менения к ним таких суровых видов наказаний, как конфискация имущества или пожизненное лишение свободы. При этом штраф для несовершеннолетних является «смешанным» наказанием, поскольку может быть назначен и в качестве основного, и в качестве дополнительного; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью – исключительно дополнительным; остальные наказания – основными.

Кроме того, законодатель также существенно снизил размеры всех (кроме лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью) наказаний, подлежащих применению к несовершеннолетним. В частности, штраф может быть назначен им в сумме, которая не превышает 500 не облагаемых налогом минимумов доходов граждан (тогда как для совершеннолетних – 1000 таких минимумов или, даже больше в случаях, установленных в Особенной части УК); общественные работы – на срок от 30 до 120 часов (тогда как для взрослых – от 60 до 240 часов); лишение свободы – от 6 месяцев и, по общему правилу, до 10 лет (тогда как для совершеннолетних – от 1 года до 15 лет) и т.п. Более того, лишение свободы не может быть назначено несовершеннолетнему, впервые совершившему преступление небольшой тяжести (ч. 2 ст. 102 УК Украины).

В литературе высказываются предложения о возможности расширения системы (перечня) наказаний для несовершеннолетних за счет таких их видов, которые были бы специальными именно для этой категории преступников, и не применялись бы к совершеннолетним. В частности, В.М. Бурдин предлагает установить в качестве таких наказаний возложение обязанности устранить причиненный вред или выполнить в пользу потерпевшего определенные работы в целях компенсации причиненного вреда; обязанность посещать учебную программу; направление в специальное воспитательное заведение закрытого типа¹. На наш взгляд, сама идея установления в уголовном законодательстве специальных наказаний для несовершеннолетних заслуживает внимания. Однако, это должны быть именно такие меры воздействия, которым были бы присущи признаки, характерные общему понятию наказания. Выше уже отмечалось, что требования ч. 1 ст. 50 УК Украины являются общими и распространяются на все виды наказаний. Поэтому едва ли все предложенные В.М. Бурдиным новые виды наказаний для несовершеннолетних отвечают таким признакам. Эти меры воздействия по своей правовой природе напоминают, скорее, не наказание, а принудительные меры воспитательного характера.

Рассмотрение отдельных актуальных вопросов системы наказаний по действующему УК Украины позволяет сделать вывод, что в этом отношении отечественное уголовное законодательство отображает достижения современной науки уголовного права, основывается на Конституции Украины и общепризнанных принципах и нормах международного права, утверждает принципы гуманизма, законности и социальной справедливости.

¹ См.: Бурдин В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні. К: Атіка, 2004. С. 171–173.

*Л.В. Головки**

НОВЫЙ УПК ТУРКМЕНИСТАНА: ПОПЫТКА НОРМАТИВИСТСКОГО АНАЛИЗА

Совсем недавно в рамках постсоветского «уголовно-процессуального пространства» произошло очередное значительное событие: был принят (18 апреля 2009 г.) и вступил в силу (1 июля 2009 г.) новый УПК Туркменистана – одного из наименее известных и наиболее загадочных государств, образовавшихся на просторах бывшего СССР. Не имея ни малейшей возможности изучить соответствующие доктринальные труды, предшествовавшие и сопутствовавшие его принятию, и располагая некоторыми неофициальными сведениями, что таковых немного, если не сказать – нет вовсе, нам ничего не остается, как подвергнуть анализу собственно текст кодекса в его, если угодно, «чистом виде»¹. Таким образом, мы постараемся подвергнуть здесь рассмотрению (в силу абсолютно объективных причин) исключительно нормативную модель нового УПК Туркменистана, ставя себя на место некоего «внешнего наблюдателя», не располагающего никакими сведениями ни о целях и причинах принятия кодекса, ни о доктринальных идеях, на которых он был основан, ни о правовом контексте, в который ему предстоит вписаться. От всего этого «внешний наблюдатель» вынужден абстрагироваться, пытаясь превратить явные недостатки (отсутствие информации) в гипотетические достоинства (редко встречающаяся возможность взгляда на реальную нормативную модель как на абсолютную абстракцию).

Методология анализа

Прежде всего, мы исходим из того, что при проектировании и законодательном оформлении новой уголовно-процессуальной системы любой национальный законодатель *имеет право выбора* предпочтительных для него сравнительно-правовых моделей как на макроуровне (с точки зрения системы в целом), так и на микроуровне (с точки зрения отдельных процессуальных механизмов и институтов). Сам выбор той или иной сравнительно-правовой модели является решением сугубо политическим. В то же время, каков бы ни

* © Головки Л.В., 2010

Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора МГУ им. М.В. Ломоносова

¹ Мы располагаем следующим изданием кодекса на туркменском (нам недоступном) и русском языках: Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана. Аşgabat. 2009.

был сравнительно-правовой выбор национального законодателя, идеологические и технические цели, стоящие перед любой современной уголовно-процессуальной реформой (тем более столь обширной как новая кодификация), *универсальны*: создать эффективную систему уголовной юстиции и максимально обеспечить при этом права личности, определив точный и разумный баланс между «эффективностью» и «правами». Нет сомнений, что туркменистанский законодатель *a priori* руководствовался именно данными целями, что позволяет без особых теоретических сложностей именно их обозначить в качестве критерия оценки нового УПК Туркменистана.

В такой ситуации задача настоящего экспертного анализа видится в следующем. *С одной стороны*, необходимо проанализировать новый УПК Туркменистана с точки зрения нормативного обеспечения им гипотетически искомого достижения задачи обеспечения прав и свобод личности, учитывая к тому же *динамический* характер этой задачи, обусловленный неуклонной эволюцией самих прав и свобод. Данное направление анализа можно условно обозначить в качестве «*оценки аксиологической (или если угодно – идеологической) адекватности*» нового УПК Туркменистана. *С другой стороны*, столь же необходимо понять, на какой сравнительно-правовой модели уголовного процесса остановился туркменистанский законодатель и, не ставя под сомнение по отмеченным выше причинам его выбор как таковой, выяснить, удалось ли составителям нового УПК нормативно сконструировать технологически безупречную систему, способную обеспечить эффективность уголовной юстиции. Иначе говоря, здесь требуется уже ответить на вопрос, присуща ли новому УПК Туркменистана функциональная логика с учетом избранной законодателем модели уголовного процесса? При гипотетически возможном отрицательном ответе на этот вопрос немедленно возникает другой – каковы присутствующие или отсутствующие элементы, ее нарушающие? Данное направление анализа можно условно обозначить в качестве «*оценки функциональной (или если угодно – технологической) адекватности*» нового УПК Туркменистана.

Отметим также, что между аксиологической и функциональной «адекватностью» любой нормативной уголовно-процессуальной системы граница весьма условна и объясняется не столько теоретическими, сколько сугубо методологическими соображениями. Права и свободы человека можно надлежащим образом обеспечить только при условии создания технологически доброкачественного и логически оправданного механизма уголовной юстиции. В противном случае, любые попытки их провозгласить превращаются в набор ничем не подкрепленных «принципов-деклараций». Иными словами, уголовно-процессуальная система, не выстроенная функционально (с точки зрения процессуальной логики), не способна обеспечивать на должном уровне права и свободы человека, о чем ни в коем случае не следует забывать при оценке нового УПК Туркменистана.

*Оценка нового УПК Туркменистана на аксиологическом уровне
(с точки зрения обеспечения прав и свобод человека)*

Сразу обращает на себя внимание, что УПК Туркменистана содержит все основные уголовно-процессуальные принципы, затрагивающие права и свободы личности: осуществление правосудия только судом (ст. 10), презумпцию невиновности (ст. 18 и ч. 2 ст. 10), уважение чести и достоинства личности (ст. 12), состязательность (ст. 22) и т.д. С точки зрения закрепленного в законе перечня фундаментальных ценностей современного уголовно-процессуального права, кодекс не вызывает и не может вызывать никаких нареканий.

В то же время, если отвлечься от номенклатуры провозглашенных в законе прав и свобод и обратиться к институциональному механизму их обеспечения, становится ясно, что «аксиологический прогресс» не является здесь столь уж значительным. Это проявляется, прежде всего, в полном отсутствии судебного контроля в досудебных стадиях уголовного процесса, причем как контроля *a priori* (предварительного), так и контроля *a posteriori* (последующего). В результате, многие современные уголовно-процессуальные принципы, направленные на обеспечение прав и свобод, предстают в новом УПК Туркменистана отнюдь не в том виде, который требуется с точки зрения современных стандартов. Скажем, принципы неприкосновенности личности (ст. 13), неприкосновенности частной жизни (ст. 15) и неприкосновенности жилища (ст. 16) обеспечиваются лишь «в порядке, установленном законом» без малейшего упоминания судебных гарантий, что вполне объяснимо, поскольку «в законе» таких гарантий просто-напросто нет – соответствующие меры пресечения (заключение под стражу) и следственные действия (обыск в жилище, прослушивание телефонных переговоров и т. д.) санкционирует не суд, а прокурор. То же самое касается, например, принципа «свободы обжалования действий и решений» (ст. 29). Эта свобода также ограничена «порядком, установленным законом», в результате чего действия следователя и дознавателя в суд обжалованы быть не могут ни при каких обстоятельствах – судебного контроля *a posteriori*, как мы уже отмечали, новый УПК Туркменистана не знает.

В результате, можно сделать вывод, что УПК Туркменистана хотя и гарантирует фактически все фундаментальные права и свободы, но гарантирует их на уровне международных стандартов «первого поколения». Речь идет о стандартах, довольствовавшихся простым закреплением (перечислением) фундаментальных прав и свобод и оставлявших полностью на усмотрение национального законодателя институциональный механизм их обеспечения (важно было лишь, чтобы он имел законодательный, а не, скажем, подзаконный или ведомственный уровень). Данные стандарты, напомним, стали в свое время существенным шагом вперед на пути приобщения к фундаментальным ценностям в сфере прав человека стран т.н. «социалистического лагеря», в силу чего стать подлинно универсальными и охватить оба противоборствующие

щих политических лагеря они могли, лишь будучи в значительной мере «аморфными». Апофеозом «стандартов первого поколения» является, как известно, основной текст Международного пакта о гражданских и политических правах (без учета современной практики Комитета по правам человека), согласно букве которого неприкосновенность частной жизни или, допустим, неприкосновенность жилища также обеспечиваются в «порядке, установленном законом», и где не упоминается исключительно судебная природа возможного ограничения соответствующих фундаментальных прав¹. Именно «стандартами первого поколения» характеризуется позднесоветское право конца 1970-х – 1980-х гг., официально признававшее, скажем, все ту же неприкосновенность жилища или частной жизни, но нормативно обеспечивавшее данную неприкосновенность методами не независимого судебного контроля, но иерархически выстроенного прокурорского надзора. В такой ситуации ясно, что по уровню обеспечения прав и свобод личности новый УПК Туркменистана в целом соответствует уровню позднего советского права, то есть тому уровню, который имел в СССР место после ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах и принятия Конституции 1977 года.

Специалист, хорошо знакомый с позднесоветским правом со всеми его недостатками, достоинствами и ценностными противоречиями, без труда может распознать их и в новом УПК Туркменистана. С одной стороны, кодекс закрепляет важнейшее право на реабилитацию и возмещение государством вреда, причиненного незаконным уголовным преследованием, но с другой – отрицает много более элементарное и очевидное право на рассмотрение уголовного дела тем судом, к подсудности которого оно относится, поскольку «вышестоящий суд вправе принять к производству уголовное дело, подсудное нижестоящему суду» (ст. 63), что вносит в уголовно-процессуальную систему Туркменистана элементы формально запрещенной чрезвычайной юстиции. С одной стороны, УПК провозглашает принцип независимости судей (ст. 21), но с другой – закрепляет «надзор Верховного суда Туркменистана за деятельностью всех судов» (ст. 70). С одной стороны, состязательность понимается здесь в духе разграничения функций уголовного преследования, защиты и разрешения дела (ст. 22), но с другой – это не мешает поместить рядом принцип всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (ст. 23). Данные положения воспроизводят *mutatis mutandis* либо позднесоветское уголовно-процессуальное законодательство, либо, на худой конец, позднесоветскую уголовно-процессуальную доктрину (состязательность как отражение «теории функций»).

¹ Стандарты «первого поколения» являются таковыми не с хронологической точки зрения, а с точки зрения уровня защиты прав и свобод. В этом смысле, например, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод была, как известно, принята раньше Международного пакта о гражданских и политических правах, но по уровню гарантий она его значительно превышает и относится уже к другому «поколению» соответствующих стандартов.

В то же время было бы несправедливо не обратить внимание на некоторые положения нового УПК Туркменистана, превышающие по уровню гарантий поздний период советской истории и характерные скорее для либеральных реформ, прошедших во многих странах бывшего СССР в первые постсоветские годы. К числу подобных положений, безусловно, относится, например, право на участие адвоката с момента применения мер уголовно-процессуального принуждения на самих ранних этапах производства по делу, а именно с момента допроса в качестве подозреваемого, задержания, заключения под стражу до предъявления обвинения, предъявления обвинения (ст. 81). Ничего подобного в советском праве не было. Допустим, в России соответствующая реформа произошла только в 1992 г.

Более того, в некоторых случаях новый УПК Туркменистана даже опережает на уровне регулирования отдельных процессуальных прав участников процесса большинство УПК других постсоветских стран. Самая, пожалуй, яркая иллюстрация – право адвоката обвиняемого иметь доступ *ко всем материалам дела* и выписывать из них любые сведения не с момента окончания предварительного расследования (как обычно принято в постсоветском уголовном процессе), а с момента предъявления обвинения (ст. 84). Здесь есть, конечно, свои ограничения: данное право является абсолютным только по специальным категориям дел (производство в отношении несовершеннолетних, лиц, страдающих физическими и психическими недостатками, лиц, не владеющих языком судопроизводства, дела о применении принудительных мер медицинского характера). В остальных случаях его осуществление обусловлено согласием следователя, дознавателя или прокурора. Но и в таком виде соответствующие положения УПК Туркменистана представляют собой несомненный и очень существенный шаг вперед в развитии не только постсоветского уголовно-процессуального законодательства, но и постсоветской уголовно-процессуальной теории¹.

¹ Можно было бы ожидать, что право адвоката обвиняемого знакомиться в некоторых случаях со всеми материалами дела не по окончании, а еще в ходе предварительного расследования (после предъявления обвинения) благотворно скажется на институте ознакомления участников процесса с материалами дела по окончании предварительного расследования. Данный институт, будучи хрестоматийным примером советского наследия, является одной из самых архаичных и громоздких процессуальных конструкций постсоветского уголовного процесса. Задуманный в свое время из самых благих побуждений (для обеспечения права на защиту), ныне он настолько технологически устарел, что приводит скорее к ограничению прав участников процесса (раздувание сроков содержания под стражей до суда, затягивание рассмотрения судом дела по существу и т.д.). Именно возможность участников процесса знакомиться с материалами дела *по ходу* предварительного расследования служит инструментом, позволившим современным западным уголовно-процессуальным системам полностью или частично отказаться от этой громоздкой конструкции (см., например, подход французского права). Казалось бы, в том же направлении движется УПК Туркменистана. Однако, как ни парадоксально, институт ознакомления участников процесса с материалами дела по окончании предварительного расследования остался здесь в абсолютно первозданном советско-постсоветском виде (ст. 319). Иными словами, вопреки ожиданиям, положения ст. 84 УПК Туркменистана никак не отразились на положениях ст. 319 кодекса. Это связано, наверное, как с общей «эклектикой» нового УПК, так и с пока еще «зародышевым» состоянием многих модификаций.

Обратим также внимание на умеренное, но существенное движение нового УПК Туркменистана в сторону создания полноценной ювенальной юстиции. Некоторые положения главы кодекса об особенностях производства по делам несовершеннолетних имеют для так называемого «постсоветского пространства» явно новаторский характер. Речь прежде всего идет об ограничении при рассмотрении дел о преступлениях несовершеннолетних принципа гласности судебного разбирательства (ст. 509) и об ограничении ознакомления несовершеннолетнего по окончании предварительного расследования с теми материалами, «которые могут оказать на него отрицательное влияние» (ст. 512). Здесь, казалось бы, законодатель не расширяет, а *ограничивает* определенные *формальные* процессуальные права несовершеннолетних, но с аксиологической точки зрения такое ограничение в конечном итоге направлено на *укрепление их реальных* прав, главным образом, права на «особое отношение» в ходе уголовного судопроизводства. Такова специфика ювенальной юстиции, и отраднo, что туркменистанский законодатель проникся ее духом в значительно большей мере, чем законодатели большинства остальных постсоветских государств.

Таким образом, в основе своей новый УПК Туркменистана отражает *позднесоветский* уровень гарантий прав и свобод личности с отдельными элементами гарантий более высокого уровня – уровня, характерного для *постсоветского* права или даже иногда *опережающего* последний.

Оценка нового УПК Туркменистана на функциональном уровне (с точки зрения процессуальной техники).

Процессуально-технический анализ нового УПК Туркменистана показывает, что он, с одной стороны, сохранил в почти нетронутom виде каркас советской модели уголовного процесса, но с другой стороны – подверг данную модель осторожной модернизации, немного сблизив ее с западными уголовно-процессуальными системами на уровне отдельных механизмов и институтов.

а) сохранение каркаса советской модели уголовного процесса

Не вызывает никаких сомнений, что в основу нового УПК Туркменистана положена именно та модель уголовного процесса, которую можно назвать «советской» и которая выкристаллизовалась на протяжении нескольких десятилетий советской истории, неразрывно связанной с историей Туркменистана¹. В этом смысле новый кодекс никак нельзя назвать «революционным»:

¹ В то же время не следует забывать, что советская нормативная модель уголовного процесса вне всяких оговорок была моделью *sui generis* именно в идеологическом плане, хотя в плане техническом таковой ее можно признать не всегда, поскольку многие якобы «советские» технические положения на самом деле унаследованы из российского имперского дореволюционного права, на которое колоссальное влияние в свою очередь оказали западные правовые порядки, прежде всего, французский и германский. Впрочем, в нашу задачу здесь не входит отделение друг от друга собственно советских уголовно-процессуальных положений и досоветских уголовно-процессуальных положений западного происхождения, реципированных советским правом (в том числе, разумеется, в Туркменистане), хотя при проведении уголовно-процессуальных реформ такого рода разграничение абсолютно необходимо – его забвение приводит к значительным ошибкам в уголовно-процессуальном нормативном проектировании.

строго говоря, абсолютно «новым» он является скорее по формальным признакам (как источник права), нежели по содержанию. Иначе говоря, речь идет не столько о создании подлинно новой уголовно-процессуальной кодификации (рекодификации), сколько о редакционной переработке старого советского УПК Туркменской ССР и избавлении последнего от ряда постсоветских «примесей», заметно отдалявших в нормативном плане туркменистанский уголовный процесс от современного правового пространства.

Советская уголовно-процессуальная модель проявляется как в институтах общей части (общих положениях) нового УПК Туркменистана, так и в институтах, определяющих построение отдельных стадий туркменистанского уголовного процесса.

Что касается *общих положений*, то здесь возникает двойное впечатление. *С одной стороны*, достаточно скрупулезно копируя многие советские положения (в основном те, которые попали в советское право из права западного «транзитом» через российское имперское дореволюционное право), туркменистанский законодатель избежал ряда типичных постсоветских ошибок. В качестве примера приведем удачную в целом главу о гражданском иске в уголовном процессе, наличием которой новый УПК Туркменистана выгодно отличается, например, от УПК РФ. Еще более технический, но показательный пример – норма о процессуальном статусе гражданского ответчика (ст. 193). В этом смысле характерно расхождение между ст. 88 и ст. 193 УПК Туркменистана: первая воспроизводит неточную и ошибочную конструкцию института гражданского ответчика, предложенную новым УПК РФ¹, а вторая совершенно корректна и процессуально логична, хотя копирует соответствующие положения советских уголовно-процессуальных кодексов². Данный пример показывает, с какой осторожностью (в техническом, разумеется, плане) необходимо относиться при нормативном проектировании к выбору между «советскими» и «постсоветскими» процессуальными конструкциями – последние иногда не приближают законодателя к искомому западным образцам, а только отдаляют от них.

С другой стороны, следование советской модели не позволило не только решить ряд важнейших проблем, но даже близко подойти к их решению. В качестве характерного примера приведем замкнутую, крайне бедную и достаточно архаичную номенклатуру мер пресечения (ст. 147), доставшуюся в наследство от советского права и почти не оставляющую даже нормативных шансов на реальную минимизацию в Туркменистане применения заключения

¹ Согласно ст. 54 УПК РФ гражданским ответчиком признается лицо, несущее гражданскую ответственность за вред, причиненный преступлением. Российский законодатель явно смешал материально-правовую конструкцию (кто несет ответственность) и процессуальный статус (кого надо *специально* вводить в процесс, в котором он не участвует).

² «Установив, что за ущерб, причиненный преступными действиями обвиняемого, по закону материально ответственны другие лица...» (ст. 193 УПК Туркменистана).

под стражу в качестве меры пресечения¹. Упомянем также сохранение в доказательственном праве принципа *numerus clausus* отдельных видов доказательств (доказательственных форм), допустимых в ходе доказывания по уголовным делам (ст. 124). Здесь законодатель также не рискнул отказаться от советской доказательственной традиции, хотя в некоторых других случаях именно доказательственное право подверглось в новом УПК ряду позитивных модификаций (см. о них выше). Не удалось туркменистанскому законодателю преодолеть на техническом уровне извечную советскую концептуальную путаницу, связанную с понятиями «реабилитация», «реабилитирующие» и «нереабилитирующие» оснований прекращения уголовных дел и т.д. В результате, «невиновным» по новому УПК Туркменистана считается только лицо, в отношении которого уголовное дело прекращено по так называемым «реабилитирующим» основаниям (ст. 35). Получается, что лица, в отношении которых дело прекращено по основаниям «нереабилитирующим», официально признаются «виновными» в отсутствие вступившего в силу обвинительного приговора суда. Но как это соотносится с презумпцией невиновности, провозглашенной в ст. 18 УПК? Не думаю, что туркменистанский законодатель намеренно дезавуировал данный фундаментальный принцип. Скорее всего речь идет о техническом упущении, вызванном советскими концептуальными деформациями. Но как при таком подходе развивать неизбежные в современных уголовно-процессуальных системах альтернативы уголовному преследованию? Стоит ли удивляться, что новый УПК Туркменистана данный механизм полностью игнорирует, по крайней мере по делам совершеннолетних?²

Если оценка общих положений нового УПК Туркменистана нередко находится на стыке «аксиологического» и «функционального» аспектов, не всегда позволяя отделить собственно технику кодекса от его идеологии, то много более показательным с точки зрения процессуально-технического анализа является построение и регулирование в УПК *конкретных стадий* уголовного судопроизводства.

Своеобразной «лакмусовой бумажкой» служит здесь *досудебное производство*, нередко определяющее, как известно, всю логику уголовного процесса в целом. В этом смысле разделы нового УПК Туркменистана, посвященные досудебным стадиям уголовного процесса – возбуждению уголовного дела и предварительному расследованию, являются, пожалуй, *наиболее*

¹ К советской системе мер пресечения добавляются также типично постсоветские ошибки, еще более усугубляющие ситуацию, например, установление *минимальной планки* залога в размере 50-кратного минимального размера оплаты труда (ст. 153). Ясно, что при таком подходе заключение под стражу еще долго будет оставаться в Туркменистане «царицей» мер пресечения.

² По делам несовершеннолетних одна альтернатива уголовному преследованию, характерная в сравнительно-правовом аспекте для постсоветского права, все-таки предусмотрена. Речь идет о возможности применения к несовершеннолетним принудительных мер воспитательного воздействия (ст. 521).

консервативными. Здесь советская модель сохранена без малейших примесей и фактически без малейшей модернизации. В такой ситуации, как ни парадоксально, досудебное производство по новому УПК Туркменистана отличается даже своеобразной функциональной логикой классических советских уголовно-процессуальных кодексов постсталинского периода, в силу чего его даже нет смысла обсуждать и подвергать технической критике. В противном случае нам придется обсуждать не столько досудебное производство по новому УПК Туркменистана, сколько саму далеко не идеальную «советскую модель», что не является предметом настоящего анализа.

Что касается судебных стадий уголовного процесса, то они также опираются на технический каркас советской уголовно-процессуальной модели, хотя здесь уже видны «модернизационные усилия» собственно туркменистанского законодателя. Оставляя пока последние в стороне (о них далее), обратим внимание на те советские технические детали судебных производств по новому УПК Туркменистана, от которых отказалось большинство остальных постсоветских государств (в некоторых случаях еще на заре 1990-х годов), посчитав их наиболее «одиозными».

Во-первых, новый УПК Туркменистана проявил максимальный консерватизм в вопросе о выборе состава суда при рассмотрении уголовных дел, воспроизведя советскую систему «профессиональный судья + два народных заседателя». Впрочем, реальный выбор был невелик: либо полностью отказаться от народного участия в рассмотрении уголовных дел, что вряд ли правильно, либо создать модель, в той или иной мере приближающуюся к суду присяжных, что туркменистанский законодатель посчитал, наверное, излишне радикальным.

Во-вторых, суд по новому УПК Туркменистана сохранил в советских традициях право возбуждать уголовные дела (ст. 362 и ст. 363), то есть осуществлять не правосудие, а уголовное преследование, чему никаких технических оправданий нет и быть не может.

В-третьих, новый УПК Туркменистана воспроизвел советскую конструкцию так называемых «распорядительных заседаний», действующих в стадии назначения судебного разбирательства (промежуточной судебной стадии) в составе судьи и двух народных заседателей. Можно было бы предположить, что речь идет не более чем о «терминологическом консерватизме» и распорядительные заседания представляют собой аналог известного в постсоветских государствах института предварительного слушания. Предпосылки для такой гипотезы имеются: основания проведения распорядительного заседания в некоторых случаях совпадают с основаниями проведения предварительного слушания, например, по УПК РФ, характерными не столько для советского, сколько для постсоветского уголовного процесса. Однако, в конечном итоге, гипотеза постсоветской природы «распорядительных заседаний» оказывается неверна, и дело здесь отнюдь не в термине, а в двух других причинах. Прежде всего, распорядительные заседания допускают в отличие от

предварительного слушания несостязательный порядок проведения, поскольку участие прокурора здесь не обязательно, но факультативно (ст. 332), а дело слушается по «докладу судьи». Кроме того, суд в распорядительном заседании вправе рассматривать не только вопрос о наличии или отсутствии в соответствующих случаях формальных препятствий для проведения судебного разбирательства, но и существо уголовного дела, что вытекает из его права прекратить уголовное дело в данной стадии за отсутствием события преступления, состава преступления и т.д. (ст. 330). В результате ясно, что речь идет именно о советской, но не постсоветской процессуальной конструкции. Справедливости ради, заметим, что сама советская конструкция своим происхождением уходит в германское право (институт *zwischenverfahren*), и вопрос о ее реформировании не столь уж прост, что показывает, в частности, постсоветский опыт других государств.

В-четвертых, новый УПК Туркменистана сохранил не только сам институт так называемого «дополнительного расследования», но и все хрестоматийные советские основания его применения (возвращения уголовного дела на дополнительное расследование).¹ Впрочем, речь идет об одной из сложнейших советских и постсоветских теоретических проблем в сфере уголовного процесса, которую пока решить не удалось – заметных достижений здесь на постсоветском пространстве нет, в силу чего осторожность туркменистанского законодателя можно понять.

В-пятых, УПК Туркменистана не сделал даже попытки сделать шаг вперед в переносе центра тяжести доказывания по уголовным делам с письменного несостязательного полицейского предварительного расследования на устное гласное судебное разбирательство. Свидетельством тому служит возможность оглашения в ходе судебного разбирательства письменных показаний подсудимого, свидетеля и т. д., данных на предварительном следствии, по тем же самым основаниям, которые существовали в советском праве (ст. 391, 395 и др.), то есть фактически без каких-либо ограничений.

В-шестых, туркменистанский законодатель сохранил в силе один из самых «проблемных» способов пересмотра судебных решений – так называемое «надзорное производство», являющееся типично советской по происхождению процессуальной конструкцией и не имеющее аналогов в западных правовых системах. В то же время истинные намерения законодателя здесь пока еще остаются не совсем ясны. По крайней мере, некоторые (пусть и незначительные) технические модификации данного советского института не позволяют с уверенностью ответить на вопрос, является ли сохранение «надзора» проявлением чрезмерного консерватизма или законодатель готовит почву для его плавного и постепенного перевода в традиционное русло классических способов пересмотра приговоров, характерных для европейской процессуальной традиции, к чему нам еще предстоит вернуться.

¹ См. ст. 342, 361, 366, 420 нового УПК Туркменистана.

б) осторожная вестернизация советской модели уголовного процесса на уровне отдельных институтов и механизмов

При всей верности туркменистанского законодателя советской модели уголовного процесса нельзя не заметить другую тенденцию – осторожную техническую модернизацию некоторых механизмов и институтов в духе западных процессуальных ценностей. При этом нас здесь интересует только такая модернизация, которая не может объясняться очевидным влиянием других постсоветских государств, то есть, иначе говоря, которая не является заимствованием тех подходов, которые ранее уже были смоделированы в российском, казахстанском и др. уголовно-процессуальных системах, став своего рода типичными «постсоветскими подходами». Также обратим сразу внимание, что локальная модернизация или, если угодно, «вестернизация» туркменистанского уголовного процесса проведена на достаточно высоком техническом уровне, в некоторых случаях заметно превышающем уровень «среднестатистических» постсоветских уголовно-процессуальных реформ. Это проявляется, помимо прочего, в хорошем понимании составителями нового УПК Туркменистана советско-постсоветской процессуальной логики и стремлении сконструировать новые (видоизменить старые) механизмы и институты таким образом, чтобы они данной логике соответствовали и не были быстро отторгнуты уголовно-процессуальной системой, что нередко происходило и происходит на постсоветском пространстве. В качестве примеров приведем самые, на наш взгляд, яркие и важные проявления модернизации советской модели уголовного процесса, произведенные туркменистанским законодателем.

Во-первых, нельзя не обратить внимания на некоторые новации в сфере доказательственного права, технически направленные на преодоление советско-постсоветского формализма в доказывании и на постепенный переход к ценностному восприятию доказательственных конструкций. Так, в вопросе о признании доказательств недопустимыми новый УПК Туркменистана отказывается от советско-постсоветского автоматизма, результатом которого стало во многих постсоветских странах обсуждение в ходе процесса не фундаментальных вопросов гарантий прав личности при собирании доказательств, а исключительно бюрократических аспектов «оформления бумаг» в духе инквизиционного процесса (надлежащие или ненадлежащие бланки, наличие или отсутствие подписи и т.д.). В ст. 125 УПК Туркменистана закреплена совершенно иная – ценностная – позиция, характерная в большей мере для западной правовой традиции: доказательства признаются недопустимыми, если соответствующие процессуальные нарушения «путем лишения или стеснения» гарантированных законом прав участников процесса «повлияли или могли повлиять на достоверность фактических данных». Здесь же содержится еще одно технически новаторское для постсоветского уголовного процесса положение: «Фактические данные, полученные с нарушениями... могут быть использованы в качестве доказательств факта соответствующих нарушений и

виновности лиц, допустивших их». С данным положением нельзя не согласиться.

Во-вторых, заслуживает одобрения попытка решить сложнейшую техническую проблему – проблему пределов производства по уголовному делу *in rem* и *in personam*. Нельзя сказать, что предложенное туркменистанским законодателем решение (ст. 217) технически идеально и теоретически безупречно, но сама постановка на нормативном уровне данной проблемы внушает оптимизм – полное забвение ее в других постсоветских странах уже отчасти привело на практике к уголовно-процессуальному хаосу и использованию конструкции «возбуждения дела в отношении конкретного лица (*in personam*)» исключительно для сведения экономических и политических счетов. Весьма удачна, помимо того, произведенная в ст. 212 УПК Туркменистана модернизация известной советской процессуальной конструкции, связанной с обнаружением признаков преступления должностными лицами и органами, уполномоченными возбуждать уголовные дела.

В-третьих, сохранив право суда собирать доказательства *ex officio*, а также исследовать в ходе судебного следствия доказательства, собранные во время предварительного расследования, новый УПК Туркменистана оказался много последовательнее УПК ряда других постсоветских государств и не проигнорировал данное положение при определении структуры судебного следствия. Тем самым ему удалось снять известное постсоветское противоречие между якобы состязательной структурой судебного следствия, состоящего исключительно из представления доказательств обвинением и защитой, с одной стороны, и правом суда самостоятельного собирать доказательства, а также его обязанностью оглашать материалы предварительного расследования, с другой стороны. Если, например, УПК РФ не дает никакого вразумительного ответа на вопрос, в какой момент судебного следствия суд вправе назначить экспертизу (такое право у него есть) или в какой момент судебного следствия он должен огласить письменные материалы уголовного дела, собранные следователем, и отсутствие такого ответа подрывает всю логику судебного разбирательства (она более не является ни континентальной, ни англосаксонской), новый УПК Туркменистана дает четкий ответ на поставленный вопрос. Беря за основу принцип состязательности и соответствующую ему двухэлементную структуру судебного следствия (доказывание со стороны обвинения – доказывание со стороны защиты), законодатель не забывает и о сохраненной им активной роли суда (принцип материальной истины), в результате чего появляется дополнительный этап судебного следствия, которое в результате становится трехэлементным (доказывание со стороны обвинения – доказывание со стороны защиты – исследование доказательств по инициативе суда). Точно по тем же правилам определяется структура допроса, которая позволяет технически грамотно совместить две, казалось бы, несовместимые идеи – право на перекрестный допрос в англосаксонском духе (*cross-examination*) и активную роль суда в континентальном духе (ст. 389).

Здесь мы, конечно, сталкиваемся с уголовно-процессуальной эклектикой, но эклектикой продуманной, технически грамотно выстроенной и обладающей несомненной логикой, не загоняющей суд в процессуальный тупик. Нельзя сказать, что предложенная туркменистанским законодателем схема не оставляет вопросов. Так, не совсем понятно, например, все ли свидетели, допрошенные в ходе предварительного расследования следователем (дознавателем), обязанным, напомним, производить расследование «всесторонне, полно и объективно» (ст. 23), автоматически причисляются к свидетелям обвинения? Если нет, то в какой момент судебного следствия их следует допрашивать, учитывая, что к свидетелям, вызванным по инициативе суда (ст. 389), их также причислить сложно? Как быть с «делимостью» свидетельских показаний, полученных тем же следователем? Их нельзя отнести к «доказательствам обвинения» и «доказательствам защиты» по субъектному, то есть формальному, критерию (в зависимости от того, кто инициирует допрос свидетеля), поскольку они получены следователем, действующим в порядке все той же ст. 23 УПК. Однако, по содержанию (по материальному критерию) они могут в равной мере интересоваться и обвинение, и защиту, поскольку при ответе на один вопрос следователя свидетель может сообщить нечто, интересующее обвинение, а при ответе на другой вопрос следователя – нечто, интересующее защиту? В какой момент судебного следствия следует допрашивать такого свидетеля? Можно ли считать «документами, истребованными по инициативе суда» по смыслу ст. 389, все материалы уголовного дела, собранные в ходе предварительного расследования и подлежащие оглашению в порядке ст. 400 и 401, если ни одна из сторон не ходатайствует об их оглашении? На все эти вопросы новый УПК Туркменистана четкого ответа не дает, что показывает необходимость дальнейшей теоретической работы над предложенной в нем конструкцией судебного следствия, которая сама по себе выглядит достаточно интересной и новаторской для постсоветских государств.

В-четвертых, новый УПК Туркменистана отошел от советских традиций и проявил стремление к умеренной модернизации при регулировании двух других важнейших институтов: института отказа прокурора от обвинения и института сокращенного судебного следствия. В обоих случаях речь идет о некоем сравнительно-правовом и теоретическом компромиссе, демонстрирующем, с одной стороны, понимание туркменистанским законодателем наличия определенных процессуальных проблем, но с другой стороны – его нежелание решать их радикальными методами. Так, определяя процессуальные последствия отказа прокурора от обвинения, УПК Туркменистана не стал жестко следовать принципу материальной истины, обозначив явное движение в сторону принципа состязательности, когда отказ прокурора от обвинения влечет безусловное прекращение уголовного дела (нет обвинителя – нет процесса). Однако смена принципов коснулась только случаев отказа прокурора от обвинения по делам о менее значительных преступлениях, причем по ограниченному кругу оснований (см. ст. 33 и ст. 356). В остальных

ситуациях суд обязан рассмотреть дело по существу, невзирая на отказ прокурора от обвинения. Вряд ли дифференцированный подход к данному институту (в зависимости от категории уголовных дел) может иметь под собой глубокие теоретические или институциональные корни. Скорее всего данный подход следует воспринимать иначе – в русле «пробного шара», позволяющего оценить перспективы последующих реформ. То же самое можно сказать и об институте сокращенного судебного следствия: туркменистанский законодатель не последовал здесь за большинством остальных постсоветских государств и не стал пытаться создать некие аналоги англо-американских «делок с правосудием» или, что одно и то же, «делок о признании» (*plea bargaining* или *plea negotiations*). Его замысел много скромнее: сконструировать «мягкие» формы дифференциации судебного разбирательства в зависимости от признания обвиняемым своей вины (когда разрешается не исследовать в рамках устных и непосредственных судебных процедур все собранные по делу доказательства), причем только по делам о преступлениях небольшой тяжести (ст. 406). Не думаю, что данный институт произведет «революцию» в туркменистанском уголовном процессе, но и неприятных неожиданностей в виде резкого роста психического и физического давления на обвиняемых он также не сулит.

В-пятых, очень существенной и, надо признать, весьма позитивной модификации подвергся в новом УПК Туркменистана институт кассации. Законодатель нашел удачный баланс между советским «ревизионным началом», когда суд при кассационном рассмотрении дела абсолютно не связан доводами жалобы или прокурорского протеста (представления), и противоположным принципом *tantum devolutum quantum appellatum*: ревизионное начало может (факультативно) применяться в интересах защиты (*in favorem*), но категорически исключено в интересах обвинения (*in defavorem*). Впрочем, подобное решение при всей его разумности на так называемом «постсоветском пространстве» уже неоднократно встречалось¹, чего не скажешь о другом положении нового УПК Туркменистана, которое является подлинным «прорывом» для уголовно-процессуальной техники постсоветских государств и которое иначе как превосходным (*sic!*) назвать нельзя: оправдательный приговор не может быть отменен по мотивам существенных нарушений уголовно-процессуального закона, если невиновность оправданного не подвергается сомнению (ст. 461). Наконец, нельзя не обратить внимания на еще один важнейший аспект модернизации «советской кассации», произведенный туркменистанским законодателем, – появление в кассационной инстанции полноценного судебного следствия, включающего возможность допроса свидетелей (ст. 450). Если оставить в стороне типичную для нового УПК Туркмени-

¹ См., например, п. 22 Постановления Пленума Верховного суда РФ № 1 от 5 марта 2004 г (данное решение воспроизведено в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 23 декабря 2008 г.).

стана осторожность, проявляемую и в этом вопросе (судебное следствие в кассационной инстанции сугубо факультативно), то тенденция налицо – «советская кассация» постепенно, но окончательно трансформируется по сути в романо-германскую апелляцию, то есть становится полноценной «второй инстанцией», соответствующей международным стандартам. Напомним, что перед всеми постсоветскими законодателями рано или поздно возникает следующая дилемма, связанная с оптимизацией способов пересмотра судебных решений, доставшихся в «наследство» от советского уголовного процесса: а) полностью сломать советскую систему пересмотра приговоров, включая отказ от соответствующих советских процессуальных терминов (кассация, надзор и т.д.), и создать на ее месте вторую инстанцию в виде апелляции и высшую инстанцию в виде кассации по классическому французскому образцу; б) использовать уже существующий «апелляционный потенциал» советской кассации и довести последнюю с сохранением привычной советской терминологии¹ до уровня подлинной апелляции путем добавления ряда отсутствовавших в советский период «апелляционных признаков», прежде всего, нормального судебного следствия (представления и исследования доказательств). С ценностной точки зрения, оба варианта равноценны, и выбор между ними лежит исключительно в технической плоскости (какой путь проще и эффективнее, учитывая потребности не только законодателя, но и правоприменителей – судей, адвокатов и т.д.). Важно другое – в любой уголовно-процессуальной системе должно быть право участников процесса на «пересмотр их дела по второй инстанции», причем полноценный пересмотр, включающий оценку фактических обстоятельств дела и возможность непосредственного исследования доказательств. Советский уголовный процесс данное право не обеспечивал, поскольку советская кассация полностью исключала проведение повторного судебного следствия. Туркменистанский законодатель это учел, избрав второй из обозначенных вариантов решения проблемы «второй инстанции» – модернизацию «советской кассации» и превращение ее в полноценную «вторую инстанцию» апелляционного типа. При этом нельзя не признать, что модернизация ему удалась: глава о кассации выглядит по техническому исполнению одним из лучших разделов нового УПК Туркменистана². Но превращение «советской кассации» по содержанию в «западную

¹ К слову, со сравнительно-правовой точки зрения унифицированной терминологии здесь нет даже в рамках одной лишь континентальной правовой семьи. Скажем, то, что во Франции называется «кассацией» (*cassation*), в Германии именуется «ревизией» (*revision*); то, что именуется «ревизией» во Франции, соответствует в постсоветских государствах «пересмотру дела по вновь открывшимся обстоятельствам» и т.д.

² При этом идеальной ее, конечно, также назвать нельзя. Так, справедливо создав в кассационной инстанции полноценное судебное следствие, туркменистанский законодатель зачем-то одновременно сохранил советский институт «дополнительных материалов» (ст. 452). Последний имел смысл именно в контексте отсутствия судебного следствия в советской кассации, являясь по сути неким суррогатом доказывания во второй инстанции. Теперь он смысл утратил. Иначе говоря, институты «судебного следствия» и «дополнительных материалов»

апелляцию» требует следующего шага – нормализации советского «надзора» (пересмотра судебных решений в порядке надзора) и превращения его в нечто подобное французской кассации или германской ревизии. Пока туркменский законодатель этот шаг не сделал. Нам, разумеется, сложно судить о его намерениях, но по некоторым косвенным признакам последующая модернизация «надзора» не исключена и даже в каком-то смысле запланирована. Во-первых, помимо советских «протестов в порядке надзора», в новом УПК Туркменистана появились также надзорные представления, заключения и, что самое главное, жалобы со стороны осужденного и его адвоката (ст. 485). Во-вторых, создав судебное следствие для кассации, законодатель не стал этого делать в надзоре, демонстрируя отказ от ошибочного «параллельного развития» кассации и надзора, характерного для некоторых других постсоветских стран, и показывая, что он отчетливо понимает разницу между «второй инстанцией» и деятельностью по исправлению судебных ошибок высшими судебными органами страны¹. Если наше предположение верно, то такой путь (модернизация кассации с подготовкой почвы для последующей модернизации надзора) можно признать технически обоснованным, хотя и достаточно долгим. В противном случае, излишний консерватизм туркменского законодателя в отношении «надзорного производства» заслуживает критики, а удачное решение проблемы модернизации советской кассации выглядит «половинчатой» и явно недостаточной мерой.

В целом, новый УПК Туркменистана является, по нашему мнению, особым явлением в истории постсоветского уголовного процесса. Большинство постсоветских уголовно-процессуальных реформ было направлено в сторону резкого «идеологического процессуального скачка» при некотором забвении или даже пренебрежении его техническим обеспечением. В результате для многих постсоветских УПК был и остается характерен заметный разрыв между прогрессивной процессуальной идеологией и весьма посредственной процессуальной техникой, когда технические достижения реформ существенно уступают их идеологическим достижениям. При всех достоинствах такой подход таит одну серьезную опасность – риск «технической пробуксовки» идеологически оправданных изменений, лишаящей их ожидаемой степени эффективности.

Новый УПК Туркменистана демонстрирует обратный подход, направленный на совершенствование уголовного процесса с точки зрения процессуальной техники, включая его техническое сближение с западными правопо-

находятся в обратно пропорциональной зависимости друг по отношению к другу и не должны существовать одновременно. Однако, в данном случае мы имеем дело не с фундаментальными ошибками, а лишь с отдельными техническими недочетами главы о кассации нового УПК Туркменистана, не меняющими ее общей позитивной оценки.

¹ Следующим шагом в такой ситуации должна стать дифференциация кассации и надзора по основаниям обжалования и пересмотра судебных решений – здесь отмеченный нами «параллелизм» еще в новом УПК Туркменистана сохраняется.

рядками, при почти полном «замораживании» процессуальной идеологии. В результате здесь наблюдается разрыв другого порядка – между достаточно прогрессивной (пусть и осторожно прогрессивной) процессуальной техникой и весьма отсталой процессуальной идеологией, когда идеологические достижения реформы существенно уступают ее техническим достижениям.

В такой ситуации возможны два варианта последующей эволюции туркменистанского уголовного процесса. *Первый* вариант можно условно назвать «*вариантом отставания*». В этом случае уголовному процессу Туркменистана придется пройти достаточно стандартный для постсоветских уголовно-процессуальных систем путь развития, включающий «резкий идеологический скачок», «технические ошибки», «техническую пробуксовку реформ», «исправление ошибок» и т.д., и т.п. Только пройдя данные почти неизбежные на постсоветском пространстве этапы развития, туркменистанский уголовный процесс постепенно достигнет примерно одинакового с большинством остальных постсоветских государств уровня (уголовно-процессуальной идеологии и уголовно-процессуальной техники) и станет развиваться с ними *mutatis mutandis* параллельно.

Второй вариант можно столь же условно назвать «*вариантом другого пути*». В этом случае новый УПК Туркменистана с его «идеологическим замораживанием» и попытками осторожной технической модернизации следует рассматривать как шанс избежать всех отмеченных выше этапов стандартного «постсоветского» развития уголовного процесса, обусловленных маргинализацией процессуальной техники и проведением идеологических реформ без должного институционально-технического обеспечения. При таком подходе не столь уж плохо, что законодатель *volens nolens* вернул уголовный процесс Туркменистана к изначальной «точке отсчета», воссоздав нечто вроде *status quo* (под ним мы имеем в виду советскую ситуацию конца 1980-х гг.). Это позволяет при планировании дальнейших нормативных шагов *учитывать, но не копировать* опыт других постсоветских стран и провести в дальнейшем сколь неизбежную, столь и желательную процессуально-идеологическую модернизацию на совершенно ином процессуально-техническом уровне. Нет никаких оснований исключать гипотетическую возможность, что, пойдя по «другому пути», Туркменистан в конечном итоге окажется далеко не последним из постсоветских государств, где рано или поздно будет создана современная эффективная система уголовной юстиции, надлежащим образом обеспечивающая права и свободы личности.

*В.Ю. Шепитько**

РЕФОРМИРОВАНИЕ ОРГАНОВ ДОСУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ И ТЕНДЕНЦИИ КРИМИНАЛИСТИКИ

Современное состояние развития государственности в Украине характеризуется демократизацией общества, совершенствованием законодательства. Изменения происходят и в уголовно-процессуальном праве, при этом характерным является стремление существенно преобразовать уголовно-процессуальный закон, кардинально реконструировать процессуальную форму, создать новый уголовно-процессуальный кодекс. Кардинальные изменения направлены на внедрение состязательных начал уголовного судопроизводства, построение состязательной модели всего уголовного процесса. Такое реформирование касается и органов досудебного расследования и тех средств, приемов и методов, которые они используют.

Внесение изменений в уголовно-процессуальный закон, трансформация формы влияет на развитие криминалистики, разработку криминалистических рекомендаций. Процессуальные предписания и криминалистические рекомендации взаимообусловлены. Уголовный процесс определяет пределы применения тактических приемов, научно-технических средств, методических рекомендаций, устанавливает порядок проведения следственных и судебных действий и др.¹ Р.С. Белкин подчеркивает, что устанавливая процессуальную процедуру следственных и судебных действий, уголовно-процессуальный закон не может ответить на вопрос, ответ на который целиком зависит от складывающейся ситуации: как, каким способом, с помощью каких средств и методов надлежит в данных условиях провести следственное действие. Этот ответ дает криминалистика, предлагая следователю, дознавателю и суду арсенал средств, приемов, способов производства следственных действий, наполняя, таким образом, процессуальную форму реальным деятельностным содержанием². А.М. Ларин пишет, что криминалистика изучает преступление

* © Шепитько В.Ю., 2010

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого, академик Национальной академии правовых наук Украины.

¹ *Шепитько В.Ю.* Криминалистика: курс лекций. 3-е изд. Х.: Одиссей, 2009. С. 13.

² *Белкин Р.С.* Уголовный процесс. Криминалистика. Судебная экспертиза // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства: материалы вузов. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р.С. Белкина): в 2 ч. Ч. 1. М.: Акад. управления МВД России, 2007. С. 23, 24.

под своим особым углом зрения. Для нее существенны способы совершения преступления, отображения преступления и преступника в следах, материальных предметах и в памяти людей. Криминалистика также по-своему изучает практическую деятельность судей, прокуроров, следователей, сотрудников милиции, экспертов, селекционируя, совершенствуя и рекомендуя наиболее эффективные приемы и средства поиска, выявления, фиксации следов преступления или иного события, ошибочно принятого за преступление; приемы и средства розыска и изобличение преступника¹.

Существенные изменения к уголовно-процессуальному законодательству в независимой Украине были внесены еще в 2001 г. (так называемая «малая судебная реформа») и касались, главным образом, внедрения судебного контроля в стадию досудебного расследования. Президентом Украины 8 апреля 2008 г. была утверждена Концепция реформирования уголовной юстиции Украины. Ю.М. Грошевой, в этом плане отмечает, что прежде чем реформировать, необходимо создать целенаправленную, научно обоснованную методологическую основу развития системы уголовной юстиции в Украине, определить пути совершенствования законодательства в этой сфере, устранить негативные тенденции, которые имеют место вследствие непоследовательности и поспешных, непродуманных решений, ознакомиться с положительным наработками иных стран мира... Значительным событием для всего государства станет принятие Уголовно-процессуального кодекса Украины. В нем должны быть учтены положительный опыт функционирования системы органов уголовной юстиции, общепризнанные международные стандарты защиты прав человека и основоположных свобод, проверенных многолетней практикой процедуры, которые доказали свою эффективность и в состоянии обеспечить баланс публичных и частных интересов, поскольку уголовное судопроизводство осуществляется в интересах всего общества в целом и отдельного человека в частности².

В настоящее время в Украине разработаны и обсуждаются два проекта УПК (группы народных депутатов и Национальной комиссии по укреплению демократии и утверждению верховенства права), которые по разному регламентируют порядок проведения досудебного расследования, определяют сущность, функции и систему этих органов, особенности собирания доказательственной информации. Анализ предлагаемых изменений свидетельствует об отсутствии стратегической концепции реформирования, заимствовании положений из разных процессуально-правовых систем и создание достаточно

¹ Ларин А.М. Криминалистика и паракриминалистика // Ларин А.М. Я – следователь. Тула: Издательский Дом «Автограф», 2008. С. 672.

² Грошевой Ю.М. Оновлення кримінально-процесуального законодавства – складова частина реалізації концепції реформування кримінальної юстиції України // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності: тези доповідей та повідомлень наук.-практ. конф. (Київ, 3 квітня 2009 року). Видання присвячене пам'яті проф. А.Я. Дубинського. К.: Атіка, 2009. С. 107.

спорного «конгломерата норм». Прослеживается негативная тенденция и касательно изменений реальных полномочий и компетенции следователя, предоставление ему несвойственных функций, в частности, производство негласных следственных (розыскных) действий, перемещение следственной деятельности в судебную сферу, лишение его возможностей собирания и формирования доказательственной базы по делу; распределение досудебного расследования на процессы расследования преступлений и уголовных проступков. М.В. Костицкий отмечает, что позитивная и благородная цель реформирования статуса, структуры и функций органов досудебного (предварительного) расследования наталкивается на отсутствие стратегической концепции, в которой бы четко и понятно было бы выяснено, какой будет будущая система досудебного расследования – ближе к континентальной (романской или германской) либо к англо-американской. Заимствования в проектах УПК из западных моделей имеет спорадичный, а не системный характер, и потому высказанные предложения не совсем понятны, закончены и целостны¹.

Взаимопроникновение норм уголовно-процессуального права и средств криминалистики достаточно четко отражается в следственной практике. В.И. Комиссаров указывает, что криминалистика анализирует закон, но не в целях разработки рекомендаций по его совершенствованию (хотя в отдельных случаях такие рекомендации могут обосновываться с позиции криминалистики), а в целях уяснения сущности, направленности закона, чтобы своими средствами, приемами и методами способствовать более эффективной его реализации. Без механизма реализации норм УПК закон бездействует². Т.С. Волчецкая отмечает, что изменение отдельных целеполагающих установок уголовного процесса несомненно затронет и отдельные методологические основы криминалистики, которая обеспечивает техническую, тактическую и методическую функции в процессе осуществления уголовно-процессуальной деятельности и разрешения специфического правового конфликта. Содержание такого конфликта описано нормами материального (в данном случае уголовного) права, а процедура его разрешения предусмотрена нормами уголовно-процессуального права. Тактические же особенности осмысления и оптимального разрешения возникшей конфликтной ситуации составляют прерогативу криминалистики³. В частности, необоснованное (или преждевременное) внесение изменений в уголовно-процессуальное законода-

¹ Костицкий М.В. Про трансформацію попереднього розслідування в парадигмі триваючої судової реформи в Україні // Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності: тези доповідей та повідомлень наук.-практ. конф. (Київ, 3 квітня 2009 року). Видання присвячене пам'яті проф. А.Я. Дубинського. К.: Атіка, 2009. С. 185, 186.

² Комиссаров В.И. Криминалистическая тактика: история, современное состояние и перспективы развития. М.: «Юрлитинформ», 2009. С. 15.

³ Волчецкая Т.С. Развитие криминалистической науки и предмет криминалистики // 50 лет в криминалистике. К 80-летию со дня рождения Р.С. Белкина: материалы международ. науч. конф. Воронеж: Воронеж. гос. ун-т, 2002. – С. 61.

тельство влияет на возможности использования тактического арсенала следователем, ограничивает его свободный выбор или приводит к произволу. Под демократическими лозунгами был введен так называемый институт «судебного контроля», который в определенных случаях существенно ограничил следственную деятельность и повлиял на процессуальную самостоятельность следователя. Отсутствие альтернативы в избрании тактических (и иных криминалистических) средств все чаще приводит к нарушению прав и свобод человека и гражданина. Поэтому некоторые ученые справедливо отмечают, что демократические преобразования в украинском обществе и абсолютизация правозащитных идей, которые наблюдаются в последнее время, заостряют проблему установления «барьеров» от вмешательств в частную жизнь граждан¹.

Стремление перестроить следственную деятельность предполагает получение ответов на такие вопросы: кто является субъектом этой деятельности, какие органы могут ее осуществлять, какие средства возможно задействовать и на каком этапе? По своему характеру следственная деятельность является познавательной. В процессе такой деятельности должны решаться мыслительные задачи, способствующие оперативному получению информации о преступлении. Следователь должен уметь из всего многообразия вещей и следов собрать и зафиксировать именно те, которые касаются уголовного дела. Кроме того, качественно произвести расследование может процессуально и организационно самостоятельный, наделенный властными полномочиями следователь. Провозглашенная процессуальная самостоятельность следователя должна обеспечиваться условиями его практической деятельности и, прежде всего, организационно. Только тогда она будет реальной. Вопрос о реальной самостоятельности следователя приобретает все большее значение в связи с увеличением числа ведомств, в которых существуют следственные аппараты². Именно поэтому уголовно-процессуальное законодательство должно быть оптимальным, направленным на установление такого порядка, который позволит объективно и своевременно собрать информацию, установить виновных лиц, восстановить справедливость. Преобразование уголовно-процессуального порядка не должно быть хаотичным, необходимо учитывать цель следственной деятельности, ее функции и средства осуществления, конечный результат.

В связи с демократизацией уголовного процесса, стремлением внедрить состязательный процесс в стадию досудебного производства предлагается пересмотреть функциональное предназначение следователя и ограничить его

¹ *Грошевий Ю.М., Єськов С.В.* Судовий контроль у сфері оперативно-розшукової діяльності: монографія. Луганськ: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2009. С. 5.

² *Зеленский В.Д.* О некоторых вопросах уголовно-процессуального закона, влияющих на организацию расследования // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации – проблемы практической реализации: материалы Всероссийской науч.-практ. конф. (г. Сочи, 11–12 октября 2002 г.). Краснодар: Изд-во Кубанского ун-та, 2002. С. 108.

только обвинительной функцией, создать формулу «следователь является обвинителем», он выполняет деятельность стороны обвинения. В состязательном процессе важным является размежевание функций участников на: функции обвинения, защиты и разрешения дела по сути. На досудебном следствии такую схему или конструкцию нельзя признать идеальной. Необходимо отметить наличие и такой функции, как функция расследования преступлений. И.Ю. Панькина приходит к выводу, что состязательность в «идеальной» конструкции не может существовать в уголовном процессе, мы считаем, что правомерно вернуться к вопросу об отделении обвинения от следствия. В связи с этим необходимо признание наличия еще одной функции – расследования уголовного дела, поскольку в процессе доказывания стороной обвинения могут быть получены оправдательные доказательства или принято решение о прекращении уголовного дела. А с учетом невозможности реализации функции защиты в полном объеме в доказывании на досудебном производстве, расследование уголовного дела как функция стороны обвинения становится основной¹. В ином случае следователи всегда будут проявлять обвинительный уклон. С другой стороны, сложно представить равенство сторон на досудебной стадии производства по делу. Так, например, каким образом будут осуществляться первоначальные следственные действия – осмотр места происшествия, осмотр трупа, освидетельствование, допрос свидетелей и др. или то, что следователь будет собирать только доказательства обвинения, а защитник доказательства защиты – путем так называемого «параллельного расследования». А.Р. Белкин справедливо ставит вопрос: «могут ли вообще на досудебных этапах движения уголовного дела быть обеспечены равноправие и состязательность сторон?». И дает ответ, что «без радикального изменения существующей модели досудебного следствия равноправие и состязательность сторон на этих этапах уголовного дела – фактически лишь юридические фикции»².

Досудебное расследование должно строиться на принципах всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела (ст. 22 УПК Украины). Справедливость расследования не может быть обеспечена без установления (доказывания) фактов, отражающих объективные обстоятельства события, что является предметом расследования. Поиск истины является антиподом так называемого «обвинительного уклона»³. З.Д. Еникеев пишет, что

¹ *Панькина И.Ю.* К вопросу об уголовно-процессуальных функциях // Южно-уральские криминалистические чтения: сб. матер. междунар. науч.-практ. конф., посвященной 80-летию со дня рождения проф. Л.Л. Каневского / под ред. И.А. Макаренко. Уфа: РИО БашГУ, 2004. С. 134, 135.

² *Белкин А.Р.* УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. Ч. 1. Общие положения и принципы уголовного судопроизводства. 2-е изд., доп. М.: МГУПИ, 2010. С. 39.

³ *Трухачев В.В., Федорин В.Е.* Объективное и полное исследование обстоятельств дела как принцип уголовного судопроизводства // Юридические записки. Вып. 18: Современный этап развития российского государства: на пути к «сильному» или правовому государству? Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. С. 357.

принцип всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств уголовного дела имеет значение для установления истины по делу, для правильного расследования и разрешения его, защиты прав и законных интересов участвующих в деле лиц¹.

Дискуссионной в настоящее время остается проблема определения цели и конечного результата расследования, стремление к установлению истины по делу. Существуют позиции, которые отрицают возможность установления объективной истины в уголовном судопроизводстве или предлагают заменить ее иной категорией – истина формальная (процессуальная, судебная, следственная)².

Такие позиции являются ошибочными с методологической точки зрения. С философских позиций истина определяется как знание, соответствующее своему предмету, совпадающее с ним; адекватное отражение действительности³. Общество объективно заинтересовано в установлении истины по делу – с тем, чтобы права и интересы как общества, так и отдельной личности были адекватно защищены⁴.

Истина в уголовном процессе не может быть вероятностной или ограничиваться видом или субъектом деятельности. В результате расследования и судебного разбирательства должна устанавливаться объективная истина, при ином подходе следственная деятельность становится беспредметной. При этом результаты деятельности следователя, дознавателя, прокурора относительно установления истины имеют предварительный характер⁵. Они должны проверяться судом в состязательном процессе. Вопрос об объективной истине – это и вопрос об уровне правосознания следователей, дознавателей, прокуроров и судей. Их правосознание и практика борьбы с преступностью должны опираться на объективную истину, в противном случае успехов в этом направлении ожидать не приходится⁶. Истина – это путь, процесс движения от незнания к знанию. Зачастую в самом начале расследования следователь не располагает достаточными данными для принятия истинных решений. И только в процессе накопления таких данных можно сделать выводы об

¹ Еникеев З.Д. Пробелы нового УПК Российской Федерации // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы региональной ежегод. науч.-практ. конф. 21–22 марта 2002 г. / под ред. В.К. Гавло. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2003. С. 69.

² См.: Печников Г.А. Проблемы истины на предварительном следствии. Волгоград, 2001. С. 22, 23.

³ Стародубова Г.В. Об определении истины в уголовном судопроизводстве // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. трудов / под ред. О.Я. Баева. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2008. Вып. 9. С. 266.

⁴ Белкин А.Р. УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. Ч. 1. Общие положения и принципы уголовного судопроизводства. С. 16.

⁵ Ищенко Е.П. Об истине в уголовном процессе // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. трудов / под ред. О.Я. Баева. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2008. Вып. 10. С. 191.

⁶ Там же. С. 197.

истинности или ложности, о правильности или неправильности принятых решений¹.

Исключение истины из целей уголовного процесса, безусловно, скажется и на сущности самой науки криминалистики. Речь идет о том, какие закономерности тогда будет изучать криминалистика? И.А. Архипова справедливо указывает, что поскольку криминалистика возникла и развивается как наука, способствующая своими положениями деятельности правоприменительных органов по установлению истины в судопроизводстве, отправлению правосудия и предупреждению преступлений. Соответственно этому криминалистика изучает именно те закономерности действительности, которые проявляются в сфере деятельности дознавателя, следователя, суда, эксперта-криминалиста *по установлению истины* в судопроизводстве².

Тенденцией криминалистики является ее выход за пределы расследования преступлений, формирование криминалистических рекомендаций для иных сфер. Интенсивно развивается «судебная криминалистика», «криминалистическая адвокатология» или «криминалистика профессиональной защиты», «криминалистика обвинения» и др. Криминалистические знания все шире начали использоваться не только в уголовном процессе, но и в гражданском, хозяйственном, административном. В этом плане Н.П. Яблоков и А.Ю. Головин пишут, что дискуссии об объектно-предметной области криминалистики вновь начались, фактически поделив ученых-криминалистов на сторонников уже сложившихся традиций с учетом истинного предназначения криминалистики и приверженцев новых воззрений на ее предмет, предполагающих его изменение, и, как следствие, изменение предназначения, задач и системы криминалистической науки. При этом изменение предмета криминалистической науки рассматривается сторонниками новых воззрений как закономерный и, более того, необходимый этап смены криминалистической парадигмы (в том числе и системной) в целом³. Н.П. Яблоков подчеркивает, что отдельные криминалистические знания и рекомендации уже нашли и находят свое применение в гражданском и арбитражном процессах и в основном по инициативе специалистов в данных видах деятельности и без какой-либо трансформации... Ознакомление с этим якобы новым тактическим инструментарием показывает, что он сводится к использованию уже давно разработанных и широко применяемых в криминалистической практике рекомендаций по тактике установления психологического контакта при допросе

¹ Кузнецов А.Н. «Объективная» и «формальная» истина в уголовном судопроизводстве // Воронежские криминалистические чтения: сб. науч. тр. / под ред. О.Я. Баева. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2005. Вып. 6. С. 122.

² Архипова И.А. Р.С. Белкин о предмете криминалистики // Ученые-криминалисты и их роль в совершенствовании научных основ уголовного судопроизводства: материалы вузов. юбил. науч.-практ. конф. (к 85-летию со дня рождения Р.С. Белкина): в 2 ч. Ч. 1. М.: Акад. управления МВД России, 2007. С. 148.

³ Яблоков Н.П., Головин А.Ю. Криминалистика: природа и система. М.: Юристъ, 2005. С. 29.

свидетелей с использованием процессуальных и психологических средств; тактике назначения экспертиз и использования знаний специалистов; тактике взаимодействия в арбитражном процессе с экспертами и специалистами при подготовке материалов необходимых им для дачи заключений; тактике работы с доказательствами в виде аудиовизуальных, фотографических и компьютерных материалов, а также по использованию компьютерной реконструкции обстановки изучаемых событий и др.¹

Расширение пределов криминалистики является объективным процессом. Вместе с тем, нельзя механически переносить криминалистические рекомендации, приемы и методы, предложенные для расследования (для досудебного следствия) в иные сферы. В частности, сложно согласиться с отдельными авторами, которые рекомендуют те же тактические приемы для использования их в суде, что и на досудебном следствии, предпринимают попытки в перенесении трафарета «криминалистической методики» на «методику рассмотрения отдельных категорий уголовных дел в суде» или замене категории «криминалистической характеристики преступлений» на «криминалистическую характеристику преступлений в судебном разбирательстве»². Данный подход является механистическим и не отражает объективного положения вещей, а предложенные рекомендации имеют надуманный характер.

Таким образом, реформирование органов досудебного следствия должно быть научно обоснованным, системным, взвешенным. Недопустимы непродуманные или хаотичные шаги и сомнительные предложения изменений в уголовно-процессуальную сферу. Нельзя «ломать» устоявшееся, не зная чем заменить и какие последствия это может вызвать. Изменения процедуры влекут за собой изменения и средств криминалистики. Такие реформирования должны отражать объективно сложившуюся ситуацию и реальные возможности внедрения этих изменений в практическую деятельность следователя или иных субъектов.

¹ Яблоков Н.П. Роль криминалистики в правоприменительной деятельности и практике подготовки юристов широкого профиля // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае: материалы ежегод. межрегион. науч.-практ. конф., посвященной памяти засл. юриста РФ, д-ра юрид. наук Е.Н. Тихонова / под ред. В.К. Гавло. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2008. Вып. 7–8. С. 341, 342.

² См.: Козутич І.І. Використання знань та засобів криміналістичної тактики і методики під час розгляду кримінальних справ у суді: монографія. Львів: Тріада плюс, 2009. 448 с.

АГРАРНОЕ И ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО

*В.П. Жушман**

ПРЕДМЕТ АГРАРНОГО ПРАВА

Государственная поддержка сельскохозяйственного товаропроизводителя сегодня – одно из наиболее важных направлений преодоления экономического и социального кризиса, фактор экономического роста. В этих условиях приходится искать новые пути и методы по оживлению сельского хозяйства Украины, а также усиления мер государственно-правового воздействия на упорядочение аграрных отношений и законодательства. В условиях становления и совершенствования правовой системы независимой Украины обострилась полемика относительно деления права на соответствующие отрасли, их взаимоотношение и взаимодействие, исследование публично-правовых и частноправовых интересов, а также решения других правовых проблем.

Нельзя сказать, что эти проблемы возникли только сейчас, они постоянно находились в центре внимания ведущих ученых Украины – В.И. Андрейцева, З.А. Павловича, В.С. Шелестова, В.З. Янчука, а также российских правоведов – Г.С. Быстрова, А.И. Бобылева, М.И. Козыря, Ф.М. Раянова и др.

В 30–70-х гг. прошлого столетия единой комплексной отраслью права, которая обслуживала общественные отношения, возникающие в сельском хозяйстве, было колхозное право. Эта отрасль регулировала отношения между ограниченным (специальным) субъектным составом правоотношений в сельском хозяйстве – колхозами, что было обусловлено наличием самостоятельной колхозно-кооперативной собственности и административными методами руководства в сельскохозяйственном производстве.

В связи с отделением колхозного права от земельного, а также необходимостью приоритетного развития сельского хозяйства, установлением однотипного правового режима относительно конкретных групп однородных общественных отношений, появлением новых субъектов организационно-хозяйственных отношений в сфере управления хозяйственной деятельностью возникла идея о создании на базе колхозной – сельскохозяйственной отрасли права. Необоснованно отождествляя понятия «традиционной» и «комплексной» отраслей права, проф. В.С. Шелестов пришел к выводу о «наличии в правовой системе в качестве самостоятельной отрасли сельскохозяйственно-

* © Жушман В.П., 2010

Кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой аграрного права Национальной юридической академии Украины им. Ярослава Мудрого.

го права»¹. Принципиальный же подход к пониманию содержания «комплексности» применительно к комплексным отраслям права, свидетельствует, во-первых, об их самостоятельной нише в структуре права, а во-вторых, о недопустимости подмены понятий «традиционной» и «комплексной» отраслей права, формируемых, в значительной мере, на базе различных системообразующих факторов². Сама же идея создания на базе колхозного, сельскохозяйственного права получила поддержку со стороны юридической общественности. Таким образом, замена колхозного сельскохозяйственным правом была обусловлена содержанием общественных отношений на селе, их однородной совокупностью, появлением новых субъектов, наряду с колхозами начали функционировать в сельскохозяйственной сфере совхозы, межколхозные организации и другие товаропроизводители, иными коренными преобразованиями в сфере сельскохозяйственного производства.

В 70–80-х гг. в юридической литературе возобновилась полемика относительно отрасли сельскохозяйственного права и его места в правовой системе Украины. Некоторые авторы (ученые) рассматривали сельскохозяйственное право как новую интегрированную самостоятельную отрасль права³, другие признавали ее отраслью законодательства⁴, третьи – анализировали ее с позиций подотрасли хозяйственного права как самостоятельной отрасли права⁵, четвертые оценивали ее с позиций отрасли, которая формируется⁶, пятые отстаивали точку зрения, с которой трудно не согласиться, о том, что сельскохозяйственное право является комплексной отраслью права⁷.

В дальнейшем, учитывая коренные изменения в общественных отношениях на селе, в частности, видоизменений права собственности на землю, появлением на этой основе новых, ранее неизвестных субъектов хозяйствования (фермерских хозяйств, сельскохозяйственных кооперативов, сельскохозяйственных товариществ, арендных и частных предприятий), а также новых объектов (земельных и имущественных паев и т.п.), уже в начале 90-х гг. XX ст. ученые признали существование аграрных правоотношений как более широких, чем колхозные и сельскохозяйственные.

Соответствующие весомые аргументы относительно необходимости применения термина «аграрные» к общественным отношениям, которые сложились в условиях приватизационных процессов на селе, реструктуризации сельскохозяйственных предприятий, а также разработки и применения

¹ Шелестов В.С. Предмет и система аграрного права: консп. лекций. Х.: Укр. юрид. акад., 1994. С. 15.

² Козырь М.И. Аграрное право России: проблемы становления и развития. М.: Право и государство, 2003. С. 24.

³ Лантев В.В. Предмет и система хозяйственного права. М.: Юрид. лит., 1969. С. 15–17.

⁴ Там же. С. 14.

⁵ Козырь М.И. Советское сельскохозяйственное право: тенденции становления и развития // Советское государство и право. 1973. № 6. С. 18, 32.

⁶ Козырь М.И. Аграрное право России: проблемы становления и развития. С. 100–104.

⁷ Там же. С. 24.

масштабных законодательных актов, предусматривающих правовые меры выхода сельского хозяйства из сложившегося кризисного состояния были высказаны в юридической литературе учеными: Н.О. Багай¹, Е.Ю. Быстровым², В.А. Ворониным³, М.И. Козырем⁴, А.А. Погребным⁵, В.И. Семчиком⁶, В.З. Янчуком⁷ и др. Н.И. Титова пришла к выводу о целесообразности применения к сельскохозяйственным производственным отношениям терминов «крестьянские правоотношения» и «крестьянское право»⁸. Однако поддержки и широкого одобрения в кругу ученых высказанная точка зрения не нашла.

Рыночные преобразования на селе существенно изменили критерии формирования аграрных правоотношений. К ним относятся: аграрная политика государства, принципы аграрного права, наличие необходимого нормативного материала – важного юридического критерия существования этого нового комплексного интегрированного правового образования. Этим и другим вопросам формирования аграрного права как комплексной отрасли права была посвящена дискуссия ученых Украины и России в конце 80-х – начале 90-х гг. XX в., ее положительным итогом явился вывод о существовании в правовой системе наряду с основными (традиционными) также и комплексных отраслей права как «такой общности правовых норм», которые реально объективировались и которые, не разрушая основной структуры права, существуют в виде вторичных правовых образований⁹. По итогам этой дискуссии юристы-аграрники пришли к выводу, что формирование комплексной отрасли права обусловлено спецификой сельского хозяйства как весьма сложной отрасли народного хозяйства» наличием в ней органически связанного комплекса аграрных отношений, объектом которого является преимущественно хозяйственная, а также иная деятельность сельскохозяйственных предприятий, организаций и их объединений.

В процессе производственно-хозяйственной деятельности разнообразных (как за формой собственности, так и за организационно-правовой формой) сельскохозяйственных товаропроизводителей возникает комплекс сложных взаимосвязанных имущественных, земельных, хозяйственных, тру-

¹ Багай Н.О. Развитие науки аграрного права Украины: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Львів: Нац. ун-т, 2002. С. 11–30.

² Аграрное право: учебник для вузов / под ред. Г.Е. Быстрова и М.И. Козыря. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2000. С. 3–13.

³ Воронин Б.А. Становление аграрно-правовой науки и актуальные проблемы ее развития: дис. ... д-ра юрид. наук. Уфа, 2003. С. 20–83.

⁴ Аграрное право: учебник для вузов / под ред. Г.Е. Быстрова и М.И. Козыря. С. 3–13.

⁵ Аграрное право Украины: підручник / за ред. О.О. Погрібного. К.: Істина, 2004. С. 3–13.

⁶ Семчик В.И. Имущественные правоотношения в сельском хозяйстве. К.: Наук. думка, 1991. С. 8–20.

⁷ Аграрное право Украины: підручник / за ред. В.З. Янчука. 2-е вид., перероб. та допов. К.: Юрінком Інтер, 2000. С. 11.

⁸ Титова Н.И. Советское сельскохозяйственное право как развивающаяся отрасль // Советское государство и право. 1977. № 12. С. 100–104.

⁹ Козырь М.И. Аграрное право России: проблемы становления и развития. С. 22–30.

довых, организационно-управленческих и иных отношений. Они не составляют органического единства, однако специфика производственно-хозяйственной деятельности в агропромышленном секторе обуславливает необходимость их объединения в одну систему.

В этой системе нормы каждой из отраслей права регулируют свои специфические отношения. Например, имущественные отношения могут быть предметом регулирования гражданского права, земельные – предметом регулирования земельного права и т.п. Поскольку эти отношения складываются в процессе обработки земли, производства, переработки и сбыта сельскохозяйственной продукции, их нельзя относить к какой-либо из традиционных отраслей права. Несмотря на то, что разнообразные виды общественных отношений в сельском хозяйстве не составляют единого отношения, тем не менее они тесно взаимосвязаны между собой, а поэтому могут рассматриваться как целостное образование.

Невозможным является регулирование и сельскохозяйственного труда нормами трудового законодательства в связи с разнообразием видов сельскохозяйственного труда, его сезонным характером, разрывом между периодами трудового процесса и его последствиями в зависимости от природно-климатических условий и др. Кроме этого, в кооперативных предприятиях, распространенных в сельскохозяйственном производстве, трудовые отношения с одной частью работников базируется на условиях их членства, а с другой частью (граждане, которые не являются членами этих предприятий) – на основе договоров (контрактов). Это свидетельствует о том, что аграрные отношения комплексного характера требуют и их комплексного регулирования. Таким образом, следует сделать вывод о том, что аграрное право и законодательство как комплексная отрасль должна регулировать аграрные отношения традиционными и специальными нормами.

В связи с тем, что общественные отношения, которые являются предметом аграрного права, имеют комплексный характер и, как правило, в той или иной мере взаимосвязаны с земельными отношениями, без которых сельскохозяйственное производство фактически невозможно, земельные отношения следует выделить из системы аграрных отношений.

В условиях преобразования земельных отношений на основе частной собственности на землю, что наблюдается в сельском хозяйстве, круг этих отношений значительно расширяется, охватывая не только отношения, которые возникают вследствие предоставления права собственности или пользования землей, но и отношения относительно ее распаивания, рационального и целевого использования, сбережения плодородия земли, а также комплекс мер по охране земель сельскохозяйственного назначения. В связи с перераспределением земли, ее паиванием, легализацией частной собственности на нее распространяются и отношения аграрного предпринимательства. Особый вид земельных отношений, которые регулируются аграрным правом – это отношения в сфере временного и оплатного пользования сельско-

хозяйственной землей, субъектом которых выступают собственники земельных участков (государство, юридические лица, граждане, в том числе владельцы земельных участков), фермерские хозяйства, граждане, которые ведут личное крестьянское хозяйство, арендные предприятия, работники сельскохозяйственных предприятий.

Предметом специального правового регулирования являются также земельные отношения, связанные с предоставлением земельных участков из фонда перераспределения земель в аренду фермерским хозяйствам и сельскохозяйственным предприятиям, созданным при реорганизации коллективных сельскохозяйственных предприятий (КСП) и совхозов.

С земельными тесно связаны и имущественные отношения, в которые вступают различные субъекты аграрных отношений. Радикальные изменения в этих правоотношениях произошли в условиях паевания земли и имущества коллективных сельскохозяйственных предприятий в процессе их реструктуризации.

Организационные и управленческие отношения также являются элементом предмета аграрного права. Эти отношения имеют внутренний кооперативный либо корпоративный характер и регулируются локальными нормами аграрного законодательства. Таким образом, аграрное право как комплексная, специализированная и интегрированная отрасль права призвана регулировать взаимосвязанные между собой земельные, имущественные, хозяйственные, трудовые, организационно-управленческие отношения, которые складываются между субъектами, юридическими и физическими лицами в аграрном секторе и в своей совокупности составляют предмет аграрного права. Осью, основой этих отношений является традиционная отрасль аграрных отношений, которые складываются в самом сельскохозяйственном производстве при обработке земли. Именно они и являются определяющими среди других отношений, в том числе и в сфере переработки и реализации сельскохозяйственной продукции. Нормы аграрного права регламентируют круг и содержание тех прав и обязанностей, которые составляют правовой статус сельскохозяйственных кооперативов, фермерских хозяйств, акционерных и других хозяйственных обществ и товариществ, агрофирм и агрокомбинатов, арендных предприятий, членов этих формирований и т.п. Это дает возможность сделать вывод, что характером производственно-хозяйственной и социально-экономической деятельности, особенностями социально-бытовых условий существования аграрных товаропроизводителей определяется своеобразие предмета аграрного права. Вышеизложенное позволяет сформулировать легальное определение предмета аграрного права.

Предметом аграрного права являются общественные отношения, которые возникают в связи с созданием и деятельностью сельскохозяйственных кооперативов, хозяйственных обществ и товариществ, фермерских хозяйств, частноарендных предприятий, совместных сельскохозяйственных предприятий, ассоциаций, союзов, других сельскохозяйственных предприятий коопе-

ративного и корпоративного типов, государственных (коммунальных) предприятий, которые базируются на коммунальной и государственной собственности, а также многогранные отношения, которые возникают между ними и физическими лицами и между физическими лицами-предпринимателями.

Аграрная реформа и социальные процессы, которые в настоящее время играют важное значение в условиях формирования рыночных отношений в Украине, еще на протяжении длительного времени будут влиять на содержание аграрного законодательства и права. С учетом этого предмет аграрного права находится в центре постоянного внимания ученых. В этом направлении продолжают исследования и поиски новых мер и способов по совершенствованию аграрного законодательства и права, которое в юридической мере является правопреемником колхозного и сельскохозяйственного права. Но в отличие от последнего (комплексной, интегрированной отрасли) аграрное право Украины в современное время находится в состоянии становления как самостоятельная интегрированная отрасль национального права, которой, по мнению В.З. Янчука, А.И. Бобылева и других ученых, присущ свой предмет, собственные субъекты, методы и система. А.И. Бобылев указывает, что возвращением к концепции необходимости подъема сельского хозяйства выдвигается проблема развития аграрного права как самостоятельной отрасли. Аграрное право взаимодействует с другими отраслями права: земельным, финансовым, экологическим, гражданским, конституционным, административным и другими отраслями¹. Однако это не влияет на рассмотрение аграрного права как самостоятельной отрасли права, указывает, что оно является самостоятельной отраслью. Эти утверждения лишней раз подтверждают, необходимость дальнейших разработок и исследований в области аграрного законодательства и права, которые, по мнению преимущественной части юридической общественности, сегодня являются комплексными.

¹ Бобылев А.И. Аграрное право – самостоятельная отрасль права // Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика: сб. науч. ст. / отв. ред. М.И. Козырь, А.И. Бобылев. М.: Право и государство, 2004. С. 19.

*Е.Ю. Чмыхало**

КОЛЛИЗИИ НОРМ ЗЕМЕЛЬНОГО ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В учебной и научной литературе земельное право определяется как совокупность правовых норм, регулирующих различные сферы отношений, возникающих по поводу использования и охраны земель, то есть земельные отношения. В связи с проведением современной земельной реформы структура и содержание земельных отношений, земельного законодательства и соответственно земельного права существенно изменились. Отмена монополии государственной собственности на землю, признание частной собственности и, как следствие, включение земли в гражданский оборот привели к тому, что регулирование земельных отношений осуществляется не только публично-правовыми нормами, но и нормами частноправового характера.

Многофункциональность использования земли как недвижимого имущества, территориального базиса и природного объекта, природного ресурса приводит к тому, что нормы, регулирующие земельные отношения, содержатся как в ГК РФ¹, так и ЗК РФ², ГсК РФ³, Федеральном законе от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁴ и других нормативных правовых актах, регу-

* © Чмыхало Е.Ю., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры земельного и экологического права Саратовской государственной академии права.

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301; 1996. № 5. Ст. 410; № 9. Ст. 773; № 34. Ст. 4026; 1997. № 43. Ст. 4903; 1999. № 28. Ст. 3471; № 51. Ст. 6288; 2009. № 1. Ст. 14, 16, 19, 20, 23; № 7. Ст. 775; № 15. Ст. 1778.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147; 2003. № 27 (ч. 1). Ст. 2700; 2004. № 27. Ст. 2711; № 41. Ст. 3993; 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 15, 17; № 10. Ст. 763; 2008. № 20. Ст. 2253; 2008. № 20. Ст. 2251; № 29 (ч. 1). Ст. 3418; № 30 (ч. 1). Ст. 3597; № 30 (ч. II). Ст. 3616; № 52 (ч. 1). Ст. 6236; 2009. № 1. Ст. 19; № 11. Ст. 1261.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 16; № 30 (ч. 2). Ст. 3128; 2006. № 1. Ст. 10, 21; № 31 (ч. 1). Ст. 3442; № 50. Ст. 5279; № 52 (ч. 1). Ст. 5498; 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 21; № 21. Ст. 2455; № 31. Ст. 4012; № 45. Ст. 5417; № 46. Ст. 5553; № 50. Ст. 6237; 2008. № 20. Ст. 2251; № 29 (ч. I). Ст. 3418; № 30 (ч. I). Ст. 3604; № 30 (ч. II). Ст. 3616; № 52 (ч. I). Ст. 623; 2009. № 1. Ст. 17.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822; 2004. № 25. Ст. 2484; № 33. Ст. 3368; 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 9, 17, 25, 37; № 17. Ст. 1480; № 27. Ст. 2708; № 30 (ч. 1). Ст. 3104, 3108; № 42. Ст. 4216; 2006. № 1. Ст. 10, 17; № 6. Ст. 636; № 8. Ст. 852; № 23. Ст. 238; № 31 (ч. 1). Ст. 3427, 3452; № 43. Ст. 4412; № 49 (ч. 1). Ст. 5088; № 50. Ст. 5279; 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 21; № 10. Ст. 1151; № 18. Ст. 2117; № 21. Ст. 2455; № 30. Ст. 3801; № 45. Ст. 5430; № 46. Ст. 5553, 5556; 2008. № 24. Ст. 2790; № 30 (ч. 2). Ст. 3616; № 48. Ст. 5517; № 49.

лирующих различные сферы общественных отношений. Подобное правовое регулирование земельных отношений является одной из причин существования коллизий норм права.

Наиболее значимой эта проблема стала после введения в действие ЗК РФ, принятого в 2001 г. в связи с тем, что многие нормы, содержащиеся в главе 17 и других статьях ГК РФ, не соответствовали нормам ЗК РФ. Примером могло быть соотношение норм п. 2 ст. 552, 553 ГК РФ и п. 4 ст. 35 ЗК РФ. В ранее действовавшей редакции п. 2 ст. 552 ГК РФ содержалась норма, устанавливающая, что если продавец является собственником земельного участка, на котором находится продаваемая недвижимость, покупателю передается право собственности либо предоставляется право аренды или предусмотренное договором продажи недвижимости иное право на соответствующую часть земельного участка. А в ст. 553 ГК РФ предусматривалась норма, разрешавшая продавать земельный участок без передачи в собственность покупателя зданий, сооружений или другой недвижимости, находившейся на этом земельном участке. В отличие от вышеизложенного в п. 4 ст. 35 ЗК РФ предлагаются иные нормы: отчуждение здания, строения, сооружения, находящихся на земельном участке и принадлежащих одному лицу, проводится вместе с земельным участком, за исключением случаев, установленных Кодексом. Не допускается отчуждение земельного участка без находящихся на нем здания, строения, сооружения в случае, если они принадлежат одному лицу. Иное правовое регулирование данных отношений нормами ЗК РФ обосновано необходимостью реализации принципа единства судьбы земельного участка и прочно связанных с ним объектов, закрепленного в ст. 1 ЗК РФ. В соответствии с данным принципом все прочно связанные с земельными участками объекты следуют судьбе земельных участков, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Описанные выше юридические коллизии устранены посредством внесения изменений в ГК РФ, приведение его в соответствие с ЗК РФ. Федеральным законом от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации»¹ ст. 553 ГК РФ была признана не действующей, а п. 2 ст. 552 ГК РФ изложен в иной редакции. Указанным Законом устранены и иные коллизии норм ГК РФ и ЗК РФ. Однако отдельные коллизионные нормы, регулирующие земельные отношения, сохраняются.

В целях проведения дальнейшего исследования необходимо определить, что понимается под юридическими коллизиями. В научной литературе юридические коллизии определяются как возникшие в процессе правоприменительной деятельности противоречия между нормативными предписаниями, регулирующими одно или несколько родственных отношений. Они вносят в

Ст. 5744; № 52 (ч. 1). Ст. 6229, 6236; 2009. № 19. Ст. 2280; № 48. Ст. 5711; № 48. Ст. 5733; № 52 (ч. 1). Ст. 6441; 2010. № 15. Ст. 1736.

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 27. Ст. 3213.

правовую систему несогласованность, дефектность, создают неудобства в правоприменительной практике, затрудняют пользование законодательством¹.

Учитывая вышеизложенное, нельзя считать коллизионными следующие нормы. Согласно п. 2 ст. 615 ГК РФ арендатор вправе с согласия арендодателя сдавать арендованное имущество в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставлять арендованное имущество в безвозмездное пользование, а также отдавать арендные права в залог и вносить их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив. В ЗК РФ предлагается несколько иное регулирование арендных отношений. В п. 5 ст. 22 ЗК РФ содержится норма устанавливающая, что арендатор вправе передать свои права и обязанности по договору аренды земельного участка третьему лицу, в том числе отдать в залог и внести их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственного товарищества или общества либо паевого взноса в производственный кооператив в пределах срока договора аренды без согласия собственника земельного участка при условии его уведомления, если договором аренды земельного участка не предусмотрено иное. При аренде земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на срок более чем пять лет арендатор земельного участка имеет право, если иное не установлено федеральными законами, в пределах срока договора аренды земельного участка передавать свои права и обязанности по этому договору третьему лицу, в том числе права и обязанности, указанные в п. 5 и 6 ст. 22 ЗК РФ, без согласия собственника земельного участка при условии его уведомления (п. 9 ст. 22 ЗК РФ). Таким образом, в отличие от норм ГК РФ, в соответствии с нормами ЗК РФ при распоряжении правами и обязанностями по договору аренды земельного участка не является обязательным согласие арендодателя на это. Изложенные нормы нельзя считать коллизионными, так как в п. 2 ст. 615 ГК РФ сделана оговорка, ГК РФ, другим законом или иными правовыми актами может быть установлено и иное.

В п. 15 Постановления ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства»² разъясняется, что при применении п. 5, 6, 9 ст. 22 ЗК РФ необходимо руководствоваться следующим. Поскольку п. 2 ст. 607 и п. 2 ст. 615 ГК РФ допускают возможность установления законом или иными правовыми актами особенностей сдачи в аренду земельных участков и такие особенности предусмотрены ЗК РФ, то в случае, указанном в п. 9 ст. 22 ЗК РФ, для передачи арендатором своих прав и обязанностей по договору аренды земельного участка достаточно уведомления об этом арендодателя, а в иных случаях (при применении п. 5 и 6 ст. 22 ЗК РФ) достаточно уведомления собственника земельного участка, если иное не предусмотрено договором. При этом необходимо учитывать требова-

¹ См.: Большой юридический словарь / под ред. А.В. Малько. М.: Проспект, 2009. С. 68.

² Вестник ВАС РФ. 2005. № 5.

ния, установленные п. 1.1 ст. 62 Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹, согласно которому передача арендных прав на земельный участок в залог в пределах срока договора аренды земельного участка осуществляется только с согласия собственника земельного участка. В п. 18 Постановления уточняется, что рассматривая споры, вытекающие из договора аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на срок более чем пять лет, следует исходить из того, что соответствующие права и обязанности по этому договору могут быть переданы арендатором третьему лицу без согласия собственника земельного участка при условии его уведомления. Однако арендодатель и арендатор не вправе предусматривать в договоре аренды условия, по которым арендатор может передавать свои права и обязанности по договору третьему лицу только после получения на это согласия от арендодателя.

В описанном выше случае нормы ГК РФ и ЗК РФ не являются коллизионными, но, как отмечается в Постановлении ВАС РФ, при применении п. 5 ст. 22 ЗК РФ должны учитываться требования п. 1.1 ст. 62 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», согласно которому необходимо согласие собственника земельного участка при передаче в залог арендных прав. Пленум ВАС РФ считает, что в этом случае должны применяться нормы специального Федерального закона.

Проводя сравнительный анализ норм ГК РФ и ЗК РФ, в качестве коллизионных можно указать и следующие. Согласно п. 5 ст. 447 ГК РФ аукцион и конкурс, в которых участвовал только один участник, признаются несостоявшимися, что предполагает проведение повторных торгов. В п. 26 ст. 38.1 ЗК РФ устанавливается, что аукцион признается не состоявшимся в случае, если в нем участвовали менее двух участников. Однако в этом случае единственный участник аукциона не позднее чем через десять дней после дня проведения аукциона вправе заключить договор купли-продажи или договор аренды выставленного на аукцион земельного участка, а орган государственной власти или орган местного самоуправления, по решению которых проводился аукцион, обязан заключить договор с единственным участником аукциона по начальной цене аукциона. Такое правило предусматривается только при приобретении земельного участка на торгах для жилищного строительства. Порядок организации и проведения торгов по продаже земельных участков, используемых для иных целей, устанавливается Правилами организации и проведении торгов по продаже находящихся в государственной или муниципальной собственности земельных участков или права на заключение договоров аренды таких земельных участков, утвержденными Постановлением Правительства РФ от 11 ноября 2002 г. № 808². В п. 30 Правил предусматри-

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 29. Ст. 3400; 2001. № 46. Ст. 4308; 2002. № 7. Ст. 629; 2004. № 6. Ст. 406; № 27 (ч. 1). Ст. 2711; 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 42; 2006. № 50. Ст. 5279; № 52 (ч. 1). Ст. 5498; 2007. № 27. Ст. 3213; № 50. Ст. 6237; 2008. № 20. Ст. 2251; № 52 (ч. 1). Ст. 6219; 2009. № 1. Ст. 14.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 46. Ст. 4587; 2009. № 3. Ст. 379.30.

ваются, что торги признаются несостоявшимися в случае, если в них участвовало менее 2 участников. Организатор торгов в случае признания торгов несостоявшимися вправе объявить о повторном проведении торгов (п. 32 Правил), что соответствует п. 5 ст. 447 ГК РФ.

В целях разрешения столкновений правовых предписаний еще римские юристы выработали три правила: иерархическое («вышестоящий закон отменяет действие нижестоящего»), темпоральное («последующий закон отменяет действие предыдущего») и содержательное («специальный закон отменяет действие общего»). Однако при разрешении юридических коллизий достаточно сложно определить, какими нормами необходимо пользоваться в тех случаях, когда они закреплены в нормативных правовых актах разных отраслей законодательства. В научной литературе в связи с этим используется словосочетание «межотраслевые коллизии», под которыми имеются в виду коллизии норм одной отраслевой природы, закрепленные в актах разных отраслей законодательства¹. В теории права в этом случае предлагают применять правило отраслевого приоритета, т.е. руководствоваться актом, специально предназначенным для регулирования соответствующих отношений. Научное обоснование необходимости применения данного правила предлагается в научных работах Ю.А. Тихомирова, А.В. Демина².

Данная позиция отражена в актах Конституционного Суда РФ. В Постановлении Конституционного суда от 29 июня 2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» указывается, что «в отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило «*lex posteriori derogat lex priori*» («последующий закон отменяет действие предыдущего»), означающее следующее. Даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений»³.

В научной литературе отмечается, что при разрешении межотраслевых коллизий недостаточно учитывать только время принятия нормы, ее общий либо специальный характер. Необходимо принимать во внимание место противоречащих норм в отраслевой структуре системы законодательства. Про-

¹ См.: Занина М.А. Проблемы разрешения коллизий норм права равной юридической силы в современном российском праве // Законодательство и экономика. 2010. № 4 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Тихомиров Ю.А. Коллизионное право. М.: Юринформцентр, 2000; Демина А.В. О конкуренции норм в гражданском и финансовом законодательстве // Право и экономика. 1998. № 9; Налоговая ответственность: проблема отраслевой идентификации // Хозяйство и право (приложение). 2000. № 6.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации 2004. № 27. Ст. 2804

иллюстрировать это предлагается на примере коллизий частноправовых норм Гражданского и Земельного кодексов РФ. Чаще всего выбор между правилами равнозначных кодифицированных актов строится исключительно на основании того, какой из них принят позднее, или какая из норм имеет специальный характер. Однако, во-первых, известно, что коллизирующие предписания кодексов регулируют одно и то же общественное отношение. Во-вторых, указанное противоречие норм имеет место в условиях разделения предметов регулирования отраслей законодательства, в данном случае гражданского и земельного, закрепленного соответственно в ст. 2 ГК РФ и ст. 3 ЗК РФ. Разграничением сфер регулирования нормативных правовых актов очерчиваются границы издания нормативных документов – они должны находиться строго в пределах своего предмета ведения и не вторгаться каким-либо образом в предмет регулирования других¹.

Таким образом, одна из причин, порождающих коллизии права, заключается в том, что один и тот же вид общественных отношений регулируется нормами различных отраслей права. А следовательно, для того чтобы устранить причины возникновения коллизий норм, необходимо оптимальное соотношение различных отраслей права, регулирующих один и тот же вид общественных отношений. В связи с этим ведутся активные дискуссии о соотношении названных отраслей права.

Обсуждение проблем соотношения гражданского и земельного права особенно значимо в настоящее время в связи с тем, что решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. одобрена Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации², в которой предлагаются существенные структурные и содержательные изменения гражданского законодательства, что непременно повлечет значительные изменения и земельного законодательства. В связи с этим учеными-юристами в очередной раз активно обсуждаются проблемы соотношения гражданского и земельного права, разграничение сферы действия гражданского и земельного законодательства.

В дискуссиях о разграничении сферы действия гражданского и земельного права и законодательства обращается внимание на то, что «невозможно отношения по поводу одного и того же земельного участка разорвать на две части, в которых земельный участок выступает как бы в разных ипостасях и влечет за собой две группы правоотношений: земельные и имущественные. Между указанными двумя группами или видами отношений проходит условная линия разграничения регулирующих их земельного и гражданского законодательства»³. Необходимо согласиться и с тем, что из ГК РФ невозможно

¹ См.: *Занина М.А.* Указ. раб.

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М.: Статут, 2009.

³ См.: *Анисимов А.П., Рыженков А.Я., Чаркин С.А., Черноморец А.Е.* К вопросу общей теории права и в его защиту // *Право и политика.* 2010. № 3. С. 380.

изъять нормы о вещных правах на земельные участки, поскольку именно эти объекты составляют основу института вещных прав и фактически исчерпывают его содержание, кроме того, будет нарушена целостность правового регулирования гражданских отношений¹.

В основе научных дискуссий по этой проблеме лежит характеристика объекта, по поводу которого возникают соответствующие отношения, – земельные участки. Как отмечалось выше, земельные участки ГК РФ признаны недвижимым имуществом. В ст. 1 ЗК РФ земельные участки определены не только как недвижимое имущество, но и как природный объект, и природный ресурс. В связи с этим устанавливается, что регулирование отношений по использованию и охране земли осуществляется исходя из представлений о земле как о природном объекте, охраняемом в качестве важнейшей составной части природы, природном ресурсе, используемом в качестве средства производства в сельском хозяйстве и лесном хозяйстве и основы осуществления хозяйственной и иной деятельности на территории РФ, и одновременно как о недвижимом имуществе, об объекте права собственности и иных прав на землю. Именно многофункциональность значения земли позволяет говорить об особом предмете правового регулирования. В научных статьях по поводу обсуждения Концепции обращается внимание на то, что многофункциональное значение земли дает основание утверждать, что вещно-правовая характеристика земельного участка лишь одна из нескольких правообразующих, не являющаяся для него первичной и субстанционной. Учитывая, что земля – это природный объект и природный ресурс, отмечается, что правоотношения по поводу использования и охраны природных объектов имеют ряд особенностей, главная из которых состоит в незаменимости и жизнеобеспечивающей значимости природных объектов, что выделяет их из ряда вещных объектов².

Поддерживая вышеизложенную позицию относительно того, что вещно-правовая характеристика земельного участка не может быть «доминирующей», невозможно отказаться от того, что все же земля – это недвижимое имущество, а поэтому следует согласиться с тем, что именно в ГК РФ должны быть определены виды прав, на которых могут использоваться земельные участки субъектами правоотношений, основания их возникновения и прекращения, а особенности содержания прав, основания и порядок возникновения и прекращения должны быть установлены в ЗК РФ³. Такое правовое регулирование земельно-имущественных отношений осуществляется действующими ГК РФ и ЗК РФ. С.А. Боголюбов отмечает, что в настоящее время является оптимальным сочетание гражданско-правовых основ регулирования

¹ См.: Васильева М.И. Отраслевая дифференциация правового регулирования земельных отношений в контексте развития гражданского законодательства // *Хозяйство и право*. 2010. № 4. С. 33–34.

² См.: Васильева М.И. Указ. раб. С. 34.

³ См.: Концепция развития гражданского законодательства.

оборота земельных участков со специфическими земельно-правовыми положениями и ограничениями, которыми регулируется использование земель¹.

Рассуждая об особенностях земли как объекта правового регулирования, отдельные из ученых, занимающихся проблемами земельного права и законодательства, считают, что невозможно различить земельные отношения как предмет регулирования земельным законодательством, и имущественные отношения, как предмет регулирования гражданским законодательством. Признание частной собственности на землю и включение земельных участков в гражданский оборот, отношения с ними являются по своей социально-экономической сущности и правовой природе имущественными. Но они в первую очередь и главным образом земельные, потому что складываются по поводу использованию и охраны конкретного земельного участка. И те правомочия владения, пользования и распоряжения, которые цивилисты присваивают только науке гражданского права, растворяются в использовании и охране земельного участка. Они служат правовой основой, создают юридический титул использования и охраны земельного участка, без них он не может использоваться². Конечно же, при осуществлении полномочий владения, пользования и распоряжения обязательно должны соблюдаться требования рационального использования и охраны земель. Обязательность соблюдения этих требований не позволяет утверждать, что полномочия владения, пользования и распоряжения земельными участками растворяется в них. Безусловно, необходимо отметить их взаимосвязь и сложность разделения. Норма, разрешающая эту проблему, предлагается в п. 3 ст. 3 ЗК РФ, в соответствии с которой имущественные отношения по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также по совершению сделок с ними регулируются гражданским законодательством, если иное не предусмотрено земельным, лесным, водным законодательством, законодательством о недрах, об охране окружающей среды, специальными федеральными законами.

Таким образом, в ходе дискуссий относительно дальнейшего развития гражданского и земельного законодательства высказываются различные суждения о разграничения сферы действия этих отраслей законодательства. Для этого используются различные критерии, и в первую очередь предлагается учитывать многофункциональность земли, являющейся объектом отношений, регулируемых данными отраслями законодательства. Особенности правового режима использования земель как природного объекта и природного ресурса, установлены земельным законодательством, имеющим целью обеспечить публичные интересы, экологическую безопасность, сохранение природных ландшафтов, в связи с чем ограничивается оборотоспособность земельных участков и права на них.

¹ См.: *Боголюбов С.А.* Земельное законодательство и Концепция развития гражданского законодательства // Журнал Российского права 2010. № 1. С. 43.

² См.: *Анисимов А.П., Рыженков А.Я., Чаркин С.А., Черноморец А.Е.* Указ. раб. С. 380–381.

Изложенное позволяет утверждать, что регулирование земельных отношений в силу многофункционального значения земли должно осуществляться как нормами земельного, так и гражданского права. В целях эффективного правового регулирования земельных отношений, обеспечения рационального использования земель, сохранения плодородных свойств почвы необходимо добиваться оптимального соотношения данных отраслей права, что позволит устранить причины возникновения коллизионных норм.

Наличие коллизионных норм – это одна из проблем, осложняющих применение земельного законодательства. Не менее значимой является и иная проблема – недостаточная урегулированность отдельных отношений. Анализ судебно-арбитражной практики применения земельного законодательства позволил выявить некоторые сложности, например, при применении ст. 36 ЗК РФ, в соответствии с которой, если иное не установлено федеральными законами, исключительное право на приватизацию земельных участков или приобретение их в аренду имеют граждане и юридические лица – собственники зданий, строений и сооружений.

В правоприменительной практике возникает вопрос: вправе ли обладатели объектов незавершенного строительства требовать предоставления им земельных участков в частную собственность в порядке, установленном ст. 36 ЗК РФ? Как правило, земельные участки из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, на период строительства предоставляются на правах аренды, таким образом обеспечивается их рациональное использование. В случае неиспользования земельного участка по истечении срока договора арендатор не сможет претендовать на заключение договора на новый срок, так как преимущественное право на его заключение имеет арендатор, надлежащим образом исполнявший свои обязанности.

При рассмотрении споров о правомерности приобретения земельного участка в частную собственность правообладателем объекта незавершенного строительства, расположенного на арендованном земельном участке, сформирована следующая правоприменительная практика. Правовая позиция ВАС РФ по этому вопросу выражена в определении от 27 апреля 2009 г. № ВАС-4803/09¹. ВАС РФ предлагает узкое толкование п. 1 ст. 36 ЗК РФ – так как объекты незавершенного строительства не указаны, соответственно их правообладатели не вправе приобретать земельные участки в собственность в порядке ст. 36 ЗК РФ.

Данная позиция нашла свое обоснование в постановлении ФАС Поволжского округа от 12 февраля 2009 г. по делу № А06-4284/2008². Как следует из материалов дела, обществу с ограниченной ответственностью в аренду был земельный участок для строительства торгово-административного и общественного здания. В ноябре 2007 г. обществу было зарегистрировано право собственности на объект незавершенного строительства торгово-

¹ [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

развлекательного центра, степень готовности которого составила 5%. В декабре 2007 г. постановлением Администрации города земельный участок обществу был предоставлен в собственность для завершения строительства и эксплуатации торгово-развлекательного центра. Как указывается в судебном акте, согласно п. 1 ст. 36 ЗК РФ исключительное право на выкуп земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, предоставлено юридическим лицам, имеющим в собственности на этих участках здания, строения, сооружения. Хотя в данной статье не названы объекты незавершенного строительства, применение порядка выкупа земельных участков под названными объектами возможно в случаях, прямо указанных в законе. К таким случаям, в частности, относится приватизация объектов незавершенного строительства в силу положений п. 3 ст. 28 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»¹ и п. 2 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»². По мнению ФАС Поволжского округа, применение положений ст. 36 ЗК РФ к объектам незавершенного строительства исключается в связи с тем, что в отличие от зданий, строений или сооружений они не могут быть использованы в соответствии с их назначением до завершения строительства и ввода их в эксплуатацию. Правовой режим земель в период строительства имеет особенности, установленные земельным законодательством, которые, в частности, заключаются в возложении на арендатора определенных обязанностей на период строительства, определенных ставок арендной платы и установленных в законе специальных оснований прекращения договора аренды. Целью использования земельных участков в соответствии с договором аренды является строительство общественного и торгово-административного зданий. Доказательством того, что цель, в соответствии с которой обществу были предоставлены в аренду земельные участки, достигнута, материалы дела не содержат. На этом основании суд приходит к выводу о неправомерности предоставления земельного участка, на котором размещается объект незавершенного строительства, в частную собственность. С выводами суда стоит согласиться, так как в п. 1 ст. 36 ЗК РФ содержится исчерпывающий перечень объектов недвижимого имущества, правообладатели которых имеют исключительное право на приобретение земельных участков в частную собственность. Но следует отметить, что вряд ли является обоснованным исключение объектов незавершенного строительства из этого перечня. Согласно п. 1 ст. 130 ГК РФ объекты незавершенного строительства отнесены к недвижимым вещам. По окончании строительства объекта и принятии его в эксплуатацию правообладатель не лишается права приобрести земельный участок в

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. ст. 4148; 2003. № 28. Ст. 2875; № 50. Ст. 4856; 2008. № 30 (ч. I). Ст. 3597, 2009. № 1. Ст. 19.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 4. Ст. 251; 2003. № 9. Ст. 805; 2008. № 20. Ст. 2253, № 30 (ч. 1). Ст. 3615, № 30 (ч. II). Ст. 3616, 3617.

частную собственность. На это указано в п. 2.2 ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», в соответствии с которым собственники зданий, строений, сооружений вправе приобрести в собственность находящиеся у них на праве аренды земельные участки независимо от того, когда был заключен договор аренды этих земельных участков – до или после дня вступления в силу ЗК РФ. Следует иметь в виду, что иное правовое регулирование предусмотрено в отношении арендованных земельных участков, на которых размещаются приватизированные здания, строения и сооружения. Если договор аренды был заключен после введения в действия ЗК РФ, то арендатор не вправе требовать предоставления ему земельного участка в частную собственность, так как при приобретении земельного участка в аренду было реализовано право на его приватизацию¹.

Если на земельном участке находится объект незавершенного строительства, его правообладатель не может быть лишен права на земельный участок, даже в том случае, если истекает срок договора аренды. Действующим законодательством не предусматривается механизм компенсации затрат, связанных со строительством объекта недвижимого имущества, а поэтому если не соблюдаются условия договора аренды относительно сроков завершения строительства, не возможно отказать в заключение договора на новый срок.

В правоприменительной практике возникают и вопросы о возможности приобретения в собственность в порядке ст. 36 ЗК РФ земельных участков, на которых размещаются разрушенные здания, строения и сооружения. Правовая позиция Высшего Арбитражного Суда РФ по данному вопросу выражена в определении от 14 июля 2009 г. № ВАС-6811/09². Как следует из материалов дела, Общество приобрело в собственность по договору купли-продажи объекты сохранностью 19%, 17%, 69%. Согласно договора продавец принял на себя обязательство передать покупателю права и обязанности арендатора земельного участка. В дальнейшем Общество обратилось с заявлением о предоставлении указанного земельного участка в собственность на основании ст. 36 ЗК РФ. В этом было отказано. Отказ обоснован тем, что земельное законодательство не предоставляет собственникам объектов, разрушенных в результате физического износа, исключительное право на приобретение в собственность земельных участков, занятых такими объектами. По мнению суда, системное толкование ст. 35 и 36 ЗК РФ позволяет прийти к выводу о том, что собственник здания, строения, сооружения вправе испрашивать в собственность или в аренду земельный участок с целью эксплуатации таких объектов. В ст. 39 ЗК РФ установлен специальный порядок, при котором при разрушении здания, строения, сооружения от пожара, стихийных бедствий, ветхости права на земельный участок, предоставленный для их обслуживания, сохраняются за лицами, владеющими земельным участком на

¹ П. 7 Постановления ВАС РФ от 24 марта 2005 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства»

² [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

праве постоянного (бессрочного) пользования или пожизненного наследуемого владения, при условии начала восстановления в установленном порядке здания, строения, сооружения в течение трех лет. По смыслу ст. 36 ЗК РФ во взаимосвязи с положениями ст. 39 ЗК РФ нахождение объекта недвижимого имущества в разрушенном состоянии означает, что его собственник в силу прямого указания закона сохраняет за собой в целях восстановления разрушенного объекта ранее предоставленный правовой титул на землю, на котором расположен указанный объект. После восстановления разрушенного объекта недвижимого имущества собственник может воспользоваться исключительным правом, предусмотренным п. 1 ст. 36 ЗК РФ.

Как отмечается в определении ВАС РФ, в судебно-арбитражной практике отсутствует единообразие в применении п. 1 ст. 36 ЗК РФ относительно приватизации земельного участка собственником находящегося на нем разрушенного объекта недвижимого имущества.

При анализе вышеизложенных судебных актов возникает вопрос: насколько должно быть разрушено здание, строение и сооружение, когда может быть отказано в предоставлении земельного участка в порядке ст. 36 ЗК РФ и применяется ст. 39 ЗК РФ? Подобные вопросы препятствуют единообразному применению земельного законодательства, а следовательно, снижают уровень гарантий прав на землю.

Изложенное свидетельствует о наличии пробелов в праве. Как определяется в юридическом словаре, пробел в праве – это полное или частичное отсутствие в действующем законодательстве необходимых юридических норм. Причины появления пробелов в праве: невозможность на нормативном уровне урегулировать все многообразие жизненных ситуаций; отставание законодателя от жизни; ошибки законодателя¹. В данном случае причина пробелов в праве заключается в невозможности на нормативном уровне урегулировать все многообразие жизненных ситуаций. Пробелы в праве могут устраняться либо посредством принятия новой нормы, либо применения аналогии закона или аналогии права. ВАС РФ применялась аналогия закона, основываясь на толковании имеющихся норм права, выносились соответствующие судебные акты. В определении ВАС от 14 июля 2009 г. № ВАС-6811/09 обращается внимание на отсутствие единообразной судебной практики применения ст. 36 ЗК РФ, а следовательно, пробел в праве должен быть устранен посредством принятия новой нормы. В целях разрешения этой проблемы следует в ст. 39 ЗК РФ определить степень разрушенности объектов недвижимого имущества, что позволит установить случаи применения данной статьи. А в ст. 36 ЗК РФ включить объекты незавершенного строительства, предоставив право их правообладателям приобретать земельные участки в частную собственность в порядке, установленном этой статьей, учитывая, что по нормам ГК РФ объекты незавершенного строительства отнесены к недвижимому имуществу.

¹ См.: Большой юридический словарь / под ред. А.В. Малько. М.: Проспект, 2009. С. 51–52.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И ПРАВО ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

*С.Ю. Кашкин**

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА В СВЕТЕ ЛИССАБОНСКОГО ДОГОВОРА¹

В XXI в. кардинально изменился Европейский Союз, его размеры, качественные характеристики, состав, экономическое положение и политический вес на мировой арене. Изменились и усложнились условия, в которых протекает правовое регулирование деятельности Союза.

Сегодня Европейский Союз с общей границей и единым визовым режимом, единым внутренним рынком, собственными институтами власти и значительными финансовыми ресурсами проводит все более согласованную внутреннюю и внешнюю политику, уверенно расширяет экспансию единой европейской валюты и создает для охраны своей безопасности весьма мощные вооруженные формирования.

В мировом общественном сознании он уже воспринимается в качестве признанной, хотя и непривычной «коллективной наднациональной сверхдержавы», имеющей свои геополитические интересы и расширяющей свое влияние на процессы глобального масштаба.

С 2004 по 2007 г. к Европейскому Союзу присоединилось 12 новых государств-членов и число участников Союза выросло до 27, их совокупное население приблизилось к 500 млн человек, а территория составила более 5 млн кв. км. В марте 2008 г. по показателям валового национального продукта ЕС обогнал США и вышел на первое место в мире.

За 60 лет своего развития Европейские сообщества прошли большой путь: от международных организаций с довольно узкой и конкретной сферой деятельности (уголь и сталь, атомная энергетика) до широкого экономического сотрудничества (Европейского экономического Сообщества) и далее – до создания уникального, всеобъемлющего интеграционного, в большой степени государствовподобного международного объединения с элементами наднациональности и с почти универсальной компетенцией – Европейского

* © Кашкин С.Ю., 2010

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

¹ Статья подготовлена в ходе выполнения поисковой научно-исследовательской работы в рамках реализации ФЦП «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России» на 2009–2013 гг.

Союза. Понятие «Европейские Сообщества» стало все более совпадать с понятием «Европейский Союз», что тоже требовало соответствующих изменений.

Сугубо экономические, как это было сначала, цели и задачи Союза с логической неизбежностью дополнились тесно взаимосвязанными внешне- и внутривнутриполитическими направлениями деятельности: финансовыми, налоговыми, военными, административными, транспортными, образовательными, экологическими и другими сферами сотрудничества.

В последнее время, как представляется, на первое место выходит геополитическая составляющая развития Европейского Союза как возможного противовеса однополярному миру. С его участием возможно формирование новой всемирной «системы сдержек и противовесов» для более эффективного, мирного, демократического, социально-ориентированного развития человечества в третьем тысячелетии, что следует из Лаакенской декларации «О будущем Европейского Союза» от 15 декабря 2001 г.¹

В третьем тысячелетии право Европейского Союза превратилось в одну из наиболее динамичных, разработанных и активно развивающихся правовых систем современного мира. Изменения в праве ЕС связаны в первую очередь с ускоренными темпами и глубиной всеобъемлющей интеграции, которые, несомненно, требуют осмысления и правового оформления. К ним относятся: законодательство о введении единой валюты «евро»; регламенты, учреждающие единые для всего ЕС организационно-правовые формы юридических лиц; политических партий, решения по вопросам формирования общей оборонной политики и специальных органов управления (Военный штаб, Военный комитет, Европейское оборонное агентство); создание Евроюст, представляющего собой подобие общеевропейской прокуратуры, подготовка первых нормативных актов Союза в сфере уголовного права и процесса, гражданского процессуального права и др. По своей структуре и внутренней организации в Европейском Союзе все более проявляются государствовподобные черты, что делает вполне обоснованным его исследование с применением теоретического инструментария конституционного права.

Одновременно с активной нормотворческой деятельностью надгосударственных органов власти Европейского Союза в последние годы произошли серьезные внутренние преобразования в устройстве самой организации ЕС. В 1997 г. в Амстердаме и в 2001 г. в Ницце пересматривались учредительные документы Союза. В конце 2000 г. впервые в своей истории Европейский Союз разработал и утвердил собственный «билль о правах» (Хартию Европейского Союза об основных правах от 7 декабря 2000 г.) Приняты многочисленные судебные решения, внесшие свой вклад в дальнейшее развитие права Европейского Союза.

В то же время система основополагающего законодательства ЕС, подобно очень жесткой конституции, модернизировалось слишком медленно. Много-

¹ Текст на русском языке см.: Россия и Европейский Союз: Документы и материалы / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юрид. лит., 2003.

образии Европейского Союза временами начинало преобладать над его единством. Система органов и институтов, порядок согласования и принятия ими решений также не поспевали за потребностями быстро меняющейся действительности. Рядовые граждане не всегда понимали и поддерживали деятельность ЕС и его органов. «Многочленный» Союз становился все менее управляемым, недостаточно демократичным, транспарентным, способным гибко и эффективно реагировать на вызовы современности. Возник кризис европейской идентичности. Быстро разрастающийся Европейский Союз уже не умещался в трещащих по швам старых организационных и правовых «одеждах».

Тенденция движения Союза сначала к расширяющейся регионализации, а от нее – к глобализации масштабов, целей, задач и интересов, растущая вовлеченность права ЕС в глобальные процессы: экономические, политические, военные, эколого-климатические, энергетические, природоресурсные, гуманитарные – все это требовало адекватной правовой реакции, направленной на предотвращение кризиса и обеспечение перспектив дальнейшего ускоренного развития.

Давняя мечта о Европейской Конституции стала восприниматься многими уже не как абстрактная мечта, а как практическая необходимость. Поэтому важнейшим событием правового развития Европейского Союза в третьем тысячелетии явилась разработка проекта первой в истории нашей планеты наднациональной Конституции – Конституции для Европы 2004 г.¹ Новый конституционный документ был призван кодифицировать существующее первичное право Союза и заменить собой существующие учредительные договоры.

Конституция представляла собой попытку осуществить самую масштабную реформу правовых устоев Союза за все время его существования. Она должна была выполнить важную роль, в которой отражается тенденция к расширению и одновременной координации права Европейского Союза: территориальному, по сферам действия, по глубине, интенсивности и детализации правового регулирования – направленная на укрепление этой государствовоподобной организации политической власти.

В процессе ратификации Конституции 18 стран проект поддержали, а референдумы во Франции и Голландии в 2005 г. дали отрицательный результат, что привело к приостановке процесса ратификации. Был объявлен период для размышления и обсуждения, из которого уже летом 2007 г. Союзу удалось выйти путем «подмены» Конституции договором об изменении учредительных документов ЕС. Изменения, предусмотренные проектом Конституции, были жизненно необходимы для Евросоюза², ее принципиальные положения были согласованы между всеми участниками, а некоторые из них начинали реализовываться на практике независимо от ратификации.

¹ Подробнее см. Конституция Европейского Союза: Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (с комментарием). М.: ИНФРА-М, 2005.

² *Moussis N.* Guide to European Policies. 4-th revised edition. 2009. Rixensart. P. 23.

Большинство положений проекта Конституции с небольшими редакционными изменениями и сокращениями было решено «рассортировать» в виде обычных поправок по текстам двух взаимосвязанных основополагающих документов – Договора об учреждении Европейского Союза и Договора об учреждении Европейского Сообщества. Положения проекта Конституции, вызывавшие наибольшие споры и связанные с интересами наиболее «проблемных» государств были снабжены соответствующими оговорками и исключениями. Слово «Конституция» в новом договоре не использовалось, а внешние признаки государственности в виде флага, гимна¹, девиза, знака евро и т.д., были из него изъяты.

Все было сделано для того, чтобы новый документ внешне не был похож на конституционный текст. При этом в нем сохранены основные положения Конституции, которые были реально необходимы для функционирования «нового» Союза. Авторитетное британское экспертное сообщество «Открытая Европа» подсчитало, что 96% положений проекта Конституции 2004 г. были успешно перенесены в новый договор.

Договор был подписан 13 декабря 2007 г. в столице председательствовавшей в то время в Совете Европейского Союза Португалии и поэтому назван Лиссабонским договором (или Договором о реформе)².

Получилось как с королем в добрые старые времена: «Конституция умерла! Да здравствует Лиссабонский договор!»

Договор о реформе предоставил Европейскому Союзу статус юридического лица (ст. 47 Договора о Европейском Союзе). Это существенно усилит его позиции в мире и на переговорах с третьими странами, а также с международными организациями.

Договором произведена частичная, хотя и не до конца последовательная, но важная кодификация сложной и не малопонятной населению системы базовых учредительных договоров. Ее прозвали «джунглями из договоров»³. «Конституционную» основу Союза, сердцевину первичного законодательства ЕС, составили Договор о Европейском Союзе и Договор о функционировании Европейского Союза (сменивший Договор о Европейском Сообществе). Этим двум тесно взаимосвязанным основополагающим договорам, которые можно рассматривать как «двуединый Договор о Европейском Союзе и его функционировании», посвящены, соответственно, две объемные статьи – 1 и 2 Лиссабонского договора. Учитывая то, что Лиссабонский договор приравнял в пар. 1 ст. 6 договора о ЕС Хартию Европейского Союза об основных правах

¹ Эти символы, однако, останутся у Союза и будут иметь политический характер без формального закрепления их в учредительных документах. Более того, сам Лиссабонский договор был торжественно подписан под звуки гимна и под флагом Союза, а Европарламент рекомендовал шире использовать символику ЕС в повседневной жизни.

² Текст в переводе доцента А.О. Четверикова с комментариями см.: Европейский Союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М.: ИНФРА-М, 2008.

³ Weidenfeld W. Understanding the European Constitution. Gutersloh, 2007. P. 39.

2000 г. по своей юридической силе к учредительным договорам (но текстуально в целях экономии объема не включил ее) получилось, что в результате его принятия единая Конституция была по сути дела подменена «триединым Лиссабонским договором».

В этом отразилась естественная и закономерная на настоящем этапе развития европейского права тенденция к консолидации и кодификации первичного права Союза, которую можно рассматривать как составную часть более широкого процесса его конституционализации¹. Она принимает на современном этапе форму регионального (европейского) конституционного права.

Тенденция к конституционализации является не только одной из центральных по значению в эволюции права ЕС, но она предопределяет развитие самой сущности Союза и его права, как бы связывает другие тенденции между собой и способствует обеспечению координации между ними.

Конституционализация проявляется не только в конкретных изменениях учредительных договоров, но еще в большей степени в последовательно продолжающемся процессе трансформации в конституционном направлении нормативной базы, представленной вторичным и делегированным законодательством, а также меняющемся, уточняющем и закрепляющем этапы и элементы конституционализации прецедентным правом суда Европейского Союза.

Суд ЕС постепенно все более по форме и содержанию деятельности своих верхних эшелонов напоминает конституционный суд государства.

Меняется и развивается также и собственно конституционный процесс – т.е. законные процедуры, осуществляемые в рамках Европейского Союза и его институтов, обеспечивающие ускорение процессов конституционализации.

Не менее важным является конституционализирующаяся правоприменительная практика и, что особенно важно, – правовая культура граждан Европейского Союза. Формируется наднациональная конституционная правовая культура ЕС. Этот процесс происходит не только на институционально-организационном и правовом уровне, но и в человеческом измерении, в психике и психологии, в сознании граждан Союза.

¹ Эта тенденция отмечается ведущими отечественными и зарубежными специалистами в области Европейского права: *Энтин Л.М.* Право Европейского Союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы. М., 2009; *Бирюков М.М.* Европейское право до и после Лиссабонского договора. М., 2010; *Энтин М.Л.* В поисках партнерских отношений II: Россия и Европейский Союз в 2006–2008 годах. М., 2009; *Право Европейского Союза: учебник для вузов.* 3-е изд. / под ред. С.Ю. Кашкина; *Christiansen T. and Reh Ch.* Constitutionalizing the European Union. NY, 2009; *Eriksen E.O., Fossum J.E. and Mendez A.J.* (eds) Developing a Constitution for Europe. L., 2004; *Craig P.* Constitutions, Constitutionalism and the European Union // *European Law Journal*, 7, 2001. P. 50–125; *Dobson L., Follesdal A.* (eds) Political Theory and the European Constitution. L., 2004; *Konig T. and Hus S.* (eds) Policy-making Process and the European Constitution: A comparative study of Member States and Accession Countries. L., 2006; *Piris J.* The Constitution for Europe – A Legal Analysis. Cambridge, 2006; *Weiler J. and Wind M.* (eds) European Constitutionalism beyond the State. Cambridge, 2003 и др.

В результате наиболее общие и эффективные базовые понятия и ценности, сформированные на уровне национального конституционного права передовых государств Союза, адаптируются для использования на наднациональном (общеевропейском) «конституционном» уровне с перспективой последующей трансформации их на уровень «глобального конституционализма»¹.

При этом «глобальный конституционализм» рассматривается нами не как обязательный, заранее предпрешенный результат исторического развития, а как общая тенденция, которая с большей или меньшей интенсивностью развивается в различных районах мира в настоящее время.

В новом разделе Лиссабонского договора развита и закреплена система демократических принципов функционирования Союза, включая принципы демократического равенства, представительной демократии, увеличения роли национальных парламентов и т.д. Они тоже родились на национальном уровне конституционного права государств-членов и развиваются в наднациональном направлении.

Договором о реформе реализуется тенденция к формированию единой и взаимосвязанной структурированной системы принципов и ценностей Союза, их связь с целями и задачами этой наднациональной организации политической власти. Обычно это осуществляется в национальном праве на конституционном уровне.

Лиссабонским договором осуществлено более четкое разграничение предметов ведения и полномочий между Европейским Союзом и государствами-членами посредством определения исключительной, совместной и поддерживающей «категорий компетенции». При этом за странами-участниками ЕС сохранена остаточная компетенция. (Это все более напоминает структуру разделения компетенции в федеративных государствах, что также подтверждает тенденцию к федерализации Союза и конституционализации его права).

Одной из наиболее четко выраженных тенденций развития права ЕС является стремление создать эффективное, жизнеспособное наднациональное образование политической власти, единое в многообразии составляющих его национальных суверенных государств. Это та самая федеративная цель, сформулированная 9 мая 1950 г. в знаменитом «коммунитарном методе» Монне-Шумана.

Поэтому важной ролью европейского права является стремление сбалансировать отношения между Союзом и его членами с учетом национальных, религиозных, культурных, лингвистических, правовых и иных особенностей проживающих в нем народов.

Лиссабонский договор в ст. 5 Договора о Европейском Союзе систематизировал основные принципы компетенции Европейского Союза, впервые четко обозначив в учредительных документах важнейший принцип функционирования этой организации политической власти – принцип наделения ком-

¹ См.: *Ludwikowsky R. Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy // Cardozo Journal of International and Comparative Law. 2001. № 2. P. 254–256.*

петенцией. Подобно договорной конституции, он подчеркивает договорное происхождение, природу и источник властных полномочий Союза.

Из этого принципа следует, что ЕС не вправе выходить за пределы предоставленной ему государствами-членами компетенции. При этом он обязан строго руководствоваться в своей деятельности целями и принципами, зафиксированными в учредительных договорах, а вся остаточная компетенция сохраняется за государствами-членами (подобно положению субъектов в ряде конституций федеративных государств).

Поскольку вопросы развития компетенции рассматриваемой организации тесно связаны с суверенитетом входящих в нее государств, анализ ее развития позволяет сформулировать присутствующую в ЕС тенденцию к установлению гибкого баланса между суверенитетами государств-членов и предоставленными ими Союзу властными полномочиями, имеющими наднациональный характер. Этот баланс напоминает баланс общегосударственных полномочий и полномочий субъектов в федеративном государстве и характеризует специфику существующего в рамках ЕС правопорядка.

Власть, которой обладает Европейский Союз, будучи производной от суверенных прав государств-членов, сама по себе не есть суверенитет. Ею наделяется Союз в лице его институтов и органов, ее осуществляющих. Эта власть осуществляется им в рамках, которые строго определены соответствующими договорами и обусловлены соотношением политических, экономических, социальных и иных сил, сложившихся в обществе на национальном и наднациональном уровнях.

Суверенитет по-прежнему принадлежит государствам-членам, которые, однако, пользуются им на практике с учетом отмеченных выше реалий и договоренностей. Следовательно, суверенитет, юридически находясь как бы полностью в руках государств-членов, в каждый конкретный момент действительности наполняется в каждом из государств, входящих в Союз, вполне конкретным содержанием. И это конкретное наполнение фактически реализуемого каждым государством-членом суверенитета не может не зависеть от той экономической, социальной и правовой действительности, которую представляет собой современный Европейский Союз.

Отсюда, как тенденция развития европейского права, проявляется попытка найти эффективный компромисс между государственными суверенитетами членов Союза и общеевропейским, а в конечном итоге цивилизационным прогрессом, дабы суверенитет не стал тормозом на пути более широких позитивных преобразований, «прогрессивного развития всей мировой цивилизации»¹.

Европейское право, подобно конституции федеративного государства, стремится к более гибкому и эффективному регулированию внутрисоюзных межнациональных проблем путем поиска компромиссов, находящих свое от-

¹ Явич Л.С. О философии права на XXI век // Правоведение. 2000. № 4. С. 11–12.

ражение в наднациональном европейском законодательстве. Оно использует идеи равноправного сотрудничества объединенных в Союзе наций, народов, культур и религий на благо прогрессивного развития Европы и мира. Эти идеи, подобно главному лозунгу ЕС «единство в многообразии», также было заимствовано из конституционного права федеративных государств (США, Индийского Союза, СССР).

На настоящем этапе развития Европейского Союза наблюдается совпадение во времени действия и взаимное переплетение тенденции к интернационализации всей внутренней жизни Союза при одновременной необходимости учета многообразных национальных особенностей государств-членов. При этом в разные периоды развития центростремительные и центробежные тенденции приобретают различную степень интенсивности, что не исключает возникновения несогласований и конфликтов. Эти тенденции весьма сопоставимы с тенденциями развития современных федеративных и региональных государств, отражающимися в их конституциях.

Как отмечал академик РАН О.Е. Кутафин, для дальнейшего развития всеобъемлющей интеграции, «демократизации, повышения управляемости, эффективности и прозрачности потребовалось реформирование Лиссабонским договором всего единого организованного надгосударственного комплекса правовых инструментов, вместе составляющих своеобразную интегрированную систему институтов, органов, учреждений, механизмов и процедур, обеспечивающих управление обществом на всей территории Европейского Союза»¹. А ведь этот единый институциональный механизм тоже является обязательным атрибутом любой современной конституции.

Поэтому Лиссабонским договором была осуществлена долгожданная широкомасштабная институциональная реформа.

Европейский парламент и Совет стали все больше напоминать традиционную конституционную структуру законодательной власти в федеративном государстве, состоящую из нижней и верхней палат (где верхняя представляет интересы субъектов федерации).

Изменения в судебной системе Союза носили весьма осторожный характер, поскольку она функционирует в целом весьма успешно. Все органы правосудия Союза получили общее новое собирательное название - Суд Европейского Союза (ст. 19 Договора о Европейском Союзе). В эту систему входит три звена. Высшее звено – Суд (бывший Суд Европейских Сообществ), который все более приближается по своим функциям к традиционному для федеративных государств Конституционному суду. Среднее – Трибунал (ранее это был Трибунал первой инстанции, который совсем не отвечал этому названию, поскольку был на деле судом второй инстанции по отношению к специализированным трибуналам). Нижний уровень образуют специализированные трибуналы, из которых создан пока еще только один – Трибунал по

¹ Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М.: ИНФРА-М, 2008. С. 5–6.

делам публичной службы Европейского Союза. Таким образом, и система судебных органов Союза приобретает форму, все более напоминающую закрепление судебной власти в конституциях федеративных государств.

Институт наднационального «конституционного контроля» в Европейском Союзе продемонстрировал тенденцию к активизации и совершенствованию своей деятельности и стремление сохранить свою объективность и независимость. На фоне необходимости «отладки и регулировки» обновленной Лиссабонским договором системы институтов и органов ЕС, его роль в ближайшее время должна дополнительно возрасти.

Европейскому Союзу – уникальному и чрезвычайно динамично развивающемуся государствовподобному международному образованию интеграционного типа не вполне подходила «классическая» система разделения властей. Поэтому им была создана и усовершенствована Договором о реформе 2007 г. гибкая и подвижная саморазвивающаяся система элементов наделения компетенцией и взаимодействия институтов и органов, не ставящая перед собой целью раз и навсегда их разделить или жестко закрепить их в определенной взаимной связи.

Такая организация оптимально способствует достижению координации при постановке задач и обеспечению субординации при их реализации, что отражает специфический метод права Европейского Союза – метод скоординированной субординации.

Характер, сущность и содержание развития Европейского Союза и его права в значительной степени зависят от принципов построения и функционирования системы институтов и органов этой наднациональной организации политической власти. Как показывает практика, Европейский Союз смог уникальным образом совместить в своей системе управления как достижения и принципы национального права, используемые в различных правовых системах, так и международного права, а также приспособив их к интеграционным целям и задачам, сформировать в ходе своего исторического развития собственную эффективную саморегулирующуюся и саморазвивающуюся систему институтов и органов.

В ходе развития Европейского Союза с закономерностью будут возникать дальнейшие подвижки в гибкой и динамичной системе наделения компетенцией и взаимодействия властей.

Ни одна современная конституция не может обойтись без достаточно развитой системы обеспечения прав и свобод человека. В рамках правовой системы Европейского Союза формируются уникальные механизмы защиты прав человека не только от лиц, институтов и органов, их нарушающих, но и от наднациональных институтов и органов самого Союза. Создаются демократические правовые инструменты, позволяющие согласовывать динамику процессов интеграции и глобализации с интересами государств, регионов, а главное – человека, положение которого все более становится определяющим критерием оценки прогресса нашей цивилизации.

Право Европейского Союза, направленное на защиту прав человека, с одной стороны, является продолжением международного гуманитарного права с его особенностями. С другой стороны – это право имеет и наднациональный, и государствовподобный характер, и в нем все более проявляется тенденция к федерализации. Учитывая усиливающееся значение гражданства Европейского Союза, гуманитарное право ЕС начинает чаще обращаться к приемам и методам, характерным для конституционного права.

На примере развития права Европейского Союза наглядно просматривается общемировая тенденция все большего сближения и взаимодополнения конституционного права и международного права, особенно в области демократической стандартизации института прав человека и способов его защиты.

Наиболее велико значение Хартии Европейского Союза об основных правах 2000 г.¹ Этот уникальный документ как бы подвел итог работы человечества по правовой защите прав и свобод личности за два тысячелетия и сформулировал цели и задачи гуманитарного права на третье тысячелетие. Он отчетливо отразил достижения, проблемы, тенденции и перспективы развития права Европейского Союза в целом и правового статуса человека и гражданина на национальном, региональном и международном уровнях.

Усилилась, действующая как тенденция, социальная направленность права ЕС, возросла роль прав второго и третьего поколений. В Хартии ЕС об основных правах проявляется тенденция выдвижения идеи всестороннего совершенствования человека и роста его общеевропейской, общечеловеческой универсализации и самоценности как важного фактора общественного прогресса на современном этапе. Эта тенденция характерна и для современного конституционного права демократических государств.

Неудивительно, что именно Хартия стала идейной первоосновой и «главным пряником» проекта Конституции для Европы.

Нововведением Лиссабонского договора стало придание Хартии той же юридической силы, которую имеют учредительные договоры (хотя формально в текст договора она не включена для обеспечения его краткости). (Кстати, именно в отсылочной норме Преамбулы закреплены основы правового положения Конституции современной Французской Республики.) Отсюда мы говорим об основополагающем триедином учредительном договоре, состоящем из Договора о Европейском Союзе, Договора о функционировании Европейского Союза, и имплицитно должны иметь в виду и Хартию 2000 г., которая обладает той же юридической силой.

Лиссабонский договор объявил, что Союз присоединится к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Это послужит дальнейшему сближению права ЕС с правом Совета Европы по правам человека, в том числе и в области судебной практики, что имеет характер тенденции. Пункт 3 ст. 6 Договора о Европейском Союзе утверждает, что «Основ-

¹ Подробнее см.: Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарий / под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2001.

ные права, как они гарантированы Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, входят в содержание права Союза в качестве общих принципов».

Придание основным правам, как они вытекают из конституционных традиций, качества общих принципов права Европейского Союза поднимает их на новый, высший, наднациональный уровень. Это одновременно одно из вполне официальных проявлений исследуемого нами явления – наднациональной конституционализации.

С появлением Европейского Союза и его развитием в наднациональном направлении, с ростом его международной самоидентификации, увеличением количества членов и возрастанием влияния на мировое развитие – стала все отчетливее осознаваться потребность в формировании качественно новой идеологии наднационального типа, позитивно воспринимаемой как гражданами и народами стран-членов Европейского Союза, так и в мире в целом. Это тоже одна из тенденций развития ЕС.

Такая идеология с неизбежностью должна нести в себе черты государственно-подобной идеологии, отразить элементы еще только формирующейся европейской идентичности и при этом отвечать вызовам быстро меняющегося под воздействием процессов глобализации современного мира.

Наднациональная идеология Европейского Союза шире, чем у международной организации, но уже, чем у государства. При этом она с неизбежностью отражает более общий, «приглаженный», компромиссный дух столь характерного для ЕС «единства в многообразии». С закономерностью эта идеология вынуждена опираться прежде всего на общепризнанные «библейские» ценности, такие как права человека, демократия, господство права и т.д. Правда, многие из этих понятий эта идеология выводит на наднациональный уровень, что придает им не только новое звучание, но и новые качества, многие из которых еще предстоит исследовать.

Так, Лиссабонским договором в ст. 2 Договора о Европейском Союзе впервые включена новая правовая категория – «ценности Союза». Эти ценности представляют собой морально-нравственные начала европейской, а по своей природе, и мировой цивилизации. Уважать их и следовать им – долг и обязанность как ЕС в целом, так и каждого входящего в него государства. Это одновременно и непреходящее требование к каждому государству, вступающему в Союз. Неуважение к этим ценностям может повлечь применение к государству-нарушителю санкций в виде приостановления отдельных прав, связанных с членством в ЕС (ст. 7 Договора о Европейском Союзе).

К конституционным по своему значению ценностям Союза относятся человеческое достоинство, свобода, демократия, равенство, правовое государство, права человека (в т.ч. права меньшинств).

Эта система ценностей дополняется «характеристиками» качеств, которыми должны отвечать все страны-участники Союза. В их число входят: плю-

рализм, недискриминация, толерантность, правосудие, солидарность, равенство женщин и мужчин. Они также обычно присутствуют в конституциях.

Итак, Лиссабонский договор внес большой вклад в совершенствование идеологии Европейского Союза. Он сформулировал понятие и перечень ценностей ЕС, расширил и осовременил список принципов Союза, подчеркнул верность этой организации правам человека и гражданина, а также поднял вопросы идеологии ЕС на новый, более высокий наднационально-конституционный уровень. Этот договор продолжил стандартизацию правовой жизни, в которой все более усиливается значение надгосударственных начал как на уровне Союза, так и в праве государств-членов, где наблюдается общий процесс «европеизации права»¹.

Как отметил академик РАН О.Е. Кутафин, «Лиссабонский договор 2007 г. – уникальный документ, отражающий переход количества в новое качество, и, соответственно, символизирующий принципиально новый этап развития современного Европейского Союза. Он свидетельствует о победе правового реализма над забеганием слишком далеко вперед или попыткой искусственной задержки естественного процесса исторического развития всепроникающих интеграционных процессов». Но как бы мы его ни оценивали, продолжает О.Е. Кутафин, – «это, несомненно, результат исторического развития конституционной мысли, конституционной теории и практики, а также современного международного права. Это результат развития права на определенном историческом этапе...»².

Вступивший в силу 1 декабря 2009 г. Лиссабонский договор привел к трансформации ЕС в качественно «новый» более единый и консолидированный надгосударственный Союз, ориентированный на его усиливающуюся политическую, экономическую, финансовую и военную роль в глобализирующемся будущем. Он открыл современный этап развития Союза.

Лиссабонский договор – это результат серьезного исторического конституционного компромисса, а потому он дает достаточно оснований не только для позитивной оценки, но и для критики. Так, если проект Конституции разрабатывался Европейским конвентом в максимально демократической и транспарентной форме, с широким обращением к населению, то Договор о реформе согласовывался кулуарно, под прикрытием полуконфиденциальной дипломатии и в высоких сферах Межправительственной конференции, а также в закрытых заседаниях допущенных к этому процессу немногочисленных экспертов.

Что же все-таки представляет собой новый Договор о реформе? Это международный договор, обычные поправки к учредительным договорам или конституция?...

¹ Snyder Fr. (ed.) *Europenisation of Law: Legal Effects of European Integration*. Oxford, 2000.

² Европейский Союз: Основопологающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М.: ИНФРА-М, 2008. С. 3–4.

Договор о Конституции для Европы 2004 г. был по своему содержанию уникальным международным договором о первом в истории Основном законе (конституции) надгосударственного образования. Он выполнен в форме, очень похожей на стандартную конституцию и отвечает основным параметрам современного конституционализма.

Лиссабонский договор, из которого демонстративно исключили многие внешние символы, формы и признаки государствовидности (флаг, гимн, девиз, символику, понятие «европейский закон»), государственную терминологию и даже само слово «Конституция», тем не менее призван в той или иной степени осуществлять для Европейского Союза те же функции, которые выполняет по отношению к обычному государству его конституция:

1. Включенные в него положения представляют собой совокупность актов (из которых явно выделен базовый «триединый учредительный договор» – Договор о Европейском Союзе, Договор о функционировании Европейского Союза и Хартия Европейского Союза об основных правах), обладающих высшей юридической силой в рамках иерархии сложившейся в Европейском Союзе особой правовой системы.

2. Лиссабонский договор в комплексе с измененными им учредительными договорами Европейского Союза определяет его цели, задачи и принципы функционирования, основы общественного строя и экономических отношений внутри Союза и с третьими странами, вторгается в вопросы экономического планирования, налогообложения, финансов и денежного обращения.

3. Он провозглашает и гарантирует основные права и свободы граждан.

4. Договор закрепляет компетенцию Союза и его составных частей, а также взаимоотношения между ними; определяет состав, формирование и полномочия союзных органов исполнительной, законодательной, судебной и контрольной власти, а также обеспечивает взаимодействие между ними.

5. Он официально закрепляет основополагающие принципы конституционного строя, ценности, основы надгосударственного правового регулирования общественных отношений и основных сфер жизни на совокупной территории государств, входящих в Союз, стремится обеспечить господство права, борьбу с преступностью и т.д.

6. Этот документ ставит перед ЕС цель – сформировать собственную внешнюю политику по отношению к третьим странам и международным организациям, а также обеспечить свою безопасность, включая защиту объединения от посягательств извне.

Следовательно, этот «международный договор интеграционного типа вместо Конституции» по своему содержанию и функциям подобен Конституции, хотя по форме Конституцией не является¹. Образно говоря, Лиссабонский договор – это конституция, скрытая под одеждами из поправок к учредитель-

¹ Неписаная Конституция Великобритании, например, состоит из ряда принятых в различное время актов, имеющих конституционное значение и на практике выполняющих те функции, которые в других государствах закрепляются в конституциях.

ным документам. Это как бы «предконституция (протоконституция) наднационального типа», которой еще потребуется немало времени, чтобы когда-нибудь «дозреть» до Конституции наднационального типа. Это новое явление наднационального права, которое не вполне вписывается в привычные категории национального или международного права и требует нового осмысления.

Именно поэтому особое значение приобретает тенденция формирования новой наднациональной европейской и глобальной правовой теории, новой правовой и конституционной культуры, идеологии, методологии познания окружающей человека правовой среды¹.

По сути дела политики и юристы умело «подменили» конституционную революцию реформационной эволюцией, что, однако, вполне соответствует компромиссному характеру естественного цивилизационного развития Европейского Союза. Правовое регулирование тем стабильнее и эффективнее, чем менее насильственными методами оно осуществляется.

Развитие права Европейского Союза Лиссабонским договором, основу которого составляет компромисс и поиски консенсуса, в определенной степени отражает новое осмысление принципа ненасилия, проявляющегося в стремлении к эволюционному созиданию без разрушения, бездумного отрицания и насилия. Это – выбор объединяющейся Европой взвешенного, цивилизационного, а не революционного движения из уважаемого прошлого через толерантное настоящее к достойному будущему.

Несмотря на упомянутую «подмену», Лиссабонский договор 2007 г. нельзя назвать «реакционным». Это скорее проявление искусства максимально реализовать возможное. Анализ интриги Конституция – Лиссабонский договор демонстрирует, что Европейский Союз иногда «забегает вперед», но умеет вовремя отступить, а потом вновь продолжить движение в избранном направлении.

Представляется, что обновленный Европейский Союз продолжит и дальше идти в стратегическом направлении, разработанном в проекте Конституции 2004 г., хотя и будет делать это с должной осторожностью и с необходимыми коррективами.

Глобальное (конституционное) право будущего могло бы складываться из формирующихся на базе правового регулирования демократических региональных интеграционных группировок. Регулирующие их деятельность правовоположения будут постепенно сближаться и дополнять остающиеся эффективными основы международного права. Таким образом, демократический цивилизованный глобальный конституционализм будущего должен вытекать из взвешенного анализа опыта прошлого и основываться на опирающихся на господство права достижениях демократического цивилизованного регионального конституционализма настоящего, примером которого в определенной степени является Европейский Союз.

¹ *Twining W. Globalization and Legal Theory. L., 2000. P. 53–54.*

*Т.Г. Командирова**

**МЕЖДУНАРОДНЫЕ ИЗБИРАТЕЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ
И ИХ ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ ФОРМИРОВАНИЯ И РАЗВИТИЯ
ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

В механизме правового регулирования реализации избирательных прав особое место занимают международные избирательные стандарты. Как отмечает Ю.А. Веденеев, международные избирательные стандарты образуют рамки правового регулирования избирательных отношений в целом и в этом качестве рассматриваются как закрепленный международным правом общий нормативный минимум внутригосударственного правового регулирования избирательных прав граждан¹.

Важно то, что международные избирательные стандарты оказывают воздействие как на граждан, поскольку непосредственно устанавливают объем правового регулирования реализации избирательных прав, так и на государство в целом, так как обязывают его обеспечить беспрепятственную и полную реализацию гражданами избирательных прав.

В связи с этим необходимо отметить, что ст. 15 Конституции РФ определяет общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации как часть ее правовой системы. Таким образом, правовое регулирование реализации избирательных прав осуществляется как международным, так и внутригосударственным правом².

Думается, прежде чем рассматривать непосредственно международные избирательные стандарты, было бы правильным сначала раскрыть сущность нормы международного права.

Следует подчеркнуть, что в отличие от национального права, международно-правовые нормы создаются непосредственно субъектами международного права через соответствующие соглашения, поскольку отношения между государствами не регулируются какими-либо законодательными органами.

* © Командирова Т.Г., 2010

Кандидат юридических наук, научный сотрудник Саратовской государственной академии права.

¹ См.: *Веденеев Ю.А.* Развитие избирательной системы Российской Федерации: проблемы правовой институционализации // Журнал российского права. 2005. № 6. С. 56.

² См. также: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под. ред. В.Д. Зорькина, Л.В. Лазарева. М., 2009.

Так, только сами субъекты международного права придают тем или иным правилам своего поведения качество юридической обязательности путем координирования позиций соответствующих субъектов на основе взаимных уступок и компромисса.

На наш взгляд, в этом случае весьма значимой представляется ст. 38 Статута Международного суда ООН¹, которая содержит исчерпывающий перечень источников международного права.

В настоящее время принято называть все международные нормы в области прав и свобод личности международными стандартами². Опираясь на это определение, А.А. Вешняков делает вывод, что международные стандарты в области прав человека, касающихся свободных и справедливых выборов, можно назвать международными избирательными стандартами³. Более точное определение приводит в своей работе П.А. Кучеренко, согласно которому международные избирательные стандарты – «это совокупность международно-правовых норм, закрепляющих базовые избирательные права граждан и принципы их реализации, наличие которых позволяет гарантировать проведение демократических выборов, и таким образом, реализовать право на участие в управлении государством через институты государственной власти, включая осуществление судебной и иной защиты избирательных прав и свобод человека и гражданина, общественного и международного наблюдения за выборами»⁴.

Таким образом, международные избирательные стандарты выражены принципами международного избирательного права, надлежащим образом закрепленными и обязательными для соблюдения.

Однако П.А. Кучеренко утверждает, и с этим нельзя не согласиться, что международные стандарты (в том числе избирательные) нельзя воспринимать как нечто стоящее неизмеримо выше любых правил, действующих в отдельно взятом государстве⁵.

В свою очередь А.А. Бучин подчеркивает, что международными стандартами «нельзя злоупотреблять», поскольку необходимо учитывать особенности развития конкретного государства⁶. Иными словами, такие стандарты должны служить ориентирами при определении направления развития в сфере обеспечения избирательных прав граждан, для организации и проведения выборов.

¹ См.: СПС «Гарант» [текст Статута официально опубликован не был].

² См.: *Мюллерсон Р.А.* Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1991. С. 31.

³ См.: Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: учебник / под ред. А.В. Иванченко. М., 1999. С. 125.

⁴ См.: *Кучеренко П.А.* Реализация международных избирательных стандартов в правовой системе Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 7.

⁵ См.: Там же. С. 12.

⁶ См.: *Бучин А.А.* Конституционные функции выборов в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 23.

Поскольку международные избирательные стандарты по существу являются международными нормами, их, подобно вышеуказанным, можно классифицировать на универсальные и партикулярные (региональные).

Представляется интересной позиция Ю.А. Веденеева, который выделяет функции, присущие международным избирательным стандартам. Так, автором названы правообразующая и праворегулирующая функции¹. На наш взгляд, такой подход является правильным, поскольку международные стандарты в сфере реализации избирательных прав, как уже было отмечено, образуют своего рода рамки правового регулирования, это общий нормативный минимум внутригосударственного правового регулирования, в соответствии с которым законодатель обязан привести внутригосударственное законодательство о выборах либо принять новые законы.

Итак, в области реализации избирательных прав можно выделить группу основных источников международных избирательных стандартов.

Первой следует назвать Всеобщую декларацию прав человека, утвержденную Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.², в ст. 21 которой записано: «Каждый человек имеет право принимать участие в управлении своей страной непосредственно или через посредство свободно избранных представителей. Воля народа должна быть основой власти правительства; эта воля должна находить себе выражение в периодических и нефальсифицированных выборах, которые должны проводиться при всеобщем и равном избирательном праве, путем тайного голосования или же посредством других равнозначных форм, обеспечивающих свободу голосования».

Положение указанной статьи является первым заявлением в отношении права человека на участие в политической жизни в период после Второй мировой войны. Генеральная Ассамблея ООН приняла и провозгласила Всеобщую декларацию, как это отмечено в преамбуле, «в качестве задачи, к выполнению которой должны стремиться все народы и все государства с тем, чтобы каждый человек и каждый орган общества, постоянно имея в виду настоящую Декларацию, стремились путем просвещения и образования содействовать уважению этих прав и свобод и обеспечению, путем национальных и международных прогрессивных мероприятий, всеобщего и эффективного признания и осуществления их как среди народов государств – членом Организации, так и среди народов территорий, находящихся под их юрисдикцией».

Необходимо подчеркнуть, что на сегодняшний день права и свободы, провозглашенные в Декларации, рассматриваются государствами в качестве юридически обязательных обычных норм. Методология, которой придерживалась ООН при провозглашении указанной Декларации, сыграла исключительно важную роль в развитии международно-правовых норм в этой сфере. В целом на основе фундаментальных прав и свобод человека и гражданина,

¹ См.: *Веденеев Ю.А.* Указ. соч. С. 56.

² Российская газета. 1995. 5 апреля.

ООН были сформулированы важнейшие принципы избирательного права – всеобщее равное прямое избирательное право граждан при соблюдении тайны голосования¹.

Далее в 1976 г. вступил в силу Международный пакт о гражданских и политических правах, принятый в 1966 г., который уточнил и конкретизировал гражданские и политические права, изложенные во Всеобщей декларации прав человека. Участниками этого Международного пакта являются 127 государств, что делает его международным инструментом с самым большим количеством участников, гарантирующим право на свободные выборы². В ст. 25 указанного пакта провозглашается право каждого гражданина «голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, проводимых на основе всеобщего и равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей».

Особо в числе основных источников универсальных международных избирательных стандартов следует отметить такие, как Конвенция о политических правах женщин от 20 декабря 1952 г.³, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 25 декабря 1965 г.⁴, Декларация принципов международного наблюдения за выборами от 27 октября 2005 г. ООН⁵. Указанные международно-правовые документы были разработаны в рамках ООН с целью недопустимости дискриминации в отношении прав женщин при участии в выборах и любой расовой дискриминации. В ст. 5 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации закреплено, что «участники обязуются запретить и ликвидировать расовую дискриминацию во всех ее формах и обеспечить равноправие каждого человека перед законом без различия расы, цвета кожи, национального или этнического происхождения, в особенности в отношении осуществления следующих прав: ... политических прав, в частности права участвовать в выборах – голосовать и выставлять свою кандидатуру – на основе всеобщего и равного избирательного права, права принимать участие в управлении страной...».

Необходимо отметить, что помимо перечисленных, существует ряд международных документов, не являющихся актами в юридическом смысле и источниками права (в то числе избирательного), но существенно влияющие на создание и развитие норм избирательного права (своего рода идеологические источники).

¹ См.: *Вешняков А.А.* ООН и международные избирательные стандарты: некоторые аспекты становления и развития // Журнал российского права. 2005. № 10. С. 4.

² См.: *Коливер С., Мерлоу П.* Руководство по освещению избирательных кампаний электронными СМИ в странах с режимом переходной демократии. М., 1995. С. 51.

³ Библиотечка Российской газеты. Сер.: Соц. защита. 1995. № 11.

⁴ Конвенция ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР 22 января 1969 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1969. № 5. Ст. 33. Текст Конвенции см.: URL: www.un.org.

⁵ URL: http://www.cikrf.ru/international/dec_priz.jsp.

В этой связи отдельно следует отметить Конференцию по человеческому измерению, проходившую в три этапа: в Париже в 1989 г., в Копенгагене в 1990 г. и в Москве в 1991 г. Так, в документах, принятых Совещанием по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ)¹, были подробно изложены наиболее прогрессивные положения в отношении прав граждан участвовать в выборах. В частности, в п. 7 документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ² в дополнение к универсальным избирательным стандартам записано, что разумная периодичность проведения свободных выборов должна устанавливаться законом; подсчет голосов должен быть честным и официальные результаты опубликованы; закон и государственная политика должны обеспечивать проведение выборов в атмосфере свободы и честности, беспрепятственного доступа к средствам массовой информации всех политических группировок и отдельных лиц, участвующих в избирательном процессе; должны создаваться надлежащие условия для деятельности политических партий и равенства их перед законом и органами власти; кандидаты, получившие необходимое количество голосов, определенное законом, должны надлежащим образом вступать в должность и оставаться на ней до истечения срока своих полномочий или до их прекращения иным образом, который регулируется законом.

Как отмечает А.А. Вешняков, документы СБСЕ носят политический характер и, с одной стороны, не являются источниками международного права и соответственно международными избирательными стандартами. Но с другой стороны, поскольку руководители государств – участников СБСЕ неоднократно заявляли, что достигнутые договоренности подлежат безусловному претворению в жизнь, они имеют юридический оттенок. Мы соглашались с мнением автора, что «такие заявления вполне можно рассматривать как односторонние обязательства государств международно-правового характера, поэтому вполне можно поддержать позицию тех ученых, которые считают, что положения документов СБСЕ, относящиеся к правам человека, следует считать региональными стандартами в области избирательных прав человека»³.

Касаясь таких международных документов в области реализации избирательных прав, как резолюции, рекомендации Генеральной Ассамблеи ООН⁴, различных органов ООН, Совета Межпарламентского союза и других¹,

¹ Совещание объединяет все государства Западной и Восточной Европы, а также США и Канаду. Эта европейская региональная организация начала работу в Хельсинки 3 июля 1973 г. В конце 1994 г. Совещание было преобразовано в Организацию по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ).

² См.: Советское государство и право. 1990. № 11.

³ Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: учебник / под ред. А.В. Иванченко. М., 1999. С. 128.

⁴ См. напр.: Рекомендация Парламентской Ассамблеи ООН 1595 (2003) «О Своде рекомендуемых норм при проведении выборов» // URL: <http://www.cikrf.ru/international/ispolkom.jsp>.

необходимо уточнить, что, в отличие от названных ранее, эти документы так же не являются источниками международных избирательных стандартов, поскольку не несут юридических обязательств. Указанные документы имеют рекомендательный характер и могут стать основой для разработки соответствующих договоров, конвенций в области реализации избирательных прав. А некоторые из них есть основания рассматривать как письменное изложение существующих международных обычаев.

Помимо основополагающих документов в области избирательных прав и свобод, принятых ООН, важным элементом в развитии международно-правовых принципов организации и проведения свободных и демократических выборов, их практической реализации являются доклады Генерального секретаря ООН², в которых дается анализ деятельности ООН за прошедшие периоды, в том числе в сфере проведения выборов и реализации избирательных прав.

В заключение можно сделать вывод, что международные избирательные стандарты оказывают воздействие не только на реализацию избирательных прав российскими гражданами, но и на российское государство в целом, так как обязывают его обеспечить беспрепятственную и полную реализацию гражданами избирательных прав. В этом и заключается их конституционно-значимая ценность и значение для совершенствования избирательного законодательства Российской Федерации и правоприменительной практики.

¹ См. напр.: Рекомендации R (2004) 11 Комитета Министров стран-участниц по правовым, организационным и техническим стандартам электронного голосования. Принят Комитетом Министров 30 сентября 2004 г. на 898-ом заседании // URL: <http://www.cikrf.ru/international/ispolkom.jsp>.

² См.: *Вешняков А.А.* ООН и международные избирательные стандарты: некоторые аспекты становления и развития // Журнал российского права. 2005. № 10. С. 8.

*А.О. Четвериков**

**ФОРМИРОВАНИЕ ОБЩЕГО ПРОСТРАНСТВА
НАУЧНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ В ЕС И СНГ:
ПРАВОВЫЕ И ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ¹**

Международная интеграция – динамичный и многогранный процесс, который не может быть ограничен какой-либо одной сферой общественной жизни, даже такой важной, как экономика.

Как свидетельствует опыт Европейского Союза (ЕС) – лидера и «пионера» интеграционных преобразований во многих областях – традиционно начав с объединения хозяйственных систем своих государств в таможенный союз и общий рынок, ЕС в итоге не смог удержаться в рамках сугубо экономической парадигмы интеграции. Со временем его учредительные документы обогатились новыми интеграционными конструкциями, что дало возможность распространить процесс объединения европейских стран на другие сферы, представляющие для них взаимный интерес.

Одной из новейших таких конструкций, впервые включенной в учредительные документы Европейского Союза 1 декабря 2009 г. благодаря вступлению в силу Лиссабонского договора 2007 г. о реформе ЕС, и возможности ее использования для укрепления сотрудничества между государствами Содружества Независимых Государств (СНГ), посвящена настоящая статья.

1. Европейское пространство научных исследований в системе общих пространств ЕС

Европейский Союз – уникальное по своим амбициям интеграционное образование, изначально поставившее задачей полностью ликвидировать «барьеры, которые разделяют Европу»², не уничтожая при этом националь-

* © Четвериков А.О., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры права Европейского Союза Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

¹ Статья подготовлена в ходе выполнения поисковой научно-исследовательской работы в рамках реализации ФЦП «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России» на 2009–2013 гг.

² Преамбула Договора об учреждении Европейского экономического сообщества 1957 г. (ныне Договор о функционировании Европейского Союза). Учредительные документы ЕС цитируются по изданию: Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментарием / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Инфра-М, 2008.

ную самобытность своих государств (государств-членов ЕС)¹. Для решения поставленной задачи государства-члены поступились в общих интересах хотя и значительной, но все же лишь частью суверенных прав, которые отныне реализуются на европейском уровне институтами ЕС, имеющими не только межправительственный, но и подлинно наднациональный характер².

Именно сочетание межгосударственного состава ЕС и его интеграционных устремлений стало предпосылкой к появлению в его правовом лексиконе специфического термина «пространство»³, обозначающего совокупность территорий разных государств, между которыми устранены препятствия для трансграничных экономических или иных отношений с участием их граждан и юридических лиц⁴.

¹ Согласно базовому учредительному документу ЕС – Договору о Европейском Союзе 1992 г. – Союз обязан уважать «национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам, в том числе в области местного и регионального самоуправления» (ст. 4 Договора о ЕС в редакции Лиссабонского договора). Учредительные документы Союза также вменяют ему в обязанность уважать «различные правовые системы и традиции государств-членов», а равно «их национальное и региональное разнообразие» (ст. 67 и 167 Договора о функционировании ЕС).

² К числу наднациональных институтов ЕС, члены которых независимо от своего гражданства обязаны представлять общие интересы всех стран и народов Союза, относятся *Европейский парламент*, избираемый всеобщим прямым голосованием граждан ЕС, *Европейская комиссия* (27 независимых комиссаров, ответственных за определенные отрасли управления), *Суд Европейского Союза* (орган правосудия), *Счетная палата* (орган финансового контроля) и, в значительной степени, *Европейский центральный банк*, обеспечивающий управление единой валютой «евро».

Межправительственными институтами ЕС выступают его «советы» – *Совет* в составе национальных министров (по одному члену правительства от каждого государства-члена) и *Европейский совет* на уровне высших руководителей государств-членов (глав государств или правительств, в зависимости от формы правления). В состав Европейского совета также входят председатель Европейской комиссии и собственный председатель («председатель Европейского совета»), однако последние обладают правом голоса не по всем вопросам. Несмотря на наличие наднациональных институтов, именно межправительственные «советы» уполномочены издавать все законодательные и важнейшие незаконодательные акты ЕС (при осуществлении законодательной функции Совет в настоящее время действует совместно с Европейским парламентом, однако последний располагает правом вето не по всем вопросам). Европейский совет, кроме того, определяет для Союза общие политические ориентиры и приоритеты.

Помимо вышеупомянутых семи институтов (руководящих инстанций) механизм управления ЕС включает десятки *других консультативных и вспомогательных органов и учреждений*: Европейский омбудсман, Европол, Евроюст, Комитет регионов, специализированные агентства (Европейское оборонное агентство и др.), Европейский инвестиционный банк и т.д.

³ Espace (франц.); area (англ.). В качестве синонимов или близких по смыслу терминов в официальных документах ЕС, научной литературе, средствах массовой информации также используются слова «союз» (в значении: объединение) и «зона».

⁴ Для обозначения этих препятствий право ЕС, в свою очередь, широко использует термин «границы»: пространство «без внутренних границ» (см. ниже определения «внутреннего рынка» и «пространства свободы, безопасности и правосудия» ЕС). Термину «границы» здесь, как видно, тоже придается новый смысл, не совпадающий с его пониманием в классическом государственном и международном праве (линии, отделяющие друг от друга территорию разных государств). Вопрос о делимитации границ в классическом смысле правом ЕС не регулируется и решается государствами-членами самостоятельно в соответствии с международным правом (§ 4 ст. 77 Договора о функционировании ЕС).

Помимо объединения территорий (географический аспект) каждое общее пространство ЕС также обозначает сами отношения, складывающиеся внутри него между разными субъектами, вместе с полномочиями Союза по их регулированию («сферу компетенции» ЕС по терминологии Лиссабонского договора).

Исторически первым общим пространством, с которого началось строительство ЕС в 1950-е гг., стало общее экономическое пространство, называемое сегодня единый «внутренний рынок»¹. В соответствии с действующими учредительными документами Европейского Союза внутренний рынок ЕС определяется как «пространство без внутренних границ [!], в котором согласно положениям Договоров [Договора о ЕС и Договора о функционировании ЕС] обеспечивается свободное передвижение товаров, лиц, услуг и капиталов»².

Составной частью внутреннего рынка выступает «таможенный союз» (единая таможенная территория с общим таможенным тарифом на внешних границах, существующая с 1968 г.)³, а его дополнением, созданным в конце XX – начале XXI в., – «экономический и валютный союз», который обеспечивает координацию экономической политики государств-членов и функционирование общей для них денежной единицы в рамках «зоны евро»⁴.

Следующим общим пространством ЕС стало «пространство свободы, безопасности и правосудия», признанное в его учредительных документах в

¹ Первым шагом к созданию единого внутреннего рынка ЕС стало формирование общего экономического пространства в рамках двух отраслей тяжелой промышленности – «общего рынка угля и стали», на основании исторически первого источника права ЕС, утратившего силу в 2002 г.: Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали, или Договора о ЕОУС (Парижского договора 1951 г.). Затем последовало создание «общего рынка» в рамках экономики в целом, дополненного специальным «общим рынком по атомной энергии» с централизованной системой снабжения государств-членов радиоактивными материалами. Их правовой основой стали Римские договоры 1957 г., сохраняющие действие и поныне: Договор об учреждении Европейского экономического сообщества – Договор о ЕЭС (сегодня Договор о функционировании ЕС) и Договор об учреждении Европейского сообщества по атомной энергии – Договор о Евратоме. Термин «внутренний рынок» был введен в право ЕС в 1986 г., а окончательной датой его создания официально признано 31 декабря 1992 г. После вступления в силу Лиссабонского договора он полностью заменил собой устаревшее выражение «общий рынок», кроме сферы атомной энергии, где на основании Договора о Евратоме продолжает функционировать общий рынок по атомной энергии.

² Статья 26 Договора о функционировании ЕС.

³ Статья 28 Договора о функционировании ЕС.

⁴ Статья 119 Договора о функционировании ЕС. В связи с нежеланием или неготовностью части стран ЕС перейти на единую денежную единицу зона евро в 2010 г. охватывала только 16 из 27 государств-членов. Остальные 11 стран («государства-члены, подпадающие под изъятие» в значении ст. 139 Договора о функционировании ЕС плюс Великобритания и Дания, имеющие несколько особый статус) продолжали использовать национальные валюты.

С другой стороны, в зону евро официально включены несколько малых стран Западной Европы, не входящих в ЕС: Ватикан, Монако, Сан-Марино. Их пребывание в зоне евро оформлено специальными международными договорами («монетарными конвенциями») подписанными отдельно с каждой из них.

конце 1990-х гг.¹ В соответствии с поправками, внесенными Лиссабонским договором, создание и укрепление пространства свободы, безопасности и правосудия отнесено на второй план цели экономической интеграции: «Союз предоставляет свои гражданам пространство свободы, безопасности и правосудия без внутренних границ [!], в рамках которого обеспечивается свободное передвижение лиц во взаимосвязи с соответствующими мерами по вопросам контроля внешних границ, предоставления убежища, иммиграции, а также предотвращения преступности и борьбы с этим явлением»².

Составной частью пространства свободы, безопасности и правосудия выступает «Шенгенское пространство»³ – территория государств с полностью прозрачными внутренними границами (т.е. отмененным пограничным контролем) и едиными правилами пересечения внешних границ, т.е. границ с третьими странами, включая выдачу их гражданам для краткосрочных поездок единой («Шенгенской») визы⁴.

¹ В соответствии с Амстердамским договором 1997 г. (в силе с 1 мая 1999 г.). Первые шаги в направлении создания подобного пространства начали предприниматься еще в 1960-е гг. (Брюссельская конвенция 1968 г. между государствами-членами «О юрисдикции и исполнении решений по гражданским и торговым делам», в 2000 г. замененная нормативным актом ЕС).

Согласно Амстердамскому договору комплекс мер по завершению формирования пространства свободы, безопасности и правосудия был рассчитан на пятилетний период со дня его вступления в силу, т.е. до 1 мая 2004 г. Дальнейшие меры по укреплению этого пространства реализуются на основании политических программ, утверждаемых Европейским советом. Последняя из них принята в конце 2009 г. в расчете на 2010–2014 гг.: «Стокгольмская программа – Открытая и Безопасная Европа, которая служит гражданам и защищает граждан». См.: Conseil européen. Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens // Journal officiel de l'Union européenne (JO) C 115 du 6.5.2010, p. 1.

² § 2 ст. 3 Договора о ЕС. Цели экономической интеграции закрепляются в последующих параграфах той же статьи, причем в явно более скромных выражениях: «Союз создает внутренний рынок» (§ 3), «Союз создает экономический и валютный союз, денежной единицей которого является евро» (§ 4).

³ Espace Schengen (фр.); Schengen area (англ.). Распространенное в средствах массовой информации выражение «Шенгенская зона» – неофициальный термин.

⁴ В настоящее время основными документами, регулирующими функционирование Шенгенского пространства, являются Шенгенский кодекс о границах 2006 г. и Визовый кодекс 2009 г. (законодательные акты прямого действия, изданные Европейским парламентом и Советом ЕС).

Исторически формирование Шенгенского пространства началось во второй половине 1980-х гг. с подписания отдельными государствами-членами специальных международных договоров – Шенгенских соглашений (Соглашение 1985 г. о постепенной отмене проверок на общих границах и Конвенция о его применении 1990 г.). С 1 мая 2009 г. в соответствии с Амстердамским договором Шенгенские соглашения и дополняющие их правовые акты («Шенгенские достижения») были включены в право ЕС.

Как и в случае с зоной евро, некоторые страны ЕС пока не желают (Великобритания и Ирландия) или не готовы стать частью Шенгенского пространства (в 2010 г. – Болгария, Румыния и Кипр). Как следствие, между ними и остальными государствами-членами сохраняется пограничный контроль, который представляет значительно большие неудобства для граждан третьих стран, чем для граждан самого ЕС (последние вправе свободно передвигаться по территории всех государств-членов при наличии одного лишь действительного удостоверения личности или паспорта).

Другим элементом пространства свободы безопасности и правосудия является «европейское судебное пространство», призванное обеспечить высокий уровень охраны прав человека и общественного порядка в масштабах всего ЕС на основе всестороннего применения между государствами-членами принципа взаимного признания судебных и внесудебных решений по гражданским и уголовным делам. Более эффективной реализации этого принципа способствует гармонизация соответствующих отраслей внутригосударственного права стран ЕС (уголовного и уголовно-процессуального, гражданского и гражданско-процессуального, международного частного права)¹.

С 1990-х гг. концепция общих пространств постепенно начала распространяться Европейским Союзом и на отношения с другими государствами (третьими странами) – его географическими соседями. Первым такого рода «внешним» пространством стало «Европейское экономическое пространство», объединившее с 1994 г. государства-члены ЕС и страны-участницы Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ). Благодаря этому пространству режим общего (ныне внутреннего) рынка ЕС был в значительной мере распространен на три западноевропейские государства, остающиеся пока за рамками Союза: Исландию, Норвегию и Лихтенштейн².

С учетом опыта как Европейского экономического пространства, так и «внутренних» пространств ЕС на встрече в верхах в Москве 10 мая 2005 г. были утверждены совместные планы («Дорожные карты») по созданию сразу четырех общих пространств между Европейским Союзом и его крупнейшим партнером на евроазиатской арене – Россией. Базовые принципы этих пространств должны получить в дальнейшем юридическое закрепление в новом соглашении о стратегическом партнерстве между Россией и ЕС: «общее экономическое пространство»; «общее пространство свободы, безопасности и

С другой стороны, также аналогично зоне евро некоторые западноевропейские государства, не входящие в ЕС, стали ассоциированными участниками Шенгенского пространства, обязавшись на основании специальных соглашений с Союзом производить рецепцию старых и новых «Шенгенских достижений»: Исландия, Норвегия, Швейцария и, в дальнейшем, Лихтенштейн.

¹ Термин «европейское судебное пространство» появился в политическом и правовом лексиконе ЕС еще в 1970-е гг. (см.: Pradel J., Corstens G. Droit pénal européen. Paris: Dalloz, 2002. P. 44). В учредительные документы ЕС он включен не был, однако широко употребляется в политических актах, в том числе в вышеупомянутой Стокгольмской программе 2009 г. по дальнейшему укреплению пространства свободы, безопасности и правосудия.

² Правовой основой создания и функционирования Европейского экономического пространства служит Соглашение о Европейском экономическом пространстве 1992 г., большинство статей которого воспроизводит нормы Договора о ЕЭС 1957 г. (ныне Договора о функционировании ЕС) относительно свободного передвижения товаров, лиц, услуг и капиталов.

Еще одна страна ЕАСТ – Швейцария – подписала, но отказалась ратифицировать Соглашение о Европейском экономическом пространстве после негативного результата национального референдума по его тексту.

Позднее все страны ЕАСТ, как отмечалось выше, на основании специальных соглашений также были приняты в одно из «внутренних» пространств ЕС – Шенгенское пространство.

правосудия»; «общее пространство внешней безопасности»; «общее пространство науки и образования, включая культурные аспекты» Российская Федерация – Европейский Союз¹.

Применительно к образовательной сфере Россия, все государства-члены Европейского Союза плюс около двадцати других европейских стран, входящих вместе с ними в Совет Европы (47 стран-участниц), реализуют проект еще одного общего пространства под названием «*Европейское пространство высшего образования*». Последнее, в отличие от остальных общих пространств, создается на базе чисто политических договоренностей государств – совместных деклараций национальных министров образования, в соответствии с которыми страны-участницы добровольно гармонизируют свои образовательные стандарты².

Обобщая опыт создания и/или функционирования «внешних» пространств ЕС, Лиссабонский договор включил в его учредительные документы норму-задачу, поручающую Союзу развивать со всеми соседними ему странами «*привилегированные отношения в целях создания пространства процветания и добрососедства, которое основано на ценностях Союза и характеризуется тесными и мирными отношениями, базирующимися на сотрудничестве*». Правовой основой функционирования одного или нескольких таких пространств должны выступить «*специальные соглашения*», которые Союз уполномочен заключать с заинтересованными странами-соседями³.

Итак, право Европейского Союза на современном этапе его развития предусматривает параллельное функционирование целого комплекса общих пространств в разных сферах, количество которых не является фиксированным. В первую очередь, это пространства «внутренние», объединяющие территорию всех или большинства его государств-членов и характеризующиеся максимальной степенью интегрированности. Внутренние пространства, в свою очередь, могут служить прообразом и моделью для создания «внешних» пространств, которые призваны содействовать взаимной интеграции Европейского Союза и государств, не входящих в его состав.

¹ Своеобразным терминологическим нюансом «Дорожных карт» 2005 г. стало использование в их англоязычной версии для наименования общих пространств России и ЕС слова «space» (вместо традиционного «area»). Редакция тех же документов на французском языке придерживается единообразной терминологии («espace»).

² Центральное место среди этих документов занимает Болонская декларация 1999 г. (отсюда термин «Болонский процесс»). Гармонизация национальных образовательных стандартов в рамках Болонского процесса, в свою очередь, призвана служить более эффективной реализации юридически обязательного международного договора, подписанного в 1997 г. под эгидой Совета Европы и ЮНЕСКО – Конвенции о признании квалификаций высшего образования в Европейском регионе (Лиссабонская конвенция от 11 апреля 1997 г.).

³ Статья 8 Договора о ЕС. Помимо «Дорожных карт» 2005 г. с Россией шагом в сторону создания новых «внешних» пространств Союза могут стать инициированные им в 2008–2009 г. проекты под названием «*Союз за Средиземноморье*» (ЕС плюс страны Северной Африки и Ближнего Востока) и «*Восточное партнерство*» (ЕС плюс европейские республики СНГ, за исключением России).

Последним по времени возникновения «внутренним» пространством ЕС, формирование которого началось уже в XXI в. и которое также способно иметь «внешние» продолжения, стало европейское пространство научных исследований.

2. Происхождение и сущность европейского пространства научных исследований

Европейское пространство научных исследований (ЕПНИ)¹ с исторической точки зрения выступает кульминацией усилий государств-членов объединить свои научные потенциалы в рамках Европейского Союза на основе свободного и открытого обмена научными познаниями, создаваемыми в каждом из них.

Первые мероприятия ЕС в этом направлении начали предприниматься еще в 1950-е гг., но ограничивались в тот период только отдельными направлениями научно-исследовательской деятельности (в области угля, стали и атомной энергии)².

В более широком контексте инициативы выработать подлинно «общую политику в научной и технологической сфере» на основе координации национальной политики и проведения совместных мероприятий в рамках ЕЭС получили одобрение в начале 1970-х гг.³ Их первым результатом стали организационные меры – создание в 1971 г. рабочей группы «Политика научных и технических исследований», которую в 1974 г. сменил специальный Комитет по научным и техническим исследованиям в составе представителей всех государств-членов и Европейской комиссии⁴.

В следующем десятилетии ЕС приступил к активной материальной поддержке научно-исследовательской деятельности в государствах-членах на базе общих программ, финансируемых из его бюджета. В этот период была утверждена первая многолетняя рамочная программа ЕС в области научных исследований (1984–1987 гг.), дополненная рядом специальных программ: «Европейская стратегическая программа в поддержку исследований и развития в области информационных технологий» (ESPRIT), «Фундаментальные исследования в промышленных технологиях для Европы» (BRITE) и др.⁵

¹ Espace européen de la recherche – EER (франц.); European Research Area – ERA (англ.).

² В частности, в рамках ЕОУС был создан Научно-исследовательский фонд угля и стали, а в рамках Евратома – Объединенный центр ядерных исследований. Договор о Евратоме посвятил развитию ядерных исследований специальную главу, на основании которой также разрабатываются научно-исследовательские и учебные программы.

³ На встрече в верхах государств-членов ЕЭС в Париже 19 и 20 октября 1972 г.

⁴ Известен под сокращенным названием CREST (от франц.: Comité de la recherche scientifique et technique). Учрежден Резолюцией Совета от 14 января 1974 г. о координации национальной политики и об определении мероприятий, представляющих интерес для Сообщества в сфере науки и технологии // JO C 7 du 29.1.1974, p. 2

⁵ Подробнее см.: Commentaire article par article des traités UE et CE. Sous la direction de Philippe Léger. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2000. P. 1302.

Юридическим отражением этих усилий стали поправки, внесенные в учредительные документы ЕС Единым европейским актом 1986 г. Со дня его вступления в силу (1 января 1987 г.) в Договоре о ЕЭС появился специальный раздел, который официально уполномочил Сообщество (ныне Союз) принимать меры по координации и финансовой поддержке научно-исследовательской деятельности во всех государствах-членах.

К началу XXI в., однако, этих мер оказалось недостаточно. Как и ранее в экономике (создание единого внутреннего рынка), чтобы вместе противостоять вызовам научно-технической революции и глобализации, а также более успешно конкурировать с другими научными державами (прежде всего, с США), государства-члены ЕС осознали необходимость полностью интегрировать свои научные потенциалы.

В этом и заключается суть концепции европейского пространства научных исследований, которая была предложена Европейской комиссией в январе 2000 г.¹ Концепция ЕПНИ в марте 2000 г. была поддержана на встрече в верхах государств-членов ЕС в рамках Европейского совета². После этого Совет Европейского Союза 15 июня 2000 г. принял резолюцию, официально провозгласившую создание ЕПНИ³.

¹ Сообщение Комиссии «*На пути к европейскому пространству научных исследований*» (см.: Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions «Vers un espace européen de la recherche» // COM (2000) 6 final. Bruxelles, le 18.1.2000). Позднее, в 2007 г., Комиссия подготовила более четкий концептуальный документ – Зеленую книгу «*Европейское пространство научных исследований: новые перспективы*» (см.: Livre vert «L'espace européen de la recherche: nouvelles perspectives» // COM (2007) 161 final, Bruxelles, le 4.4.2007).

В Зеленой книге 2007 г. концепция европейского пространства научных исследований изложена следующим образом: «Концепция ЕПНИ охватывает три взаимосвязанных аспекта: европейский “внутренний рынок” научных исследований, в котором могут свободно перемещаться исследователи, технологии и знания; подлинная координация на европейском уровне национальных и региональных мероприятий, программ и политики; наконец, инициативы, осуществляемые и финансируемые на европейском уровне». Результатом создания ЕПНИ должно стать преодоление «фрагментации», которая, по мнению Комиссии, служит «главной характеристикой» научно-исследовательской деятельности в ЕС, препятствуя Союзу «реализовать весь свой потенциал в области научных исследований и инноваций» и делая его «менее привлекательным для предприятий, которые стремятся инвестировать в научные исследования и развитие» (см.: Livre vert «L'espace européen de la recherche: nouvelles perspectives». P. 5–7).

² Заключение Европейского совета от 23–24 марта 2000 г., пункт 12 (см.: Conseil européen de Lisbonne. Conclusions de la Présidence, 23 et 24 mars 2000 // Doc. № 100/1/00. Bruxelles, le 24.3.2000).

³ Резолюция Совета от 15 июня 2000 г. о создании европейского пространства научных исследований и инноваций // JO C 205 du 19.7.2000, p. 1). Как следует из названия документа, Совет ЕС вначале сделал выбор в пользу более широкого обозначения нового пространства: «европейское пространство научных исследований и инноваций» (Espace européen de la recherche et de l'innovation). В последующих документах ЕС «инновационное» добавление к наименованию ЕПНИ не сохранилось. Как будет видно из дальнейшего изложения, этот факт не следует расценивать как признак недооценки Союзом инновационного аспекта формируемого пространства.

Будучи политическим актом, лишенным обязательной силы, резолюция Совета нуждалась в юридическом подкреплении, в том числе на уровне основополагающих актов ЕС. Эту задачу решил Лиссабонский договор 2007 г., который включил положения о ЕПНИ в учредительные документы обновленного Европейского Союза¹. Таким образом, с 1 декабря 2009 г. (со дня вступления в силу Лиссабонского договора) европейское пространство научных исследований выступает полноценной категорией права ЕС, а создание ЕПНИ может рассматриваться как юридическая обязанность, возлагаемая сообща на все государства-члены и институты ЕС².

Принципиальное значение имеет то обстоятельство, что создание европейского пространства научных исследований не выступает для Союза целью само по себе. Как следует из ст. 179 Договора о функционировании ЕС в редакции Лиссабонского договора – первой статьи раздела, посвященного научно-технологической и космической политике ЕС³, – ЕПНИ служит средством для достижения другой общественно значимой цели: усилить собственный научно-технологический потенциал⁴.

Для достижения поставленной цели Лиссабонский договор наделил Союз новым полномочием – посредством законодательных актов Европейского парламента и Совета устанавливать «меры, необходимые для формирования европейского пространства научных исследований»⁵. Эти меры со временем

¹ Как и почти все новеллы Лиссабонского договора, положения о ЕПНИ целиком восприняты им из Конституции ЕС, подписанной государствами-членами в 2004 г. но не вступившей в силу из-за отрицательного результата референдумов во Франции и Нидерландах («Договор, устанавливающий Конституцию для Европы» от 29 октября 2004 г.). Если бы Конституцию ЕС удалось ввести в действие в изначально планируемые сроки, то ЕПНИ стало бы юридической реальностью уже 1 ноября 2006 г.

² Точных сроков создания ЕПНИ Лиссабонский договор, тем не менее, не зафиксировал. В качестве ориентировочной даты можно рассматривать 1 января 2020 г., намеченное Советом Европейского Союза для окончательного введения в действие «пятой свободы» ЕС – свободного перемещения исследований, научных познаний и технологий (см. следующий раздел). Соответствующие положения закреплены в Заключениях Совета от 2 декабря 2008 г. об определении «Видения 2020 для европейского пространства научных исследований» См.: Conseil de l'Union européenne. Conclusions sur la définition d'une «Vision 2020 pour l'Espace européen de la recherche» // 2891ème session du Conseil COMPÉTITIVITÉ (Marché intérieur, industrie et recherche). Bruxelles, le 2.12.2008. P. 4.

³ Раздел XIX «Научные исследования, технологическое развитие и космос» части третьей «Внутренняя политика и деятельность Союза» Договора о функционировании ЕС.

⁴ «Союз ставит целями укрепить свои научные и технологические основы путем [...] формирования европейского пространства научных исследований». В качестве других целей и задач научно-технологической политики ЕС согласно той же статье выступают: создание благоприятных условий для развития конкурентоспособности Союза, в том числе конкурентоспособности промышленности ЕС; содействие научно-исследовательским мероприятиям, проводимых в рамках остальных сфер компетенции Союза; поощрение предприятий, научно-исследовательских центров и университетов «в их усилиях по проведению высококачественных исследований и достижению высококачественного технологического развития», а равно содействие их усилиям по развитию взаимного сотрудничества.

⁵ § 5 ст. 182 Договора о функционировании ЕС.

могут привести к гармонизации законодательства государств-членов, относящегося к правовому регулированию научно-исследовательской деятельности, определению правового статуса (режима) ее субъектов и результатов¹. Аналогичные меры по гармонизации внутригосударственного права могут устанавливаться и на основе нормотворческих полномочий, имеющихся у Союза в других областях (например, законодательство о техническом регулировании и гармонизации права интеллектуальной собственности традиционно издается в контексте функционирования единого внутреннего рынка ЕС)².

С этой же целью Союз может использовать другие финансовые и юридические инструменты, сохранившиеся за ним от прежних редакций учредительных документов. В первую очередь, сюда относится принятие *«многолетних рамочных программ»* в целях финансовой поддержки научно-исследовательских учреждений и ученых непосредственно из бюджета ЕС в самых разных областях (от медицины и нанотехнологий до общественных наук)³. Финансовые средства могут выделяться Союзом и для поддержки программ, в которых участвуют отдельные (не все) государства-члены⁴. Эти же средства способны направляться в третьи страны и международным орга-

¹ Сферы научных исследований, технологического развития и космоса отнесены Лиссабонским договором к совместной компетенции ЕС и государств-членов, правда, с оговоркой о том, что осуществление Союзом подобной компетенции «не будет препятствовать государствам-членам осуществлять свою собственную компетенцию» (§ 3 ст. 4 Договора о функционировании ЕС). Точный смысл упомянутой оговорки пока не ясен (его предстоит определить на практике, в том числе исходя из правовых позиций Суда Европейского Союза). По общему правилу, в рамках совместной компетенции Союз имеет право издавать нормативные и иные юридически обязательные акты, обязательные для государств-членов и их граждан (§ 2 ст. 2 Договора о функционировании ЕС). Акты Союза в силу принципа примата (верховенства) права ЕС имеют преимущественную силу над любым внутригосударственным законодательством.

² В этой связи следует упомянуть еще одну важную новеллу Лиссабонского договора, впервые прямо уполномочившего ЕС принимать *«меры по учреждению европейских правоустанавливающих документов с целью обеспечить единообразную защиту прав интеллектуальной собственности в Союзе и по введению централизованных режимов санкционирования, координации и контроля на уровне Союза»* (ст. 118 Договора о функционировании ЕС). Главным результатом осуществления данного полномочия, имеющим принципиальное значение для функционирования ЕПНИ, может стать учреждение подлинно *единого патента ЕС*, дискуссии о создании которого ведутся уже более 30 лет.

³ §§ 1–4 ст. 182 Договора о функционировании ЕС. В настоящее время действует *«Седьмая рамочная программа ЕС по научным исследованиям, технологическому развитию и демонстрационной деятельности»*, рассчитанная на 2007–2013 гг. (утверждена Решением № 1982/2006/ЕС Европейского парламента и Совета от 18 декабря 2006 г. // JO L 412 du 30.12.2006, р. 1). Аналогичные программы применительно к ядерным исследованиям принимаются в рамках Евратома, который в настоящее время является формально самостоятельной от ЕС организацией, но включает те же государства-члены и управляется институтами последнего. Еще одной новеллой Лиссабонского договора стали положения о формировании *«европейской космической политики»*, для чего Союз обязан разработать *«европейскую космическую программу»* (ст. 189 Договора о функционировании ЕС).

⁴ Статьи 184–185 Договора о функционировании ЕС.

низациям, которые заключили с ЕС соглашения о сотрудничестве в научно-технологической сфере¹.

В целях эффективной реализации своих программ Союз уполномочен «создавать совместные предприятия или любые другие структуры», обслуживающие общие интересы государств-членов². Наиболее известным примером учрежденных ЕС совместных предприятий является «Галилео», созданное в 2002 г. для управления будущей европейской системой космической навигации, конкурентом российской ГЛОНАС и американской GPS³.

Среди других структур особый интерес вызывает *Европейский институт инноваций и технологий*, образованный в 2008 г.⁴. Институт ориентирован на поддержку усилий по инновационному обновлению экономики и других сфер общественной жизни государств-членов, оказывая для этого финансовую и иную поддержку «сообществам знаний и инноваций», которые могут учреждаться заинтересованными предприятиями, вузами и научно-исследовательскими учреждениями повсеместно в ЕС⁵.

Создание Института стало поводом и для включения в право ЕС нормативной дефиниции самого *понятия инновации*: «процесс – в том числе его результат – посредством которого новые идеи приводятся в соответствие с потребностями общества или экономики и порождают новые продукты, услуги или модели предпринимательства и организации, которые успешно вводятся на существующий рынок и способны создавать новые рынки»⁶.

3. Свободное перемещение исследователей, научных познаний и технологий – новая свобода передвижения в рамках ЕС

Как следует из закрепленного в учредительных документах Европейского Союза определения ЕПНИ, оно должно служить пространством «со свободным перемещением исследователей, научных познаний и технологий»⁷. Главным результатом создания ЕПНИ, следовательно, призвано стать возникновение в ЕС *de jure* и *de facto* новой свободы передвижения (перемеще-

¹ Статья 186 Договора о функционировании ЕС.

² Статья 187 Договора о функционировании ЕС.

³ См.: Регламент (ЕС) № 876/2002 Европейского парламента и Совета от 21 мая 2002 г. о создании совместного предприятия Галилео // JO L 138 du 28.5.2002, p. 1.

⁴ Учреждение Института *de jure* производилось в рамках другой сферы компетенции ЕС – промышленной политики, т.е. мероприятий, направленных на повышение конкурентоспособности промышленности Союза. См.: Регламент (ЕС) № 294/2008 Европейского парламента и Совета от 11 марта 2008 г. о создании Европейского института инноваций и технологий // JO L 97 du 9.4.2008, p. 1.

⁵ Согласно Регламенту 2008 г. о создании Института (ст. 2 «Определения») каждое «сообщество знаний и инноваций» («*communauté de la connaissance et de l'innovation – CCI*») представляет собой автономное партнерство учреждений высшего образования, исследовательских институтов, предприятий и других сторон, участвующих в инновационном процессе, которое действует «в форме стратегической сети, основанной на совместном среднесрочном и долгосрочном планировании в области инноваций».

⁶ Статья 2 Регламента 2008 г. о создании Института.

⁷ § 1 ст. 179 Договора о функционировании ЕС.

ния), относящейся в комплексе к субъектам научной деятельности и к ее результатам.

Полное обозначение новой свободы – свободное перемещение исследователей, научных познаний и технологий, краткое, употребляемое в актах институтов ЕС, – «свободное перемещение знаний»¹. Поскольку свободное перемещение знаний призвано дополнить собой четыре свободы передвижения, уже признанные в рамках других общих пространств ЕС (свободы передвижения товаров, лиц, услуг и капиталов), институты ЕС официально квалифицировали ее в качестве «пятой свободы» ЕС², хотя порядковый номер может вызывать возражения³.

На сегодняшний день четкое юридическое содержание свободного перемещения знаний в праве ЕС еще не определено⁴. В частности, пока не ясно,

¹ Libre circulation de la connaissance. См., напр.: Резолюция Совета от 3 декабря 2009 г. о совершенствовании управления европейским пространством научных исследований (ЕПНИ) // JO C 323 du 31.12.2009, р. 3. В документах Европейской комиссии используется и такое не вполне юридическое выражение, как «перемещение мозгов» между государствами (circulation des cerveaux). См.: Livre vert «L'espace européen de la recherche: nouvelles perspectives». Р. 12.

² Вышеупомянутая Резолюция Совета от 3 декабря 2009 г., основанная, в свою очередь, на заключениях Европейского совета от 13–14 марта 2008 г. (см. ниже).

³ В частности, в правовых актах по вопросам формирования европейского судебного пространства еще ранее была провозглашена такая свобода передвижения, как «свободное перемещение [судебных и внесудебных] решений», являющееся не чем иным, как реализацией принципа взаимного признания судебных и внесудебных решений государств-членов (см., например, п. 10 преамбулы заменившего Брюссельскую конвенцию 1968 г. Регламента (ЕС) № 44/2001 Совета от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам // JO L 12 du 16.1.2001, р. 1.

Созданию ЕПНИ предшествовало юридическое закрепление и такой свободы передвижения, как «свободное перемещение персональных данных» между государствами-членами (ст. 16 Договора о функционировании ЕС и Директива 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета от 24 октября 1995 г. о защите физических лиц в отношении обработки персональных данных и о свободном перемещении таких данных // JO L 281 du 23.11.1995, р. 31).

Еще ранее, в Конвенции от 25 марта 1987 г. «Об отмене легализации документов в государствах-членах Европейских сообществ» (Journal officiel de la République française, № 84 du 8.4.1992, р. 5191) было провозглашено «свободное перемещение [официальных] документов». Конвенция 1987 г., однако, к настоящему времени ратифицирована лишь некоторыми государствами-членами и не стала частью права ЕС.

Таким образом, даже без учета последней свободы, в исторической последовательности свобод передвижения (перемещения) в рамках ЕС «свободное перемещение знаний» должно занимать, как минимум, седьмую позицию: (1) «свободное передвижение товаров»; (2) «свободное передвижение лиц», включая «свободное передвижение работников» для лиц наемного труда, «свободу учреждения» для граждан и юридических лиц, желающих заниматься в других государствах-членах самостоятельной экономической деятельностью, а также отмену пограничного контроля в Шенгенском пространстве; (3) «свободное передвижение услуг»; (4) «свободное передвижение капиталов», включая тесно связанную с ним свободу платежей; (5) «свободное перемещение решений»; (6) «свободное перемещение персональных данных».

⁴ Напомним, что согласно упомянутым в предыдущем разделе Заключениям Совета ЕС от 2 декабря 2008 г. «пятая свобода» в полной мере должна быть введена в действие лишь к 2020 г.

как новая «пятая свобода» будет соотноситься с вышеупомянутыми свободами других общих пространств, с основным правом граждан Союза на свободу передвижения и проживания во всех государствах-членах¹, а также со свободой получать и распространять информацию и идеи «независимо от государственных границ», признанную в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и в Хартии Европейского Союза об основных правах 2000 г.²

Некоторые предположения о содержании будущей «пятой свободы» позволяет сделать программа введения ее в действие, утвержденная еще до вступления в силу Лиссабонского договора руководителями государств-членов ЕС³. Программа насчитывает восемь пунктов:

- 1) повышение «трансграничной мобильности» исследователей, студентов, научных работников и университетских преподавателей;
- 2) обеспечение «более открытого и конкурентного рынка труда для европейских исследователей»;
- 3) продолжение реформ высшего образования;
- 4) содействие «оптимальному использованию интеллектуальной собственности, являющейся результатом работ публичных исследовательских институтов, в целях интенсификации передачи знаний предприятиям»;
- 5) содействие «свободе доступа к знаниям и инновациям»;
- 6) консолидация передовых методов научной деятельности (*excellence scientifique*);
- 7) введение в действие нового поколения первоклассного оборудования для проведения научных исследований;
- 8) поощрение взаимного признания квалификаций.

Отсюда следует, что новая свобода передвижения будет иметь двойное содержание, отражающее в себе двойственную природу всего интеграционного процесса в рамках ЕС:

– во-первых, дальнейшая либерализация трансграничных отношений между гражданами и юридическими лицами разных стран Союза (свобода перемещения в собственном смысле слова);

– во-вторых, комплекс «позитивных» мер, которые должны способствовать повышению качества научно-исследовательской и технологической сферы ЕС в целом перед лицом новых вызовов общественного прогресса.

¹ Статья 21 Договора о функционировании ЕС.

² Согласно и Конвенции (ст. 10 «Свобода выражения мнения»), и Хартии (ст. 11 «Свобода выражения мнений и информации») «свобода получать и распространять информацию и идеи ... независимо от государственных границ» выступает элементом более широкого права личности – свободы выражения мнений.

³ См.: Conseil européen du Bruxelles, 13 et 14 mars 2008. Conclusions de la Présidence (Заключения Европейского совета от 13–14 марта 2008 г., пункт 8) // Bruxelles, le 20 mai 2008. Doc. № 7652/1/08.

4. *К вопросу о создании общего пространства научных исследований, инноваций и технологий между государствами СНГ*

Ускорение научно-технического прогресса, внедрение новых технологий, инновационное обновление общества в целом – сложная, но перспективная задача, которая в не меньшей степени, чем для Европейского Союза, актуальна для всех республик Содружества Независимых Государств. В условиях объективно более скромного, чем в ЕС, финансирования научно-исследовательской деятельности способом ее более оперативного и эффективного решения может стать объединение усилий ведущих стран СНГ.

В этой связи представляется целесообразным, чтобы заинтересованные государства СНГ взяли на вооружение рассмотренные в настоящей статье «уроки» ЕС и начали работу по созданию между собой подлинно «общего пространства научных исследований, инноваций и технологий»¹. Дополнительным стимулом к созданию такого пространства является существование в странах СНГ общих научных традиций, которые восходят к традициям советской научной школы (по многим направлениям – лидера мировой науки!)².

К этому следует добавить и сохранение тесных партнерских отношений между предприятиями, научно-исследовательскими учреждениями, а равно между индивидуальными учеными и научными коллективами разных государств СНГ, которые выдержали давление дезинтеграционных процессов последних двадцати лет.

Оптимальным способом формирования предлагаемого общего пространства, на наш взгляд, стало бы учреждение специализированной организации с эффективным механизмом управления, но компактным аппаратом. Ее названием может быть избрано, например, *Межгосударственное Агентство по сотрудничеству в области Науки, Инноваций и Технологий (МАГНИТ)*.

Выбор в пользу отдельной организации специальной компетенции, а не использования существующих интеграционных структур (СНГ, Евразийское экономическое сообщество – ЕврАзЭС, и т.д.), позволяет достичь сразу двух целей:

– с одной стороны, без ущерба для основы суверенитета государств-участников более активно опробовать наднациональные интеграционные механизмы сотрудничества в виде постоянно действующих органов, которые состоят из независимых компетентных должностных лиц и наделены полно-

¹ Включение в наименование предлагаемого пространства слов «инновации» и «технологии» должно подчеркнуть особую важность этих направлений сотрудничества, которая не вполне следовала бы из краткой формулировки (по аналогии с ЕПНИ) «общее пространство научных исследований».

² Напротив, для государств-членов ЕС, по оценке Европейской комиссии, исторически характерно «отсутствие знакомства европейских исследователей с “культурами” исследований, существующими в других странах». См.: Communication de la Commission «Vers un espace européen de la recherche». P. 17.

мочиями принимать в ряде случаев юридически обязательные решения как для государств, так и для их граждан;

– с другой стороны, благодаря специализированному характеру Агентства заинтересовать в участии в его деятельности те государства СНГ, которые по разным причинам воздерживаются от присоединения к более масштабным интеграционным проектам (таможенный союз и др.), в частности, Украину.

Специальная компетенция Агентства должна являться производной от его главной цели – создание в интересах государств-участников общего для них пространства научных исследований, инноваций и технологий, не исключая при этом их сотрудничества по отдельности или в качестве единого субъекта (через органы МАГНИТ) с другими государствами и организациями, в том числе с Европейским Союзом. С этой целью на Агентство могут быть возложены следующие функции:

– разработка *общих программ поддержки науки, инноваций и технологий*, в том числе путем оказания содействия непосредственно предприятиям, научным учреждениям, вузам или отдельным исследователями, возможно, на конкурсной основе. Для реализации этих программ Агентство следует наделить автономным бюджетом за счет аккумуляции части средств, предназначенных государствами-участниками для финансирования научных исследований;

– учреждение по примеру ЕС совместного *Института инноваций и технологий*, который будет оказывать поддержку инновационному обновлению экономики государств-участников. В этом плане небезынтересно рассмотреть и вопрос о формировании объединенной Академии наук или своеобразного координирующего центра для национальных академий;

– право создавать *другие совместные предприятия и учреждения научно-технологического и инновационного характера* по вопросам, представляющим общий интерес;

– принятие мер с целью обеспечить *свободное перемещение исследователей, научных познаний и технологий* между государствами-участниками, а также мер по содействию свободному передвижению между ними товаров, лиц, услуг и капиталов, насколько это необходимо для функционирования общего пространства научных исследований, инноваций и технологий;

– *развитие сотрудничества с другими государствами и международными организациями*, включая Европейский Союз¹.

Еще одной функцией Агентства может стать разработка *общих для государств-участников правовых стандартов, направленных на достижение технологической модернизации и на эффективное внедрение инноваций в ис-*

¹ Речь может идти, например, о присоединении Агентства от имени всех государств-участников к рамочным программам ЕС по научным исследованиям и технологическому развитию. В этой связи следует напомнить, что действующие учредительные документы ЕС прямо допускают возможность заключения Союзом подобных соглашений не только с третьими странами, но и с международными организациями.

следовательскую, производственную и образовательную деятельность. Для этого Агентство должно быть уполномочено издавать по отдельным вопросам *нормативные акты*, сходные с регламентами ЕС (акты прямого действия, обязательные, в том числе для граждан и юридических лиц) и директивами ЕС (основы законодательства, в соответствии с которыми государства в установленный срок приводят свои внутренние правовые акты)¹.

Залогом эффективного функционирования Агентства станет наличие у него действенного *механизма управления, основанного на сочетании межправительственных и наднациональных элементов.* Этот механизм может выглядеть следующим образом:

1. Межправительственный орган МАГНИТ – *Совет* – работающий на непостоянной (сессионной) основе, должен сконцентрироваться на принятии подлинно основных политических и правовых решений². Исключительным правом Совета, в частности, должно являться *издание юридически обязательных актов, которые направлены на дополнение учредительного договора Агентства* новыми общими правилами, обязательными для государств-участников.

2. Орган текущего управления МАГНИТ – *Комиссия* – в составе 5–10 человек формируется Межгосударственным советом из числа граждан государств-участников по заранее установленным квотам. Члены Комиссии должны обладать компетенцией в научно-технологической сфере и действовать как независимые должностные лица в общих интересах всех государств-участников.

Наряду с полномочиями по текущему управлению, включая разработку и исполнение программ Агентства, Комиссии может быть поручено издание *исполнительных актов, направленных на претворение в жизнь норм учредительного договора Агентства и решений межгосударственного Совета.*

¹ Предоставление интеграционной организации нормотворческих полномочий сегодня уже не может считаться уникальной особенностью ЕС. Соответствующие прецеденты имели место и в организациях, объединяющих республики бывшего СССР. Так, согласно Договору о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26 февраля 1999 г. (ст. 58) его Стороны – Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Россия и Таджикистан – уполномочили Межгосударственный совет издавать «решения, устанавливающие единые для государств-участников настоящего Договора правила, которые являются обязательными во всех своих частях и подлежат непосредственному применению государствами-участниками» (аналог регламента ЕС) и «резолуции, являющиеся обязательными для государства-участника или для государств-участников, которым они адресованы, в том, что касается ожидаемого результата, при сохранении за органами Стороны свободы выбора форм и методов действий» (аналог директивы ЕС).

² В зависимости от важности вопроса Совет может собираться на уровне глав государств, правительств или нижестоящих должностных лиц (вопрос о «статусе» членов Совета может решаться государствами-участниками в рабочем порядке). По крайней мере, на первых этапах функционирования МАГНИТ, в Совете уместно использовать единогласный порядок принятия решений. В дальнейшем, с общего согласия государств-участников, может быть рассмотрен вопрос о переходе к более гибким процедурам (квалифицированное большинство и т.п.).

3. Юрисдикционный орган МАГНИТ – *Арбитражная палата* – мог бы сыграть более весомую роль в контроле за соблюдением общих правил и в обеспечении их единообразного применения в государствах-участниках, приближенную к той, которую осуществляет в ЕС Суд Европейского Союза¹.

С этой целью Арбитражную палату надлежит уполномочить выносить *юридически обязательные решения о толковании учредительного договора и правовых актов Агентства* по запросам всех или, как минимум, высших судебных инстанций государств-участников².

Не менее важную роль призвано сыграть предоставление Арбитражной палате и только ей права *юридически констатировать факт нарушения общих правил каким-либо из государств-участников*, что порождает для последнего обязанность устранить допущенные нарушения (и послужит прецедентом для остальных!)³.

4. Наконец, в механизме управления МАГНИТ представляется необходимым учредить еще один независимый орган в составе 5–10 квалифицированных экспертов, который на постоянной основе будет осуществлять контролируемую (надзорную) функцию, – *Наблюдательный комитет*⁴.

Главной задачей Наблюдательного комитета должен стать *надзор за выполнением общих правил в государствах-участниках с возможностью предъявления соответствующих исков в Арбитражную палату*, но лишь после того, как государство-участник не отреагировало на предложение устранить нарушение в добровольном порядке⁵.

Сосредоточение надзорных прерогатив в руках независимой инстанции не только избавит государства-участники от необходимости «следить» друг

¹ С учетом специальной компетенции Агентства использование термина «Суд МАГНИТ» нам представляется нецелесообразным. В то же время, с точки зрения порядка формирования и состава, статуса и процедуры разрешения дел Арбитражная палата, должна функционировать в качестве подлинного органа правосудия.

² Аналогично преюдициальным решениям, которые выносит Суд Европейского Союза по запросам национальных судов. Для высших органов судебной власти государств-членов ЕС обращение с подобными запросами изначально является не только правом, но и обязанностью.

³ К юрисдикции Арбитражной палаты также следует отнести разрешение иных правовых конфликтов, возникающих в процессе функционирования Агентства. Сюда относятся, в частности, споры между его органами (например, между Комиссией и рассматриваемым ниже Наблюдательным комитетом) или иски к этим органам, подаваемые государствами-участниками, а также гражданами и юридическими лицами (например, в целях обжалования незаконных с их точки зрения актов или бездействия Комиссии) – аналогична «искам об аннулировании» или «искам из бездействия» в юрисдикции Суда ЕС.

⁴ Наблюдательный комитет призван объединить в себе контрольные прерогативы, которые в механизме управления ЕС осуществляют три разных института: Европейская комиссия (надзор за соблюдением права ЕС государствами-членами с правом предъявлять к ним иски в Суд ЕС), Европейский парламент (контроль за Европейской комиссией) и Счетная палата (бюджетный контроль).

⁵ Аналогичный механизм действует в ЕС. При этом Европейская комиссия, осуществляя надзор за государствами-членами, может действовать как по собственной инициативе, так и по обращениям к ней со стороны других государств-членов, физических или юридических лиц.

за другом, но и позволит снизить остроту их возможных разногласий, а равно деполитизировать конфликты внутри организации (не государство А «судится» с государством Б, а беспристрастный Наблюдательный комитет, когда есть правовые основания, указывает любому из них на нарушения и, при необходимости, выносит вопрос на рассмотрение Арбитражной палаты, решение которой также принимается исходя из правовых оценок).

Кроме того, Наблюдательному комитету следует поручить осуществлять *контроль за Комиссией МАГНИТ*, в частности, за тем, не превышает ли она свои исполнительные полномочия и насколько законно и эффективно она распоряжается финансовыми средствами Агентства.

Выступая в 2000 г. с проектом создания ЕПНИ, Европейская комиссия констатировала: «В Европе ситуация с научными исследованиями внушает опасения. Без согласованных действий по ее исправлению современные тенденции рискуют привести к утрате роста и конкурентоспособности в глобализируемой экономике»¹.

Чтобы этот пессимистический прогноз не стал реальностью, государства-члены ЕС пришли к необходимости объединиться в специальное общее пространство – «европейское пространство научных исследований». Шансом не допустить аналогичного сценария в государствах Содружества Независимых Государств может стать объединение тех из них, которые обладают развитым научным потенциалом и готовы приумножить его совместными усилиями, в «общее пространство научных исследований, инноваций и технологий», находящееся под управлением эффективной международной организации.

¹ См.: Communication de la Commission «Vers un espace européen de la recherche». P. 4.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ

*И.В. Ершова**

РОССИЙСКОЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО И МЕТОДИКА ЕГО ПРЕПОДАВАНИЯ В МОСКОВСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМИИ ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА

Проблема законодательного обеспечения предпринимательской деятельности приобрела актуальность в нашей стране относительно недавно – с того момента, когда сама эта деятельность была легализована. Первые законодательные акты, принятые еще в СССР – Закон СССР от 6 марта 1990 г. «О собственности в СССР», от 4 июня 1990 г. «О предприятиях в СССР» – просуществовали недолго. Они утратили силу вместе с распадом СССР и не оказали существенного влияния на формирование российского законодательства. Поэтому, определяя отправную точку в формировании современного российского законодательства о предпринимательской деятельности, как представляется, необходимо говорить о таких законах, как Законы РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности» и от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР». Именно с их принятием Верховным Советом РСФСР в декабре 1990 г. стало складываться предпринимательское законодательство.

Сегодня, оглядываясь на двадцать лет назад, можно с уверенностью сказать, что проделана огромная работа. За короткий с позиции истории государства период удалось в целом создать систему законодательного обеспечения предпринимательства. Безусловно, нормативное правовое регулирование предпринимательской деятельности принципиально отличается от регулирования хозяйственной деятельности социалистического периода развития экономики. Сущностные причины такого отличия очевидны – содержание самой хозяйственной деятельности принципиальным образом отличается от деятельности предпринимательской. Но важно не только это – российский законодатель не воспринял концепцию правового обеспечения на уровне лишь подзаконных нормативных правовых актов и встал на путь формирования системы предпринимательского законодательства. На первый взгляд такой подход видится единственно правильным и вполне очевидным. Но мы не

* © Ершова И.В., 2010

Доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой предпринимательского (хозяйственного) права Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

должны забывать, что на протяжении десятилетий регулирование социальной экономики было построено на иных началах. «Страна первого в мире планового хозяйства вела его без законодательной основы, а руководство им осуществлялось по-прежнему в авторитарном, хотя и несколько либерализованном виде»¹.

Подход к регулированию предпринимательской деятельности, основанный лишь на базе подзаконных нормативных правовых актов, сегодня видится неприемлемым. И основная причина отрицания даже формальной его возможности заключается в базовых положениях Конституции РФ, в которых заложены принципиальные начала предпринимательского права.

Действительно, согласно ст. 34 Конституции РФ, каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Но как и иные права и свободы, право на свободное осуществление предпринимательской деятельности может быть ограничено. В силу ст. 55 Конституции РФ, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Учитывая данное конституционное положение, введению любых ограничений и запретов в отношении осуществления предпринимательской деятельности, а равно иных правил государственного регулирования, которые в любой мере затрагивают конституционное право на свободу предпринимательства, возможны лишь на уровне федерального закона и в установленных Конституцией РФ случаях. В этой связи формирование основ правового регулирования предпринимательства федеральными законами – решение правильное не только по существу, но и по форме.

Что же в настоящее время представляет система предпринимательского законодательства? Не ставя перед собой невыполнимой задачи перечисления всех имеющихся актов в данной сфере общественных отношений, попробуем выявить основные направления законодательного обеспечения предпринимательства, обращая внимание на существующие проблемы и пробелы.

Как представляется, классификация сложившегося на сегодняшний день предпринимательского законодательства может выглядеть следующим образом:

– законы, регулирующие общее состояние рынка, например Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»;

– законы, устанавливающие правовое положение субъектов, действующих на рынке, например Федеральные законы от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»), от 14 ноября 2002 г.

¹ *Мартемьянов В.С.* Юридическая трагедия // Предпринимательское право. 2004. № 2. С. 42.

№ 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», от 8 сентября 1996 г. № 41-ФЗ «О производственных кооперативах;

– законы, регулирующие отдельные виды предпринимательской деятельности, например Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1488-1 «Об инвестиционной деятельности», Федеральные законы от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе», от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности», от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности» и др.;

– законы, совмещающие в себе сферы регулирования второй и третьей группы, то есть устанавливающие правовое положение субъектов, занимающихся каким-либо видом предпринимательства, например Федеральный закон от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ «О банках и банковской деятельности», Закон РФ от 20 февраля 1992 г. № 2383-1 «О товарных биржах и биржевой торговле» и др.;

– законы, устанавливающие требования к предпринимательской деятельности, например Федеральные законы от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании», от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и др.

– законы, определяющие направления государственной поддержки субъектов предпринимательской деятельности и меры по защите их прав, например Федеральные законы от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» и др.

– законы, обеспечивающие правовой институт несостоятельности (банкротства). Это Федеральные законы от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»;

– законы, определяющие порядок осуществления внешнеэкономической деятельности хозяйствующими субъектами, например, Федеральные законы от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности», от 30 декабря 2006 г. № 281-ФЗ «О специальных экономических мерах», от 8 декабря 2003 г. № 165-ФЗ «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров», от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле», от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в РФ», от 18 июля 1999 г. № 183-ФЗ «Об экспортном контроле», Таможенный кодекс Российской Федерации от 28 мая 2003 г. № 61-ФЗ и др.

Даже столь поверхностное представление основных направлений развития правового обеспечения предпринимательства дает возможность сделать вывод о том, что в современной России сложилась определенная система за-

конов, регулирующих предпринимательскую деятельность. Но глубокий анализ этой системы и, самое главное, практики применения законодательства, говорит о том, что радужные выводы преждевременны. Отдельные сферы предпринимательской деятельности либо не имеют должного законодательного обеспечения, либо не имеют его вовсе. И пробелы эти очевидны.

Так, в последнее время на высоком уровне провозглашено, что Россия взяла курс на инновационный характер развития. В связи с этим определенное внимание правоведов и представителей других специальностей сконцентрировано на таких относительно новых для России явлениях, как венчурные фонды, технопарки, бизнес-инкубаторы и др. Принимаются федеральные целевые программы, направленные на развитие наукоемкого производства и на внедрение достижений науки в практику хозяйственной деятельности¹. Говорится и о необходимости стимулирования инновационной деятельности с применением различных способов и инструментов воздействия. В качестве примера такого акта приведем Федеральный закон от 19 июля 2007 г. № 195-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части формирования благоприятных налоговых условий для финансирования инновационной деятельности»². Но при этом как-то умалчивается тот факт, что в стране отсутствует федеральный закон об инновационной деятельности, который позволил бы определить основные понятия рассматриваемого правового института, выработать систему стимулов и иных мер поддержки, а главное – заложить единую концепцию правового обеспечения данного социального явления в целом по стране. Существующие в отдельных субъектах РФ (в г. Москве, Саратовской, Московской областях и др.) региональные законы об инновационной деятельности такую задачу решить не в состоянии, обеспечивая лишь фрагментарное, во многом расходящееся по принципиальным положениям «латание дыр».

В силу п. «ж» ст. 71 Конституции РФ к ведению Российской Федерации относятся основы ценовой политики. Следовательно, по данному вопросу должен быть принят федеральный закон. Но его нет, да и попыток разработки и принятия не предпринимается. В результате на протяжении многих лет правовые основы рыночного государственного регулирования цен определяются подзаконными нормативными правовыми актами: Указом Президента РФ от 28 февраля 1995 г. № 221 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» и Постановлением Правительства РФ от

¹ См., например, Федеральную целевую программу «Исследования и разработки по приоритетным направлениям развития научно-технологического комплекса России на 2007–2012 годы», утв. постановлением Правительства РФ от 17 октября 2006 г. № 613 (с изменениями от 18 августа 2007 г.); Федеральную целевую программу «Развитие инфраструктуры наноиндустрии в Российской Федерации на 2008–2010 годы», утв. постановлением Правительства РФ от 2 августа 2007 г. № 498 и др.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2007. № 31. Ст. 3991.

7 марта 1995 г. № 239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен». Этими актами, как в них прямо и говорится, определена государственная ценовая политика. Результат отсутствия законодательного обеспечения – неконтролируемый рост цен, несогласованность ценовой политики регионов и необходимость решения данной проблемы в отраслевом разрезе. Пример тому – вступающий в силу с 1 сентября 2010 г. новый Федеральный закон «Об обороте лекарственных средств».

В России, и это обстоятельство не является ни для кого секретом, действуют крупнейшие предпринимательские объединения, сфера интересов которых порой напрямую связана со стратегическими интересами самой Российской Федерации. Большинство из них восприняло такую форму объединений, как холдинги. Однако столь необходимый федеральный закон о холдингах до сих пор не принят.

Российское государство всегда было и остается крупным собственником и предпринимателем. Усиливающиеся попытки свести на нет государственное предпринимательство и до минимума сократить объем государственной собственности, хочется верить, не принесут своих желаемых результатов. Однако законодательного акта, которым определялись бы основы управления таким имуществом, не существует. А ведь необходимость его принятия проистекает из положений Конституции РФ – в силу п. «д» ст. 71 к ведению Российской Федерации отнесена федеральная государственная собственность и управление ею. На необходимость принятия соответствующего законодательного акта неоднократно обращалось внимание в научной и публицистической литературе, об этом говорилось на многочисленных конференциях и круглых столах. Однако «воз и ныне там». Примечательно, что в 1990 г. в основу формирования предпринимательского законодательства был положен Закон РСФСР «О собственности в РСФСР». Неужели впоследствии вопросы собственности стали менее значимыми для страны?

Принятие некоторых законодательных актов оказалось явно преждевременным. Пример тому – Федеральный закон «О техническом регулировании», который ознаменовал собой начало реформы в сфере стандартизации и сертификации. То, что такая реформа была необходима – очевидно и объясняется как причинами внутреннего характера (слишком большое количество обязательных государственных стандартов стало препятствием на пути развития предпринимательства), так и причинами внешнего характера (предстоящее вступление России в ВТО и необходимость приведения национального законодательства в соответствие с требованиями данной международной организации). Однако в сроки проведения реформы, определенные в Федеральном законе «О техническом регулировании», уложиться явно не удалось. Достаточно отметить, что в силу заключительных положений данного акта, все необходимые технические регламенты должны быть приняты к 1 июля 2010 г. (в течение 7 лет после вступления закона в силу). Сегодня принято всего 18 технических регламентов, большая часть которых еще не

действует. Для активизации работы по принятию технических регламентов потребовалось изменение ряда концептуальных положений. Так, согласно первоначальной редакции рассматриваемого закона основным нормативным правовым актом принятия технического регламента являлся федеральный закон, иные нормативные правовые акты могли вводить технические регламенты лишь в особом порядке. Актуальная редакция Федерального закона «О техническом регулировании» предусматривает как общее правило возможность принятия технических регламентов не только законами, но и подзаконными нормативными правовыми актами (сегодня 11 из 18 технических регламентов приняты постановлениями Правительства РФ).

Большое внимание в России сегодня уделяется поддержке малого и среднего предпринимательства. Принят и вступил в силу с 1 января 2008 г. Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации», пришедший на смену закону 1995 г. Новый законодательный акт, призванный внести «живую струю» в дело развития бизнеса, определил совершенно новое для российского законодательства понятие «субъект среднего предпринимательства» или «среднее предприятие», «микропредприятие»; ввел новые критерии отнесения к субъектам малого и среднего предпринимательства; определил основные направления поддержки малого и среднего бизнеса и особенности нормативного правового регулирования деятельности указанных категорий хозяйствующих субъектов. Вне всякого сомнения, сделан большой шаг вперед в данном направлении. При этом надо отметить, что большая часть положений данного закона для своей практической реализации требует принятия специальных законодательных и подзаконных нормативных правовых актов. И они в большинстве своем приняты. К примеру, Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» предусмотрел возможность проведения плановых проверок деятельности хозяйствующих субъектов не чаще чем раз в 3 года, необходимость составления каждым органом исполнительной власти годового плана проверок и размещения этого плана на сайте соответствующего органа власти; необходимость предварительного согласования проведения внеплановых выездных проверок субъекта малого предпринимательства с органами прокуратуры; сокращенный срок проведения плановых выездных проверок – в отношении одного субъекта малого предпринимательства общий срок проведения плановых выездных проверок не может превышать 50 часов для малого предприятия и 15 часов для микропредприятия в год (для сравнения – для иных субъектов срок проведения каждой из проверок не может превышать 20 рабочих дней).

Конечно, практическая реализации намеченных законодательством о малом и среднем предпринимательстве мер порой встречает препятствия на

практике. Однако главное в этом деле – наличие государственной воли, что должно принести желаемые результаты.

Относительно новым явлением в подходе к воздействию на предпринимательскую деятельность является саморегулирование. основополагающий акт – Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» установил законодательные основы данного явления, определил правовой статус саморегулируемых организаций. По общему правилу, членство в саморегулируемых организациях является добровольным. Однако в некоторых сферах предпринимательской и профессиональной деятельности введено обязательное членство в саморегулируемых организациях. В частности, это аудиторская, оценочная, строительная деятельность, деятельность арбитражных управляющих, где на смену лицензированию как способу государственного регулирования пришло обязательное саморегулирование. По сути, государство делегирует ряд своих функций (стандартизации, контроля) саморегулируемым организациям. Вне всякого сомнения, саморегулирование видится гораздо более прогрессивной и адекватной рыночным условиям хозяйствования формой воздействия на предпринимательство, нежели лицензирование как административно-директивный способ государственного регулирования. Вместе с тем, на этапе становления саморегулирования в России необходимы:

- контроль со стороны государства за деятельностью органов управления саморегулируемых организаций, поскольку им предоставлено право привлечения к дисциплинарной ответственности членов организации вплоть до исключения из числа членов организации;

- антимонопольный контроль, так как реализация функции стандартизации крупными саморегулируемыми организациями чревата ограничением конкуренции в отдельных сферах предпринимательской деятельности. Достаточно отметить, что саморегулируемая организация аудиторов должна насчитывать не менее 700 аудиторов или не менее 500 аудиторских организаций;

- имущественная поддержка при формировании компенсационного фонда саморегулируемых организаций. Так, если в Федеральном законе «О саморегулируемых организациях» денежный взнос участников в компенсационный фонд определен в размере 3 тысяч рублей, то Федеральный закон «Об оценочной деятельности» его повысил до 30 тысяч рублей, а Градостроительный кодекс – до 1 млн рублей для соответствующих сфер деятельности.

На практике возникают и другие проблемы, но все они решаемы и преодолимы.

Рассматривая российское предпринимательское законодательство, нельзя не обратить внимания и на отсутствие в системе российского законодательства специального законодательного акта, посвященного регулированию предпринимательской деятельности. То, что он необходим – бесспорно. Вопрос в другом – каким данный акт должен быть по своей форме и существу, следует ли на повестку дня в очередной раз ставить вопрос о разработке и принятии Предпринимательского (хозяйственного) кодекса.

Мною в течение ряда лет проводятся опросы среди предпринимателей различного уровня – начиная от малого и среднего, и заканчивая руководителями крупных хозяйствующих субъектов. Вопрос касается их мнения относительно необходимости или, что точнее, целесообразности наличия в России наряду с Гражданским кодексом РФ специализированного кодифицированного акта. Ответы получаю различные, диапазон мнений весьма широк – от полного неприятия (такой кодекс только усложнит и без того нелегкую жизнь предпринимателя и еще больше затруднит поиск нужной нормы права), до призыва приступить к данной работе как можно скорее. Не секрет, что отсутствует единое мнение по обозначенной проблеме и среди ученых-теоретиков.

Как представляется, выход из создавшейся ситуации лишь один – не принимать скоропалительных решений, изучить реалии российского предпринимательского рынка, выработать оптимальную модель специального кодифицированного акта в том случае, если решение о его создании все же будет принято.

Автор данной статьи была в числе разработчиков проекта Хозяйственного кодекса в 1994 г., когда названный акт создавался по заказу Президента РФ силами ученых Института государства и права РАН и Московской государственной юридической академии. Та большая проделанная работа так и осталась на уровне подготовленного и переданного заказчику проекта. Приходится ли об этом жалеть – не знаю, поскольку концепция, которая была положена в 90-е гг. в основу кодификации хозяйственного законодательства, по прошествии более чем пятнадцати лет видится не совсем правильной. Оставив Гражданскому кодексу РФ решение базовых правовых вопросов, проектом Хозяйственный кодекс моделировался как некое дополнение, призванное вобрать в себя нормы тех правовых институтов, которые не нашли отражения в основном законодательном акте. Такая идея видится неудачной, и хочется высказать надежду, что она не будет положена в основу формирования проекта нового Предпринимательского кодекса РФ.

Какая концепция кодификации предпринимательского законодательства является оптимальной – ответ на этот самый сложный вопрос еще необходимо выработать совместными усилиями ученых и практиков. Как совершенно справедливо отмечает Реми Кабрияк, «кодификация выглядит некой носительницей основных ценностей того общества, которое ее породило. Иначе говоря, она есть продукт исторического и культурного развития данного общества, и ее совершенно невозможно от общества отделить. Кодификация часто помогает цементировать общество, на нее решившееся, помогает собрать в единое целое социально и географически разделенные слои населения»¹. Хочется верить, что кодификация предпринимательского законодательства справится со столь важной миссией в будущем.

¹ Реми Кабрияк. Кодификации. М., 2007. С. 26

Сегодня же ясно одно – необходимо на законодательном уровне определить основы государственного регулирования предпринимательства. Яснее говоря – нужен закон о государственном регулировании предпринимательской деятельности. Именно в данном акте должны быть заложены основные направления законодательного обеспечения хозяйствования, определены механизмы воздействия на предпринимательство, пределы вмешательства в предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов, гарантии и способы защиты их прав. В начале 90-х гг. такую роль, пусть не всегда удачно, играл Закон РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности в РСФСР». Названный акт утратил силу в связи с введением в действие первой части Гражданского кодекса РФ. Произошла ли адекватная замена – конечно нет. Да и мог ли Гражданский кодекс РФ, регулирующий отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников (ст. 2 ГК РФ), обеспечить правовой механизм взаимоотношений предпринимателей и государства. Не мог и не должен был. Достаточно сказать, что даже само понятие предпринимательской деятельности, представленное в той же второй статье ГК РФ, оказалось неудачным¹. Для его реального применения на практике при решении вопроса квалификации деятельности в качестве предпринимательской либо нет, понадобились дополнительные многочисленные разъяснения, в том числе судебных органов. К примеру, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24 октября 2006 г. № 18 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»² дается разъяснение по поводу того, что понимать под систематичностью в извлечении прибыли. В частности, в п. 13 названного Постановления говорится: «Отдельные случаи продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг лицом, не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, не образуют состав данного административного правонарушения при условии, если количество товара, его ассортимент, объемы выполненных работ, оказанных услуг и другие обстоятельства не свидетельствуют о том, что данная деятельность была направлена на систематическое получение прибыли.

Доказательствами, подтверждающими факт занятия указанными лицами деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли, в частности, могут являться показания лиц, оплативших товары, работу, услуги, расписки в получении денежных средств, выписки из банковских счетов лица, привлекаемого к административной ответственности, акты передачи товаров (выполнения работ, оказания услуг), если из указанных документов следует, что денежные средства поступили за реализацию этими лицами то-

¹ Подробнее см. Российское предпринимательское право: учебник / под ред. И.В. Ершовой, Г.Д. Отнюковой. М.: Проспект, 2006. С. 17–25.

² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2006. № 12.

варов (выполнение работ, оказание услуг), размещение рекламных объявлений, выставление образцов товаров в местах продажи, закупку товаров и материалов, заключение договоров аренды помещений». Данное разъяснение по вопросам судебной практики, обязательное для применения нижестоящими судами, вызывает много вопросов. Но оно необходимо по причине крайне неудачной формулировки нормы в ГК РФ, мало применимой в реальной действительности.

Поскольку речь зашла о Гражданском кодексе РФ, нельзя не отметить, что в настоящее время создан и функционирует Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. Совет разработал Концепцию развития гражданского законодательства, которая опубликована в целях обсуждения. Концепцией предусматривается внесение достаточно существенных изменений и действующие положения. К примеру, если обратиться к проекту развития законодательства о юридических лицах, то предполагается, в частности:

- отмена законов, дублирующих положения ГК РФ (Федеральный закон «О некоммерческих организациях») либо не оправдавших себя в практическом применении (Федеральный закон «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)») законодательных актов, объединение отличающихся принципиальной предметной близостью федеральных законов (например, в закон о хозяйственных обществах могут войти закон об акционерных обществах и об обществах с ограниченной ответственностью). При этом основным направлением законотворчества считается сохранение и поддержание центральной, основополагающей роли ГК РФ, соблюдение соответствия норм отдельных законов положениям ГК РФ, применение последних при наличии противоречий между отдельными законами и ГК РФ;

- сокращение «набора» организационно-правовых форм коммерческих организаций. Предложено отказаться от обществ с дополнительной ответственностью, закрытых акционерных обществ, муниципальных казенных предприятий, а в перспективе – от государственных и муниципальных унитарных предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения и оперативного управления как таковых;

- существенное увеличение минимального размера уставного капитала (до 1 млн рублей для ООО, до 2 млн рублей для АО) и определение его обязательной денежной части (30–50%);

- ужесточение процедуры государственной регистрации юридических лиц, введение юридической экспертизы документов и другие предложения.

В заключение хотелось бы отметить, что двадцатилетний опыт ведения предпринимательской деятельности в современной России поставил перед отечественным законодателем новые вопросы, наметил проблемы, но он же позволяет сегодня найти достойное им решение. Важно скоординировать усилия ученых и практиков, забыть об имеющихся в науке разных школах и

противоречиях и выработать оптимальный, отвечающий потребностям нашей страны, правовой механизм законодательного обеспечения предпринимательской деятельности. Все предпосылки для этого на сегодняшний день имеются.

Охарактеризовав в целом российское предпринимательское законодательство, хотелось бы осветить методику преподавания предпринимательского права в Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина.

В текущем году кафедра предпринимательского (хозяйственного) права Московской государственной юридической академии отмечает 22 года.

Несколько слов истории. В 80–90-е гг. прошлого века необходимость развития и изучения хозяйственного права как самостоятельной отрасли права осознавали не только отдельные ученые – «хозяйственники». Юристы-практики в своей повседневной работе постоянно сталкивались со значительными сложностями из-за неупорядоченности в регулировании хозяйственной деятельности. Сама жизнь, правоприменительная практика требовали совершенствования системы подготовки юристов, специализации студентов по хозяйственному праву в процессе их учебы в юридических институтах (на юридических факультетах).

В СССР в ведущих вузах, где были юридические факультеты, стали создаваться кафедры хозяйственного права, либо хозяйственное право преподавали в рамках существующих кафедр гражданского права (иногда они переименовывались в кафедры гражданского и хозяйственного права).

Поскольку ученых-преподавателей по хозяйственному праву было явно недостаточно, на первых порах с формированием кадров возникали трудности. Использовался проверенный советский лозунг – «коммунисты всегда впереди».

Кафедра хозяйственного права ВЮЗИ была создана в 1988 г. 1 февраля 1988 г. состоялось «историческое» для нашего института заседание Ученого совета, на котором было принято решение о разделении кафедры гражданского права и образования кафедры хозяйственного права. Совет рекомендовал на должность заведующего новой кафедрой доктора юридических наук, профессора *Мартемьянова Валентина Семеновича*. На основании этого решения Совета появился Приказ ректора ВЮЗИ профессора О.Е. Кутафина от 15 февраля 1988 г. о создании кафедры хозяйственного права, а профессор В.С. Мартемьянов был назначен исполняющим обязанности заведующего кафедрой. У истоков кафедры по существу стояли три человека – один доктор юридических наук, профессор и два старших преподавателя – Г.Д. Отнюкова и Н.Г. Погосян.

Проблемы с формированием штатного состава кафедры особенно остро встали в годы вхождения страны в рыночные отношения, цены в стране на все продукты и услуги выросли в сотни и тысячи раз. В начале 90-х гг. многие преподаватели академии перешли на работу во властные структуры, в

Конституционный Суд РФ, в Верховный Суд РФ, в Высший Арбитражный Суд РФ, в коммерческие организации. Несмотря на эти сложности, костяк кафедр академии, в том числе кафедры хозяйственного права, сохранился. Кафедра развивалась, в ее кадровой политике был взят курс на подготовку преподавательского состава за счет аспирантов. Претенденты отбирались в аспирантуру с перспективой последующей преподавательской работы именно в составе нашей кафедры. Ученики В.С. Мартемьянова и ученики его учеников достойно продолжают дело Валентина Семеновича.

Творческий потенциал кафедры неиссякаем. В плане выбора специализации студентами МГЮА, набора в аспирантуру кафедра имеет среди студентов один из самых высоких рейтингов. Достаточно отметить, что в нынешнем году кафедра выпускает 197 дипломников.

С момента основания кафедры вплоть до своей трагической гибели кафедрой успешно руководил В.С. Мартемьянов. В 1994 г. вышел двухтомный учебник по хозяйственному праву. Причем первая часть была полностью написана профессором В.С. Мартемьяновым, а вторая – авторским коллективом кафедры. Коллеги Валентина Семеновича, его друзья помнят, как он и вся кафедра искренне радовались появлению первого полноценного учебника по курсу современного хозяйственного права. Данный учебник определил основные направления современного развития отрасли, представив ее систему и институты.

В этом же 1994 г. группой ученых, в которую входили В.С. Мартемьянов, И.В. Ершова, был создан проект Хозяйственного кодекса. К сожалению, смерть Валентина Семеновича – депутата Государственной Думы РФ, оборвала его планы по продвижению идеи о Хозяйственном кодексе в Думе. Он ушел из жизни в расцвете своих творческих сил, отметив за два года до этого печального дня свое 60-летие.

Валентин Семенович Мартемьянов был многосторонне талантливым человеком. Он профессионально пел, писал стихи и песни. Велики его заслуги в деле развития хозяйственного права. Неизгладимое впечатление на читателей производили статьи профессора Мартемьянова – написанные великолепным живым русским языком, полемичные, всегда необычайно актуальные и содержательные. Одна из таких статей – «Юридическая трагедия» увидела свет в 1992 г. «Юридическая трагедия» – плод многолетних раздумий Валентина Семеновича, его кропотливой работы в архивах, бесед с очевидцами событий. Это боль в связи с невосполнимой утратой, которую понесла хозяйственно-правовая школа в результате юридической трагедии 30-х гг. прошлого века. Статья «Юридическая трагедия» была переиздана в журнале «Предпринимательское право» № 2 за 2004 г.

В 1996 г. на основании решения Ученого совета МГЮА кафедра была переименована в кафедру предпринимательского (хозяйственного) права.

За более чем двадцать лет состав кафедры значительно расширился. На кафедре работает более 30 человек, внушителен состав докторов юридиче-

ских наук. Многие работники кафедры успешно совмещают преподавание с практической деятельностью.

Отстаивание предпринимательского права как отрасли права является одним из основных направлений научной деятельности кафедры. Идеи ученых нашей нашли отражение в учебниках, учебных пособиях, монографиях, многочисленных публикациях членов кафедры в ведущих юридических журналах и издательствах.

Профессорско-преподавательским составом кафедры написан двухтомный учебник «Предпринимательское (хозяйственное) право» (ответственный редактор – О.М. Олейник), изданный в издательстве «Юристъ» (1999 г. – том 1, 2002 г. – том 2). В 2006 г. в издательстве «Проспект» вышел в свет подготовленный коллективом кафедры фундаментальный учебник «Российское предпринимательское право» (ответственные редакторы – И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова).

Уже пять изданий в издательстве «Юриспруденция» выдержал авторский учебник И.В. Ершовой «Предпринимательское право».

Кроме того, были подготовлены учебные пособия:

- Предпринимательское право. Сборник нормативных актов;
- Судебная практика по хозяйственным делам;
- Предпринимательское право. Вопросы и ответы (серия «Подготовка к экзамену»).

Данные учебные пособия пользуются большой популярностью у студентов, помогая им во всестороннем усвоении курса «Предпринимательское право».

Полноценному изучению студентами курса «Предпринимательское право» во многом способствуют также подготовленные преподавателями кафедры и изданные в разные годы схемы, комментарии законов. Так, Д.Г. Алексева, С.В. Пыхтин являются соавторами комментариев к Федеральному закону «О кредитных историях», «О валютном регулировании и валютном контроле» («Волтерс Клувер», 2006 и 2004 г. соответственно). И.В. Ершова и Т.М. Иванова являются авторами схем по предпринимательскому праву, дважды переиздававшихся издательством «Юриспруденция».

Важно, что учебная литература оперативно обновляется. Это крайне необходимо, учитывая высокую динамику изменений предпринимательского законодательства.

Специальные курсы, специальные семинары также в основном оснащены учебниками и учебными пособиями, написанными авторами – преподавателями кафедры. В этой связи хотелось бы отметить подготовленный Л.В. Андреевой учебник по коммерческому праву России («Волтерс Клувер», 2006, 2008 г.).

По общим, специальным курсам и специальным семинарам преподавателями кафедры написаны и систематически обновляются сборники методических указаний.

Основной учебной дисциплиной кафедры является «Российское предпринимательское право». Данная дисциплина преподается в течение двух семестров. Система курса состоит из двух частей. В первой изучаются основополагающие темы, связанные с предметом, методом предпринимательского права, правовым статусом субъектов предпринимательской деятельности, правовым режимом их имущества, государственным регулированием предпринимательской деятельности. Темы второй части курса позволяют проследить динамику развития предпринимательской деятельности: от обеспечения ее необходимыми средствами в ходе финансирования, кредитования, инвестирования, информационного обеспечения до выпуска в обращение товаров (работ, услуг), их реализации, подведении итогов деятельности в форме отчетности различных видов. Изучение практически всех тем курса построено на сочетании теории и практики, стремлении сформировать у студентов теоретическую базу знаний и привить им практические навыки.

Кроме этого, преподавателями кафедры проводятся занятия по курсу «Банковское право». Этот курс преподается всем студентам академии в течение одного семестра. Предметом его изучения являются понятие и правовое положение кредитных организаций, статус Центрального банка РФ, основные банковские операции, в частности, операции по банковскому счету, связанные со списанием и зачислением денежных средств, операции по кредитованию хозяйствующих субъектов, валютные операции, операции с ценными бумагами и другие. В настоящее время в МГЮА создан Институт банковского права, который возглавляется профессором нашей кафедры Д.Ю. Шестаковым.

В процессе изучения курсов студенты слушают лекции, посещают практические занятия, на которых анализируют нормативные акты по соответствующей теме, рассматривают теоретические вопросы, а также решают задачи. После изучения основных курсов студенты сдают экзамен.

Преподаваемыми на кафедре специальными курсами для студентов специализации являются:

– «Коммерческое право». Цель настоящего учебного курса заключается в том, чтобы на основе полученных студентами знаний по гражданскому и предпринимательскому праву о юридических лицах, в том числе субъектах предпринимательской деятельности, обязательствах и договорах сформировать у слушателей курса четкое представление о субъектах торговой деятельности (дилерах, дистрибьюторах, торговых домах и др.), торговых договорах и договорах, способствующих продвижению товаров на рынке, государственных требованиях, предъявляемых к оптовому торговому обороту, правовом режиме оборота отдельных видов товаров.

– «Конкурентное право», целью которого является детальное изучение студентами требований законодательства в сфере обеспечения конкуренции и ограничения монополистической деятельности, а также практики его применения.

Кроме того, специализирующимся по кафедре предпринимательского (хозяйственного) права студентам предлагается ряд специальных семинаров: Правовой режим имущества и финансов предприятия, Банкротство хозяйствующих субъектов, Предпринимательское право зарубежных стран, Корпоративные споры, Расчеты в хозяйственном обороте, Валютное регулирование предпринимательской деятельности, Внешнеэкономическая деятельность, Правовые проблемы налогового планирования и др.

Таким образом, в настоящее время в МГЮА сложилась структура подготовки специалистов, которая предполагает изучение студентами:

- общих курсов независимо от выбранной ими специализации;
- специальных лекционных курсов, которые читаются кафедрами для студентов соответственно гражданско-правовой, государственно-правовой и уголовно-правовой специализации. Отметим, что гражданско-правовая специализация охватывает студентов, специализирующихся по кафедрам предпринимательского (хозяйственного) права, гражданского права и гражданского процесса, трудового права и права социального обеспечения, аграрного и экологического права;
- специальных семинаров, которые проводятся со студентами, специализирующимися на соответствующей кафедре.

На сегодняшний день такая система позволяет готовить специалистов, обладающих как фундаментом общих знаний, так и получивших много специальных сведений и навыков по интересующей их проблематике. Выпускники МГЮА имени О.Е. Кутафина востребованы на российском рынке труда.

Переход на уровневую систему подготовки юристов предопределил необходимость разработки учебных программ для магистров и бакалавров.

В настоящее время на кафедре предпринимательского (хозяйственного) права МГЮА имени О.Е. Кутафина идет активная работа над двумя магистерскими программами: «Правовое сопровождение бизнеса (бизнес-юрист)» и «Банковский юрист».

Так, магистерская программа «Правовое сопровождение бизнеса (бизнес-юрист)» предполагает изучение в течение двух лет следующих учебных дисциплин: Актуальные проблемы предпринимательского права, Государственное регулирование предпринимательской деятельности и контроль, Корпоративный юрист, Информация в бизнес-сфере, Договорное право, Антикризисное управление и банкротство, Правовое регулирование организации и осуществления торговой деятельности, Теория и практика применения банковского законодательства, Антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности и защита конкуренции, Инвестиционное право, Рынок ценных бумаг и коллективного инвестирования, Денежные расчеты в предпринимательской деятельности, Государственная поддержка малого и среднего предпринимательства, Правовой режим валютных операций, Налогообложение бизнеса, Внешнеэкономическая деятельность предпринимателей.

Данная программа нам видится как межкафедральная, поскольку только комплексный подход позволяет подготовить квалифицированного магистра

для работы в бизнес-среде и преподавания предпринимательского права. Следуя избранному направлению, в программу заложен ряд учебных дисциплин, преподавание которых будет осуществляться профессорами других кафедр академии: Вопросы международного частного права в бизнес-среде (кафедра международного частного права), Практика современного бизнеса: традиции и новации (кафедра экономики), Административная и уголовная ответственность в области предпринимательской деятельности (кафедры уголовного права и административного права), Правовое обеспечение управления персоналом (кафедра трудового права и права социального обеспечения), Судебная защита предпринимательской деятельности (кафедра гражданского процесса).

Заканчивается обучение в магистратуре подготовкой магистерской диссертации.

Многие преподаватели кафедры предпринимательского (хозяйственного) права МГЮА имени О.Е. Кутафина успешно совмещают преподавание и практическую деятельность, являясь практикующими юристами. Как представляется, подобный симбиоз весьма полезен для такой прикладной дисциплины, как предпринимательское право.

На кафедре большая аспирантура, большей частью пополняющаяся за счет выпускников академии, успешно специализировавшихся по предпринимательскому праву.

Успешно работают студенческие кружки по предпринимательскому и банковскому праву.

С 2004 г. издается журнал «Предпринимательское право», одним из главных редакторов которого является И.В. Ершова. Данный журнал рекомендован ВАК России для опубликования результатов докторских и кандидатских диссертаций.

Объединению научной мысли, координации усилий в деле развития науки предпринимательского права и преподавания данной дисциплины способствует работа Секции предпринимательского права Учебно-методического совета по юридическому образованию. В работе секции принимают участие виднейшие специалисты в сфере Российского предпринимательского права. Сопредседателями секции являются И.В. Ершова и доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова Е.П. Губин.

Кафедра предпринимательского (хозяйственного) права Московской государственной юридической академии находится на подъеме. Мы с уверенностью смотрим в будущее и верим, что совместные усилия всех, кто предан идее предпринимательского (хозяйственного) права позволят и дальше развивать нашу науку, совершенствовать учебный процесс и привнести свою лепту в решение задачи подготовки квалифицированных юридических кадров страны.

*С.В. Кабышев**

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В КАНАДЕ

Канадская система высшего образования во многом унаследовала черты британской системы образования. При этом особенности геополитического характера, мультикультурализм, сосуществование двух правовых систем – континентального и общего права, а также наличие двух официальных языков: английского и французского, обусловили особенности канадской системы юридического образования.

В Канаде юриспруденция и медицина относятся к категории «профессионального образования», что означает повышенные требования к абитуриентам. В частности, для того чтобы поступить на юридический факультет, необходимо в течение трех лет отучиться в университете и получить степень бакалавра по любой другой специальности либо успешно прослушать определенное количество часов по программе, ведущей к получению данной степени. Следующим важным условием является успеваемость абитуриента в этом вузе. Средний бал (Grade Point Average) не должен быть менее 4.3. Третье условие – Law School Admission Test. Это задания, которые призваны протестировать логическое мышление и понимание прочитанного текста абитуриентом. Четвертым условием является знание языка обучения, которое должно быть подтверждено высоким результатом Test of English as a Foreign Language.

Для оценки кандидатов применяется индекс поступления. Индекс, как правило, включает сочетание академических характеристик и баллов, набранных по системе вышеуказанных тестов. Формула выведения индекса индивидуальна для каждого вуза.

В Канаде нет стандартов преподавания общих для всех юридических школ (их всего 20), поэтому учебное заведение, а они есть в каждой из 10 провинций, свободно в выборе учебных программ. Например, в провинции Квебек находится несколько крупных университетов, имеющих юридические факультеты, где образование ведется на французском языке. В городе Квебек расположен старейший в Северной Америке франкоязычный вуз (основан в 1663 г.) – Университет Лаваль. Здесь учились премьер-министры Ка-

* © Кабышев С.В., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права России Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина.

нады – Брайан Малруни и Жан Кретъен. Хорошие юридические школы есть в университетах Монреаля и Шербука. На юридических факультетах, расположенных в других провинциях Канады: Osgoode Hall Law School (г. Торонто, провинция Онтарио), Queen's University (г. Кингстон, провинция Онтарио), University of Calgary (г. Калгари, провинция Альберта), University of British Columbia (г. Ванкувер, провинция Британская Колумбия), обучение проводится на английском языке. Объясняется это тем, что ответственность за допуск к юридической профессии в Канаде лежит на провинциальных правовых обществах. Специфика каждой провинции, отличающаяся своеобразием экономики и культуры, предполагает соответствующий спрос на юристов.

Провинциальные правовые общества осуществляют контроль за качеством юридических услуг населению через этические и профессиональные стандарты. Для того чтобы получить степень бакалавра права (Bachelor of laws – LLB) или доктора права (JD), в канадских юридических школах требуется, как правило, пройти трехгодичный очный курс обучения. Только в двух университетах – Оттавском, расположенном в столице Канады, и McGill University, находящемся в г. Монреале, преподавание осуществляется на двух официальных языках Канады. Это обусловлено тем, что данные университеты входят в Национальную программу образования и обучение там рассчитано на 4 года, и ориентировано на подготовку кадров для государственной службы.

В последние годы спрос на юридическое образование в Канаде удерживался на высоком уровне, от 5000 до 7000 кандидатов претендовали на приблизительно 2350 мест на первых курсах юридических школ Канады.

В большинстве юридических школ действуют программы, способствующие расширению представительства этнических меньшинств в профессии. Многие школы имеют программы академической поддержки для представителей этнических меньшинств и других групп абитуриентов.

Лица, чья родословная восходит к коренным жителям, могут подать заявление на участие в Программе изучения права для коренных жителей (Program of Legal Studies for Native Persons). Эта программа позволяет коренным жителям Канады получить предварительную подготовку, изучая юридические материалы на очных летних курсах Университета провинции Саскачеван (University of Saskatchewan).

Стоимость юридического образования в Канаде становится все более высокой. В 2009–2010 гг. плата за обучение в канадских юридических школах составила от 7000 до 21000 долларов в год. Многие школы взимают различную плату с канадских граждан и иностранных студентов. В зависимости от географического положения школы и стиля жизни студента расходы на жилье и другие расходы на жизнь потребуют еще от 10000 до 22000 долларов в академический год.

Студенты имеют возможность пользоваться финансовой помощью. Большинство средств поступает через программы займов, спонсируемые федеральным правительством. Студенты-канадцы и получившие статус имми-

грантов могут обратиться к властям провинций, где они проживают, с просьбой предоставить заём в рамках Программы студенческих займов (Canada Student Loan Plan). В большинстве провинций также можно получить безвозмездные стипендии или займы, которые, однако, не покрывают всех расходов на обучение.

Каждый год журнал «Канадский юрист» проводит исследование с целью определить лучшие юридические факультеты (школы) Канады¹. Редакция журнала рассылает тысячи писем с анкетами выпускникам вузов текущего года и из 500 полученных ответов составляет рейтинг. В целом, мнения выпускников являются положительными. По-прежнему самое большое недовольство высказывалось в отношении высокой стоимости обучения и предлагаемых за такие большие деньги вариантов прохождения практики для будущих юристов.

Факультеты оцениваются по 5-бальной шкале. Критериями для оценки были выбраны: расписание занятий, профессорско-преподавательский состав всего университета, преподаватели только юридического факультета, проводимые тестирования, техническое оснащение, возможность прохождения практики, рекомендация выпускника по поступлению на факультет. Распределение мест каждый год разное, но среди лидеров неизменно следующие юридические школы:

*Юридическая школа Осгуд (Университет Йорк)*². Основанная в 1889 г. Юридическая школа Осгуд всегда была среди лучших в Канаде. Профессорско-преподавательский состав школы считается самым квалифицированным в стране и представлен учеными, прославившимися во всем мире своими исследованиями. Приглашенные преподаватели ни с кем не сравнятся, они являются членами Коллегии адвокатов Торонто. Учебная программа школы очень обширна и не имеет аналогов в Канаде.

Конечно, не только преподаватели и учебная программа, но и сами студенты делают школу выдающейся. Требования при поступлении в Осгуд очень высоки. В школе предусмотрено только 290 мест для первокурсников, а ежегодно туда приходят 2000 заявок на трехлетнюю программу Бакалавра права (LLB). Поэтому выбираются только самые лучшие абитуриенты.

Помимо программы Бакалавра права (LLB) в школе предлагается самая амбициозная в Канаде программа для выпускников бакалавриата. Также школа знаменита своей уникальной программой повышения квалификации для практикующих юристов.

Юридическая школа Осгуд знаменательна тем, что:

- первой среди юридических школ (в 2001 г.) дала возможность студентам окончить обучение, имея специализацию в международном, судебном или налоговом праве;

¹ <http://www.canadianlawyermag.com>.

² <http://www.yorku.ca>.

- первой среди юридических школ соединила степень в праве с MBA;
- издала первые исчерпывающие учебники в нескольких важных областях права Канады, таких как гражданские правонарушения, конституционное право и реституция;
- имеет самую большую в Канаде юридическую библиотеку;
- является первопроходцем в юридических исследованиях on-line;
- имеет самую масштабную учебную программу для выпускников бакалавриата;
- предлагает практикующим юристам уникальную программу повышения квалификации;
- первой среди юридических школ (в 1968 г.) дала свободу старшекурсникам в выборе предметов;
- первой среди юридических школ создала студенческое сообщество юридических практик;
- первой среди юридических школ разработала правовые курсы по финансовой несостоятельности;
- первой среди юридических школ разработала инновационные программы интенсивного обучения и практикумы.

*Юридический факультет Университета Торонто*¹. Юридический факультет Университета Торонто был основан в 1887 г. и является одним из старейших профессиональных факультетов в долгой и яркой истории Университета.

На сегодняшний день факультет входит в число лучших по всему миру. На факультете работают 57 штатных преподавателей и 25 профессоров приглашаются из других известных юридических школ. Каждый год факультет принимает более 500 новых студентов.

Обширные образовательные программы факультета дополняются программами юридических консультаций и тесными связями с более чем 6000 выпускниками, которые успешно находят свое место в канадском обществе и продолжают участвовать в жизни факультета.

Факультет находится не только в двух красивейших исторических зданиях, но и располагает обновленной, высокотехнологичной юридической библиотекой *Boa Laskin*.

Факультет предлагает три программы: Магистр права (LLM), Доктор права (JD) и Магистр юридических исследований (MSL). Под руководством прекрасных преподавателей-ученых студенты могут успешно проводить исследования практически во всех сферах права. Более того, юридический факультет имеет тесные связи с другими факультетами Университета и мотивирует студентов проходить обучения сразу по нескольким специальностям.

¹ <http://www.utoronto.ca>.

*Юридический факультет Университета Нью Брансвик*¹. Студенты, преподаватели и выпускники называют Юридический факультет Университета Нью Брансвик «Великой канадской маленькой юридической школой».

Самым главным преимуществом факультета является его маленький размер. Каждый год на этот факультет принимаются только 80 студентов, а общее число студентов составляет 230 человек. На факультете всего 20 преподавателей, а соотношение преподаватель–студент впечатляет – 11.5:1. Факультет – это сплоченное сообщество, объединяющее студентов со всех районов Канады, со всех уголков мира. Все комнаты для преподавателей, учебные классы, библиотека, книжный магазин находятся в прекрасном Ludlow Hall.

*Юридический факультет Университета Виктория*². Юридический факультет Университета Виктория входит в число лучших в Канаде. Великолепный профессорско-преподавательский состав, студенческая атмосфера и стремление к социальной справедливости в Канаде и во всем мире ставят факультет в число лидеров среди юридических школ.

Согласно недавнему опросу, проведенному самим факультетом, 97% первокурсников оценивают свое обучение на «хорошо» и «отлично». Причиной этому можно назвать благоприятную учебную атмосферу и опыт преподавателей, которые с радостью делятся своими знаниями со студентами.

*Юридический факультет Университета МакГилл*³. Юридический факультет Университета МакГилл расположен в четырех великолепных особняках XIX в. и в одном современном шестиэтажном здании, которое выходит окнами на студенческий городок и деловой центр Монреаля. Преподаватели факультета являются специалистами как, в общем, так и в гражданском праве и предпочитают сравнительный подход, уже признанный в мире многими известными правоведами.

Юридический факультет предлагает студентам программы получения совмещенной степени Бакалавра гражданского права и Бакалавра права (B.C.L & LL.B). Также студентам предлагаются такие варианты, как соединение программы MBA (Магистр делового администрирования) и Бакалавра гражданского права или Бакалавра права (B.C.L & LL.B), либо программы MSW (Магистр социальных работ) и Бакалавра гражданского права или Бакалавра права (B.C.L & LL.B).

Также на факультете студенты могут продолжить свое обучение после бакалавриата. Им предлагается получить степень Магистра Права (LL.M.) с написанием или без написания дипломной работы, степень Доктора гражданского права (D.C.L.).

Для получения степени Магистра или Доктора (LL.M.) (D.C.L.) студенты могут обучаться на Юридическом факультете, в Институте

¹ <http://www.unb.ca>.

² <http://www.uvic.ca>.

³ <http://www.mcgill.ca>.

сравнительного правоведения (ICL) или в Институте воздушного и космического права (IASL). Выпускники Юридического факультета Университета МакГилл работают в каждой канадской провинции и во многих американских штатах. Они задействованы в социальных проектах в Африке, Южной Америке, Европе и Азии. Десятки выпускников посвятили свою жизнь науке, многие добиваются успеха, работая в международных агентствах, правительстве, журналистике.

*Юридический факультет Университета Виндзор*¹. Юридическая школа Университета Детройт и Юридический факультет Университета Виндзор объединились, чтобы создать уникальную совместную американско-канадскую юридическую программу.

Студенты сдают 104 зачета за три года обучения и по окончании получают степени Доктора права (J.D.) и Бакалавра права (LL.B.).

Данная программа достаточно трудная и была создана, чтобы подготовить будущих юристов к работе как в Канаде, так и в США, в соответствии с профессиональной этикой и традициями юридических школ каждой из стран.

Обучение по данной программе позволит:

- работать и в США, и в Канаде;
- получить две степени одновременно;
- изучить культуру двух стран;
- овладеть знаниями о двух правовых системах;
- оплачивать обучение по фиксированной стоимости.

*Факультет права Университета Квинс*². Факультет права Университета Квинс известен не только своей прекрасной образовательной базой, но и командным духом среди его студентов, что ставит этот факультет в один ряд с ведущими юридическими «школами» Канады. Университет расположен в уютном городе Кингстон, который находится в нескольких часах езды от столицы Канады Оттавы и крупных канадских мегаполисов – Торонто и Монреаля.

Факультет права этого университета привлекает студентов не только со всей Канады, но и со всего мира. Предлагаемая университетом образовательная программа обширна и многогранна. Каждую весну в Соединенном Королевстве в Международном образовательном центре Университета Квинс проводится уникальная правовая программа для студентов факультета. С увеличением количества международных программ факультет стремится получить статус «Всемирной школы права».

Факультет права Университета Квинс предлагает своим выпускникам трудоустройство по окончании обучения. Более 80% студентов факультета получают возможность стажироваться во время учебы, начиная с третьего

¹ <http://www.uwindsor.ca>.

² <http://www.queensu.ca>.

года обучения. Выпускники факультета находят работу в ведущих юридических фирмах Канады, в государственной службе и в различных международных организациях.

Канадская модель юридического образования основана на индивидуальном выборе студентов изучаемых дисциплин. Каждый студент во время учебы должен набрать определенное количество зачетных единиц или «кредитов» для перехода на следующий курс.

Так, в университете Квинс конституционное право читается на первом курсе в объеме 104 часов и имеет 8 зачетных баллов, на юридическом факультете университета Йорк – 80 часов и 6 зачетных единиц. Это максимальное количество «кредитов» обеспечивает обязательность конституционного права для студентов.

При обучении праву используются различные методы. Возможно, наименее привычным для студентов первого курса оказывается метод анализа конкретной ситуации или метод кейсов (case study). Метод подразумевает детальное изучение некоторого числа судебных решений, касающихся той или иной правовой ситуации. Сосредоточив внимание на основополагающих принципах, формирующих правовой подход к различным ситуациям, студенты учатся улавливать различия между мало отличающимися результатами применения законодательства и определять критические факторы, повлиявшие на тот или иной исход. Овладев умением находить такие различия, студенты становятся способны применять эти знания в новых ситуациях. Также студенты учатся применять этот метод критического анализа к законодательным текстам и научным статьям.

Роль преподавателя заключается в том, чтобы пробуждать интерес к знаниям и стимулировать работу мысли. В том или ином случае, он может задать вопросы, помогающие более глубоко вникнуть в представленные факты, установить, какие правовые принципы были применены при вынесении решения, проанализировать ход принятия решения. Действуя таким образом, преподаватель побуждает студентов обсуждать конкретный случай с другими студентами, отличать его от подобных, но не применимых в данных обстоятельствах прецедентов. Для того чтобы побудить студента отстаивать свою аргументацию, преподаватель может занять противоречащую позицию. Поскольку в рамках такого процесса основное бремя изучения предмета ложится на студента, обсуждения в классе могут стать и волнующими и требующими большого напряжения ума.

Метод обучения на основе case study отражает общее мнение, что основная задача юридических школ состоит не в преподавании материального права, а в том, чтобы научить студентов думать, как юрист. Преподаватели права меньше думают о правилах и технике, чем их коллеги, преподающие другие дисциплины. Несмотря на то, что запоминание деталей может быть полезно и для студента-юриста, способность к аналитическому мышлению и самообучению для него более важны, чем способность к заучиванию наизусть.

По окончании первого курса обучения, основное внимание переносится на юридические тексты.

Для юриста очень важно умение читать, анализировать и аргументировать на основе текстов, так как именно в текстах «аккумулируется право», а эти умения для юридической аргументации нужны как кислород для дыхания, говорил Жан Карбонье¹.

«Право вырабатывается в атмосфере борьбы мнений, диалектической оппозиции, аргументации в различных направлениях. Искусство делать различия, столь характерное для схоластической аргументации, является также основой юридической аргументации. Усилия юристов, всех уровней и на протяжении всей истории права, были направлены на достижение согласия между методами правовой аргументации и правосудием, или, хотя бы, на достижение приемлемости решений для общества», писал Хаим Перельман в работе «Юридическая логика: новая риторика»².

Следовательно, настоящей задачей юридического факультета, по мнению профессора университета МакГил Родерика Макдональда, является не обучение студентов различным правовым техникам, а привитие им умения вести юридическую аргументацию, чтобы в один прекрасный день они довели это умение до уровня мастерства. Это возможно путем усвоения фундаментальных понятий правосудия, но также и через законодательные тексты, в которых излагаются, не совершенно, но осязаемо и реально, все эти понятия³.

Для того чтобы иметь право заниматься юридической практикой, правовые общества всех провинций требуют, чтобы кандидат имел степень в области права, присужденную одной из признанных юридических школ, а также прошел период работы стажером, выполняя поручения имеющего необходимую квалификацию члена правового общества.

Стажировка обычно подразумевает работу на полную ставку за небольшое вознаграждение клерком в юридической фирме, в суде, или правовом департаменте государственного учреждения или корпорации.

Продолжительность стажировки составляет от девяти месяцев до одного года, в зависимости от провинции. Затем провинциальные правовые общества проводят специализированные учебные курсы, которые могут быть от 3 до 6 месяцев. Данные курсы направлены на подготовку к конкурсу по замещению конкретной специальности – адвоката, юриста в коммерческой компании и др. По окончании программы обучения проводится оценка, призванная гарантировать, что новый член юридического сообщества обладает знаниями, умениями и установками, необходимыми для юристов, начинающих свою профессиональную деятельность.

¹ *Carbonnier Jean*, Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans requier, 1979, L.G.D.J. Paris, pp. 61–65.

² Chaïm Perelman Logique juridique, nouvelle rhétorique, 2^{ème} éd. 1979, Dalloz.

³ *Macdonald R.A.* Still law and still learning // Canadian Journal and Society. 2003. № 18. P. 5–31.

Курсы подготовки к юридической практике и соответствующие экзамены находятся под постоянным надзором и регулярно пересматриваются. Для того, чтобы узнать о структуре и формате подготовительных курсов необходимо обращаться в правовое общество конкретной провинции перед окончанием юридической школы¹.

После того, как человек приступил к юридической практике, важной задачей становится постоянное обновление знаний. Чтение юридических журналов и специальной литературы, участие в заседаниях юридических ассоциаций весьма полезны в этом плане, но не позволяют в равной мере охватить все аспекты работы и не всегда доступны для тех, кто в них больше всего нуждается. В последние годы раздаются призывы принять более систематизированные программы продолжения юридического образования. В 2008 г. Федерация правовых обществ Канады (Federation of Law Societies of Canada) провела Конференцию по вопросам качества юридических услуг (Conference on Quality of Legal Services). Было решено всячески поощрять продолжение юридического образования, но хотя рекомендации ввести такой порядок законодательным путем не последовало, в большинстве провинций растет число программ продолжения юридического образования.

¹ Перечень правовых обществ можно найти на сайте www.flsc.ca.

*Е.С. Семернёва**

**РОСТ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО УРОВНЯ МИРОВОЙ ЮСТИЦИИ
ЧЕРЕЗ ПОВЫШЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИИ СУДЕЙ
(региональный опыт и проблемы)**

«Сегодняшней России нужна и новая система формирования кадрового резерва. Решающую роль в формировании нового поколения профессиональных кадров должно сыграть возрождение российской образовательной системы» (Из послания Президента России Федеральному собранию Российской Федерации. 2008 г.).

Фигура судьи в любом государстве представляется эталоном юридической профессии. На протяжении всей своей карьеры судья обязан доказывать соответствие эталону с теоретической, навыковой и моральной позиций. Вершить правосудие на уровне, которого требует закон, без постоянной подпитки новыми знаниями и умениями невозможно. Вместе с тем вопрос подготовки и повышения квалификации судебных кадров на сегодняшний день стоит остро. Если у федерального судьи есть хотя бы гипотетическая возможность попасть на специальный курс повышения квалификации в Академию правосудия, то мировые судьи не имеют даже такого шанса.

Изменяющееся законодательство, кадровые обновления, стремление судей рассматривать дела правильно явились побудительным мотивом формирования региональной системы повышения квалификации мировых судей в Свердловской области. Как любая образовательная система она состоит из нескольких компонентов. Методологические законы позволяют использовать сложившуюся систему, учитывая изменения ее компонентов. Для формирования представления о ее функционировании необходимо остановиться на нескольких аспектах, представляющих, по мнению автора, наибольшее значение.

Опыт повышения квалификации мировых судей привел к пониманию того, что наиболее эффективным будет обучение, когда формирование конкретной группы учитывает стаж нахождения слушателей на должности судьи. Итак, Департамент по организации деятельности мировых судей (далее – департамент) формирует два резерва слушателей на текущий год: один –

* © Семернёва Е.С., 2010

Кандидат юридических наук, доцент кафедры судебной деятельности Уральской государственной юридической академии, судья Свердловского областного суда.

вновь назначенные судьи, со стажем работы не более полугода; другой – судьи, занимающие должности более 2–3 лет. Количественный состав имеет предельное ограничение – в группе не должно быть более 25 человек. В течение года проходят курс обучения две группы – по одной из каждой категории. Перед началом занятий департамент издает приказ о командировании мировых судей на повышение квалификации в Уральскую государственную юридическую академию на факультет подготовки и повышения квалификации судейских кадров.

Временные рамки обучения диктуются требованиями стандартов дополнительного профессионального образования. Разработаны два учебных плана в зависимости от срока обучения – на 190 и 72 часа. Опыт работы показал, что наиболее востребованной в последние два года является 72-часовая программа. Это в первую очередь объясняется тем, что оптимальным периодом, на который судья может без организационных и процессуальных проблем оставить работу, является неделя. Расписание строится так, чтобы оно, практически, совпадало с продолжительностью рабочего дня. Таким образом, занятия проводятся с 9.30 утра до 18.40 вечера. Продолжительность занятий рассчитывается исходя из академического часа, то есть схема слушателям знакома, поскольку она построена по аналогии с занятиями в вузе. В день по 4–6 учебных пар. Общая продолжительность обучения 8–9 дней с одним выходным. Когда в таком режиме шло обучение первой группы, то были опасения, что ежедневная нагрузка окажется чрезмерной. Однако эти опасения не подтвердились. Судьи оказались готовы к такому расписанию, указав в анкетах, что их непосредственная работа идет в гораздо более жестком режиме.

Одним из самых важных этапов работы является создание программы для каждого потока слушателей с учетом принципиальных условий: соблюдения рамок юрисдикции мировой юстиции, учета результатов обобщения судебной практики по отдельным категориям дел, опроса судей, анализа качественных показателей за определенный период.

Каждое из названных условий, в принципе, может служить основанием для создания блока вопросов программы. Дальнейшее изложение продемонстрирует, как реализуется это правило при формировании программы и учебного плана для вновь назначенных судей.

В 2007 г. повышение квалификации мировых судей осуществлялось по учебному плану, состоявшему из девяти блоков, в 2008 г. блоки были укрупнены и получилось четыре блока:

- общие вопросы;
- рассмотрение дел в порядке гражданского судопроизводства;
- особенности уголовного судопроизводства у мирового судьи;
- производство по делам об административных правонарушениях, поданных мировым судьям.

Учитывая, что общий объем не должен превышать 72 часа, а также структуру и количество дел разных категорий, рассмотренных в 2007 г., об-

щий объем часов был распределен между блоками следующим образом: на первый блок – 20 часов, на второй – 22 часа, на третий – 14 часов и на четвертый – 18 часов. При этом в зависимости от наполнения было произведено внутриблоковое разделение по темам.

Далее идет самый трудоемкий этап – формирование внутриблокового содержания плана.

В блок «Общие вопросы» вошло шесть самостоятельных групп вопросов, непосредственно не связанных с отправлением правосудия. И хотя этот блок в плане показан в первом разделе, при составлении расписания вопросы были сгруппированы по другому алгоритму.

В первой группе – вопросы, касающиеся выявления основных проблем планирования и организации работы судебного участка, а также ведение статистической отчетности на судебном участке. Анализ основных ошибок делается на примере отчетов, направленных слушателями в департамент. Эти вопросы на курсе читает сотрудник департамента по организации деятельности мировых судей. Оценка выявленных ошибок в составлении отчетных документов имеет яркий профилактический эффект – при работе со статистикой в будущем такой судья уже не допускает их.

На протяжении последних лет расширяется информационный поток из судебной системы. Вопросы взаимодействия со средствами массовой информации стали частью организационной работы мирового судьи. Авторы программы считают, что и судьи, и средства массовой информации заинтересованы в том, чтобы определиться: как сделать их взаимодействие эффективным с точки зрения профилактической, просветительской и как «строить отношения» с журналистами, чтобы не навредить правосудию и интересам граждан, попадающим в его орбиту.

Тесно связан с вопросами первой группы, но не дублирует ее, вопрос об организационно-распорядительных документах в деятельности мирового судьи. Проблема не только в том, что нет единой Инструкции по делопроизводству на судебных участках, но и в том, что нет достаточных знаний и навыков в составлении деловых бумаг, исходящих от мирового судьи.

Вопросы, касающиеся составления судебных постановлений, на наш взгляд, являются важными в связи с тем, что постановления судьи, вынесенные при рассмотрении любого дела в пределах юрисдикции мировой юстиции, – зеркало его работы. Учитывая, что филологическое сообщество признает наличие своих стиливых и языковых черт у письменной юридической речи, а программа обучения в высших учебных заведениях (на 1 курсе) сконцентрирована на повторе школьной программы русского языка, организаторы повышения квалификации судей, выявив значительные недостатки в технике их юридического письма, вынуждены эти вопросы рассматривать только применительно к судебным постановлениям.

Если в разделе «Техника юридического письма» отдается предпочтение общим правилам, то в специальном разделе «Составление судебных поста-

новлений по гражданским (уголовным, административным) делам», работа со слушателями строится через выявление типичных ошибок. Предпочтение отдается практическим занятиям, которые проводятся в интерактивном режиме.

Анализ жалоб непроцессуального характера, поступающих в квалификационную коллегия судей области, позволил сделать вывод о том, что значительная часть из них на некорректное, некультурное поведение мировых судей во время судебного процесса. Это делает необходимым выделить в отдельную группу вопросы этики: общие этические принципы судебной деятельности и культуру ведения судебного заседания.

Мировой судья в силу организационных особенностей мировой юстиции руководит деятельностью судебного участка. Поэтому ему приходится разбираться с фактами грубого, неуважительного отношения со стороны аппарата с посетителями судебного участка. Эти обстоятельства сделали необходимым включение в программу вопроса об этических основах поведения работников аппарата суда.

Занятие должности предполагает, что судья обладает знаниями и необходимыми навыками регулирования межличностных отношений в своей деятельности. Между тем проблем с регулятивными умениями в данной сфере возникает немало. Представляется, что основные причины этого – на поверхности. Во время обучения в вузе программы дисциплин, касающиеся психологии юридической деятельности, дают самое общее представление об этом. Студенты такие предметы что называется «проходят» и «сдают». Поэтому задача преподавателя – показать специфику межличностных отношений в одном из видов юридической деятельности – судебной, сделав акцент на то, что мировой судья на участке – главный их регулятор.

Необходимо заметить, что вторая и третья группа вопросов тесно между собой взаимосвязаны. Усвоение информации по этим темам дает положительный эффект в работе судей, о чем они указывали позднее, оценивая результат обучения. На наш взгляд, по этим двум блокам нужно больше времени уделять тренинговой подготовке, но не в ущерб вопросам теории.

Работа над специальными блоками программы (рассмотрение дел в порядке гражданского судопроизводства; особенности уголовного судопроизводства у мирового судьи; производство по делам об административных правонарушениях, подсудных мировым судьям) строилась, исходя из подсудности дел, а также результатов обобщения судебной практики по отдельным категориям дел, рассмотренных судьями в 2007 г.

Так, при формировании блока «Рассмотрение дел в порядке гражданского судопроизводства» были учтены результаты мониторинга и обобщения судебной практики по делам:

- о защите прав потребителей;
- возмещении материального ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия;

– определении порядка пользования имуществом и земельными участками;

– регулировании семейно-брачных отношений.

Ошибкам, допускаемым судьями на стадиях принятия и подготовки дел к судебному разбирательству, посвящена отдельная тема.

Вопросам подсудности также было уделено время в программе на 2008 г. Учитывая изменения, внесенные в ст. 23 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, которые изменили подсудность дел мировых судей по гражданским делам, при формировании программы на следующий период этот вопрос теряет свою актуальность. Вместе с тем проблемы разграничения родовой подсудности в практике судов имеются. Учитывая, что споры о подсудности, согласно требованиям гражданского процесса, недопустимы, на всех семинарах проблем подсудности обязательно обсуждается.

Одной из стадий судебного разбирательства является стадия исполнения решения суда. Основанием для включения темы «Исполнение судебных актов по гражданским делам. Обращение к исполнению, контроль за исполнением» стали результаты статистики, свидетельствующие о том, что решения суда исполняются ненадлежаще. Это препятствует реализации одного из принципов правосудия – реальному восстановлению нарушенного права гражданина.

Вопросы обращения к исполнению и контроль за исполнением постановлений по делам об административных правонарушениях, а также исполнения приговоров по уголовным делам выделены в программе отдельно, поскольку организаторы обучения считают их одними из самых важных.

Особенности уголовного судопроизводства недавно назначенные мировые судьи начинают с подробного рассмотрения вопросов подготовки к судебному разбирательству и назначения дела к рассмотрению, а также особого порядка судебного разбирательства. Кроме того, материально-правовые и процессуальные аспекты производства по делам частного обвинения, традиционно входят в программу. Это свидетельствует о том, что вновь назначенные судьи испытывают трудности при рассмотрении таких дел.

Беспристрастная статистика показывает увеличение доли дел, связанных с домашним насилием. Особенности их рассмотрения в программе отводится значительное место.

Результаты изучения уголовных дел, обвиняемыми по которым были несовершеннолетние, сделали необходимым изучение ошибок мировых судей при рассмотрении дел с участием этих субъектов уголовной ответственности.

К сожалению, традиционным стало включение в программу курсов вопросов назначения уголовного наказания и вопросов, связанных с исполнением приговора. Как поясняют преподаватели-судьи, которые и обобщение делают, и занятия проводят, на юридических факультетах эти вопросы преподаются ненадлежащим образом.

Изучению особенностей рассмотрения дел об административных правонарушениях мировыми судьями отводится значительное место, поскольку они входят в ее юрисдикцию.

В течение 2007 г. были изучены дела, составляющие значительную часть рассмотренных, а также те, апелляционные показатели по которым оказались низкими. В программу 2008 г. вошли только вопросы, отражающие особенности рассмотрения дел:

- об административных правонарушениях, посягающих на общественный порядок и общественную безопасность;
- об административных правонарушениях в области дорожного движения.

Специфика обжалования постановлений, не вступивших в законную силу, а также исполнения постановлений по делам об административных правонарушениях продиктовали необходимость выделения внутри блока отдельной группы вопросов.

Составлению учебных планов и программ предшествует скрупулезная работа по обсуждению ежегодной мини-концепции обучения каждой категории слушателей со своими задачами, целями, средствами, кадрами и другими элементами. Одним из элементов является обратная связь со слушателями – оперативная и отложенная. Результаты первой показали, что сразу после окончания обучения полученная информация оценена была слушателями как важная, системная и новая (в значительной части). Результаты второй показали, что такие знания позволяют предотвратить ошибки, сформировать надлежащие навыки правоприменения в судебной деятельности.

Программа обучения мировых судей на 2009 г. содержала аналогичные разделы с небольшой коррекцией по распределению времени на изучение отдельных тем.

Учитывая, что одной из главных задач обучения является оперативность реагирования на изменения законодательства и практики его применения судами, автор статьи полагает, что при сохранении общих методологических подходов, сложившаяся система повышения квалификации будет способствовать повышению эффективности правосудия мировой юстиции.

*И.Р. Веренчиков**

**ЮРИДИЧЕСКИЙ КОЛЛЕДЖ
БЕЛОРУССКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
КАК ЭЛЕМЕНТ СИСТЕМЫ НЕПРЕРЫВНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО
ОБРАЗОВАНИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**

Современный уровень общественных отношений предполагает наличие правовых знаний и правовой культуры у всех субъектов общественных отношений. Специалисты, функции которых связаны с оказанием юридических услуг, должны иметь необходимый для осуществления их профессиональной деятельности уровень правовых знаний и умений.

Динамичность системы правового регулирования общественных отношений в Республике Беларусь требует формирования и развития системы непрерывного юридического образования. Структурно данная система включает в себя профориентационную правовую подготовку учащихся общеобразовательных учебных заведений, среднее специальное (юридическое) образование, высшее (юридическое) образование, дополнительное образование (повышение квалификации и переподготовка юридических кадров, подготовка научных работников высшей квалификации). Переход от одного уровня образования к другому должен удовлетворять принципам последовательности, системности, комплексности, компетентности.

Разнообразие функций, выполняемых специалистами в области правоправедения, обуславливает различие квалификационных требований к уровню образования юридических кадров. В зависимости от требуемого комплекса правовых знаний, необходимых для выполнения соответствующих должностных обязанностей, различные модели профессионального юридического образования могут обеспечивать учреждения образования, обеспечивающие получение среднего специального и высшего образования, учреждения образования, осуществляющие переподготовку и повышение квалификации юридических кадров, а также научные учреждения, обеспечивающие подготовку научных работников высшей квалификации.

Центральным элементом среднего специального образования в области правоправедения является учреждение образования «Юридический колледж Белорусского государственного университета».

* © И.Р. Веренчиков, 2010

Кандидат юридических наук, доцент, директор Юридического колледжа БГУ.

Юридический колледж БГУ создан на основании Указа Президента Республики Беларусь от 31.12.1998 г. № 632 в связи с обоснованной необходимостью подготовки высококвалифицированных юридических кадров со средним специальным образованием. Впервые Юридический колледж БГУ распахнул свои двери выпускникам средних школ 1 сентября 2000 г. Этот день по праву считается датой образования Колледжа.

До этого времени в республике не существовало ни одного среднего специального учебного заведения, которое бы целенаправленно занималось подготовкой юристов. С образованием Юридического колледжа БГУ стало возможным формирование единой системы непрерывного юридического образования в стране: Юридический колледж – юридический факультет БГУ – Институт переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции.

В 2003 г. Приказом Министра образования Республики Беларусь Юридический колледж БГУ был определен в качестве базового среднего специального учебного заведения по проблемам правового образования.

Высокий уровень образования, получаемый в Юридическом колледже, подтверждается данными по зачислению его выпускников в вузы страны (в настоящее время в белорусских вузах продолжают образование более 95% наших бывших учащихся).

Благодаря высокому уровню кадрового потенциала профессорско-преподавательского состава (включающего в том числе 25 человек, имеющих ученое звание и ученую степень, а также практикующих юристов) за десять лет своей деятельности Колледж стал одним из наиболее престижных ССУЗов страны, кузницей квалифицированных и конкурентноспособных кадров для всех регионов республики.

Подготовка специалистов ведется по специальности «Правоведение» по специализациям: государственно-правовая деятельность; судебно-правовая деятельность; хозяйственно-правовая деятельность и кадровая работа. По окончании Колледжа присваивается квалификация «юрист».

Обучение в Колледже осуществляется по учебным планам и программам, обеспечивающим углубленную гуманитарную и специальную подготовку, а также соответствующее практическое обучение.

Учебный процесс обеспечивают четыре кафедры: государственно-правовых и уголовно-правовых дисциплин; общеправовых и гражданско-правовых дисциплин; социально-гуманитарных дисциплин; естественнонаучных дисциплин. В Колледже ведут работу три отделения: на основе общего базового образования, на основе общего среднего образования и заочное. В учебном заведении функционируют 3 компьютерных класса, а также лаборатория законодательства, в которой учащиеся могут следить за изменениями в действующем законодательстве, работают библиотека и читальный зал с большим выбором новейшей юридической литературы. Колледж полностью подключен к общеуниверситетской информационной сети, обеспечен свободный выход в Интернет.

Колледж входит в состав единого комплекса Белорусского государственного университета и участвует в его учебном, научном и производственном процессе. Это дает возможность использовать в процессе обучения высококвалифицированные научно-педагогические кадры, учебно-методическую базу, лаборатории, библиотеки, читальные залы университета.

Научно-исследовательская работа учащихся является неотъемлемой частью их учебы и осуществляется в формах защиты курсовых и дипломных работ, участия в специализированных научных конференциях по праву, участия в районных и городских конференциях, в специализированных олимпиадах.

Основными базами учебной и преддипломной практики являются: система Министерства юстиции Республики Беларусь, районные администрации областных городов и исполнительные комитеты районов, субъекты хозяйствования различных форм собственности.

Выпускники Колледжа имеют право продолжать обучение по специальности на юридическом факультете Белорусского государственного университета с сокращенным сроком обучения (поступать на 3 курс юридического факультета БГУ).

Обучение в Юридическом колледже предоставляет право трудоустройства в юридических (правовых), кадровых, референтских службах органов исполнительной власти (министерств, ведомств и других органов государственного управления) и органов местного управления и самоуправления (социальной защиты, лицензирования и регистрации субъектов хозяйствования, землеустройства, статистики и др.); юридических (правовых), кадровых, референтских службах субъектов хозяйствования различных форм собственности, некоммерческих юридических лицах (общественные организации, профессиональные союзы и др.); органах судебной власти (канцелярия, статистика, архив, исполнение судебных постановлений, обеспечение судебного производства и др.); органах прокуратуры (канцелярия, статистика, архив и др.); учреждениях юстиции (органы ЗАГС, нотариата, адвокатуры, архивы юридических консультаций и др.).

Колледж выпускает высококвалифицированных юристов, которые сочетают в себе глубокие теоретические знания с умением реализовывать эти знания на практике. Сегодня наши выпускники востребованы, но мы ставим перед ними более сложную задачу: найти перспективную, интересную, высокооплачиваемую работу, которая станет для них делом всей жизни. Это соответствует целям воспитания широко образованного человека, обладающего значительными коммуникативными возможностями, специальными знаниями и умениями, позволяющими уверенно действовать в новых, нестандартных ситуациях, а также способного постоянно совершенствовать свое профессиональное мастерство, повышать общекультурный уровень.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К МАТЕРИАЛАМ

1. Журнал издается один раз в год в порядке ротации высшими учебными заведениями, учредившими его. Соответствующий вуз заблаговременно самостоятельно определяет условия опубликования и требования к представляемым материалам и доводит их до сведения других вузов и юридической общественности. Ориентировочными являются следующие условия опубликования.

2. Для опубликования в журнале принимаются научные статьи, иные научные произведения, научные сообщения и рецензии в соответствии с тематикой журнала.

3. Автор передает журналу в лице соответствующего высшего учебного заведения – учредителя сроком на пять лет следующие исключительные имущественные права на материал: право воспроизводить произведение (право на произведение); право распространять экземпляры произведения любым способом, в том числе продавать, сдавать в прокат (право на распространение); право импортировать экземпляры произведения в целях распространения (право на импорт); право сообщать произведение для всеобщего сведения по кабелю, проводом или с помощью иных аналогичных средств (право на сообщение для всеобщего сведения по кабелю); право переводить произведение (право на перевод).

Заявка об опубликовании материала, поступившая в адрес журнала, является конклюдентным действием, направленным на возникновение указанных прав и обязанностей.

4. Автор несет ответственность за отсутствие в представляемом материале любых форм неправомерного заимствования. В случае обнаружения не согласующегося с законодательством об авторском праве и смежных правах заимствования материал безусловно отклоняется; дальнейшее сотрудничество журнала с автором прекращается.

5. Все материалы следует представлять в электронном варианте (редактор Word) (как по электронной почте, так и непосредственно); желательно также представление распечатанной рукописи. На дискете следует указать фамилии авторов материала и его название.

6. Текст должен быть набран одним и тем же шрифтом – Times New Roman. Высота шрифта – 14 пунктов; междустрочный интервал – полуторный. Абзацный отступ – 1,25 см. Допускается курсивное начертание; полужирное начертание не допускается.

Сноски помещаются постранично; нумерация сносок сплошная. Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта – 12 пунктов; междустрочный интервал – одинарный. Допускается курсивное начертание; полужирное начертание не допускается.

7. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

8. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных. Точки, запятые и другие знаки препинания ставятся в тексте после номера сноски. Например:

Британия, напротив, по практическому общепризнанному мнению, «восприняла лишь слабые зачатки римских искусств, ремесел и образованности»¹ и «сравнительно с Галлией и Испанией... оставалась слабо романизированной римской провинцией»².

9. При оформлении сносок и ссылок следует руководствоваться принятыми библиографическими правилами.

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА
И ОБРАЗОВАНИЕ
Вып. 3, 2010