основан
1955
ЮИ СФУ

Federal Agency on Education
Siberian Federal University
Law Institute

Comparative Law:
science, methodology and academic discipline

Materials of the International
Scientific Practical Conference

Krasnoyarsk (Russia), September 25–26, 2008

In two volumes

Volume first

Krasnoyarsk
IPK SFU
2008

Федеральное агентство по образованию
Сибирский федеральный университет
Юридический институт

Сравнительное правоведение:
наука, методология, учебная дисциплина

Материалы международной
научно-практической конференции

Красноярск, 25–26 сентября 2008 г.

В двух частях

Часть первая

Красноярск
ИПК СФУ
2008

УДК 340
ББК 67.082
С75

Редакционная коллегия:
канд. юрид. наук, доц. И.Д. Мишина
канд. юрид. наук, доц. Е.И. Петрова
канд. юрид. наук, доц. В.В. Терешкова (отв. редактор)
д-р юрид. наук, доц. И.В. Шишко

С75 **Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина** : в 2 ч. Ч. 1 : материалы междунар. науч.-практ. конф., Красноярск, 25–26 сентября 2008 г. / Сиб. федер. ун-т, Юрид. ин-т. – Красноярск : ИПК СФУ, 2008. – 364 с.

ISBN 978-5-7638-1017-2

В настоящий сборник включены работы ученых и практических работников из Германии, Литвы, Нидерландов, России, Южной Кореи, посвященные актуальным проблемам компаративистики. Исследования направлены на решение проблем сравнительного правоведения, состоящих в тесной связи с обеспечением правового регулирования институтов гражданского общества и демократии и осуществлением справедливого правосудия.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических учебных заведений, практических работников, всех интересующихся вопросами сравнительного правоведения.

УДК 340
ББК 67.082

ISBN 978-5-7638-1017-2

© Сибирский федеральный университет, 2008

Предисловие

Сравнительное правоведение как научное направление юриспруденции находится, согласно оценкам сообщества ученых, в стадии становления и динамичного развития. Конец XX – начало XXI в. открыли еще большие возможности для расширения этой области правового знания. Глобализация и интеграция, унификация и гармонизация права в Европе и мире, создание единого правового пространства России порождают необходимость интенсивного научно-теоретического поиска, обширных практических прикладных исследований, влекут поиск эффективных учебно-педагогических решений в области сравнительного правоведения.

Сегодня роль сравнительного правоведения такова, что оно признается «формой существования правосознания, юридической доктрины и действующего права», а также наиболее адекватным инструментом познания основных тенденций правового развития в современную эпоху[1].

Возрастающий интерес юридического сообщества и институционализация правового компаративизма ведут к созданию в России и на постсоветском пространстве специальных научных и учебных центров, подразделений, появлению специализированных периодических изданий, проведению регулярных научно-практических конференций. Так, только в 2008 г. были проведены крупные научные форумы компаративистов в г. Партенит (Крым) и в г. Улан-Удэ[2].

Настоящее издание посвящено 10-летию отделения сравнительного правоведения (ОСП) Юридического института Сибирского федерального университета, и его выпуск приурочен к дате проведения международной научно-практической конференции «Сравнительное правоведение: наука, методология, учебная дисциплина» – 25–26 сентября 2008 г. (г. Красноярск).

В первую часть сборника вошли статьи российских правоведов из вузов Архангельска, Барнаула, Владивостока, Екатеринбурга, Красноярска, Москвы, Новосибирска, Омска, Санкт-Петербурга, Томска, Улан-Удэ и зарубежных исследователей права из Германии, Литвы, Нидерландов, Южной Кореи. Публикуемые материалы касаются методологических аспектов науки, например, взаимосвязи философии и сравнительного правоведения, соотношения основополагающих категорий компаративистики. Большая часть статей представляют исследования в рамках отраслевого сравнительного правоведения в области публичного и частного права. В ряде публикаций рассматриваются вопросы международного права в его связи с национальными правовыми системами и права человека в сравнительном аспекте.

Во второй части сборника опубликованы статьи аспирантов, магистров права, бакалавров, специалистов, магистрантов, большинство которых является студентами или выпускниками ОСП. Здесь же помещены методические материалы: публикации преподавателей ЮИ СФУ по сравнительному правоведению и библиография по сравнительному правоведению, в которую вошли основные и доступные российским исследователям труды зарубежных и российских ученых, а также материалы юридического перевода нормативных правовых документов, выполненных студентами ОСП.

Авторы представили статьи к публикации на английском, немецком, русском языках – в зависимости от их желания, от целей и предмета исследования, языка исследуемых источников. Подобное многоязычие представляется не только возможным, но и востребованным научным сообществом, рабочими языками в котором являются английский и зачастую немецкий.

Студенты отделения сравнительного правоведения ЮИ СФУ изучают общий и юридический английский и немецкий языки, серьезно занимаются юридическим переводом, проходят обучение в зарубежных университетах, участвуют в международных конкурсах и конференциях, выполняют и защищают выпускные квалификационные работы на иностранных языках. Поэтому англо- и немецкоязычные публикации – естественный итог их обучения.

Надеемся, что материалы сборника послужат взаимной поддержке и взаимообогащению российских и зарубежных исследователей, а в итоге объединению их усилий в решении теоретико-методологических и практических проблем сравнительного правоведения, состоящих в тесной связи с обеспечением правового регулирования институтов гражданского общества и демократии, укрепления законности и осуществления справедливого правосудия.

Редакционная коллегия выражает особую благодарность преподавателям Л.Г. Гоцко, Н.Ю. Рычковой и студентам отделения сравнительного правоведения А. Лысикову и П. Васильевой за квалифицированный перевод и помощь в подготовке сборника.

---

[1] Российский ежегодник сравнительного права. № 1. 2007 / Под ред. Д. Дождева. СПб.: ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга». 2008. С. 2.

[2] 17–20 апреля 2008 г. в г. Партенит (Автономная республика Крым) состоялся третий международный научный семинар «Сравнительное правоведение: современное состояние и перспективы развития». 26–29 июня в Улан-Удэ проведена вторая международная научно-практическая конференция «Сравнительное правоведение в странах Азиатско-Тихоокеанского региона».

Preface

According to the scientists' community assessments comparative law as a branch of jurisprudence is in the stage of establishment and dynamic development. The end of the XX and the beginning of the XI century offered even more opportunities for this sphere of legal knowledge expansion. Globalization and integration, unification and harmonization of law in Europe and allover the world, creation of the single legal space throughout Russia give rise to the need of intensive scientific-theoretical search, vast practical applied research, result in search of effective teaching-pedagogical solutions in the comparative law sphere.

Today the comparative law role is considered to be "the form of legal conscience existence, juridical doctrine and acting law", as well as the most adequate instrument of main tendencies of legal development perception in modern époque[1].

Increasing interest of juridical community and institualisation of legal comparativism lead to establishing special scientific and teaching centres, divisions, issuing specialized periodical editions, holding regular scientific-practical conferences in Russia and post-soviet territory. So, great scientific forums of comparativists were held in the Partenit (Crimea) and in Ulan-Ude only over 2008[2].

The given digest is devoted to the 10th anniversary of the Comparative Law Department(CLD) of the Siberian Federal University Law Institute and its issue is timed to the international scientific-practical conference "Comparative law: science, methodology, academic discipline"- September 25-26 (Krasnoyarsk city).

The first part of the digest comprises articles of Russian jurisprudents from the Universities of Arkhangelsk, Barnaul, Vladivostok, Ekaterinburg, Krasnoyarsk, Moscow, Novosibirsk, Omsk, Sank-Petersburg, Tomsk, Ulan-Ude and foreign law researchers from Germany, Lithuania, the Netherlands, South Korea as well. Materials under publication touches upon methodological aspects of science such as interconnections of philosophy and comparative law, I. Kant's woks influence on law perception in Russia, correlation of fundamental categories of comparativistics. The major part of the articles presents research in the framework of branch-wise comparative law in the sphere of public and private law. Several publications are devoted to the International law matters in its connection with national legal systems and human rights in a comparative aspect.

The second part of the digest contains the articles written by the post-graduates, masters of law, undergraduates, specialists and those doing their master's degree who mainly are the students or alumni of the CLD. Here methodical materials are placed: publications of the SFU LI lecturers on comparative law and bibliography on comparative law referring to the main and available for Russian researchers' works by foreign and Russian scientists and materials of legal translation of legal documents made by the CLD students.

The authors wrote their articles and presented them for publication in English, German, Russian depending on their will, purposes and subject of the research, and the language of the sources under the research. Such a variety of languages is supposed not only possible but demanding by the scientific community, where English and often German are working languages.

Students of the SFU LI Comparative law department learn general and legal English and German, study at foreign universities, do and defense graduate qualified works in foreign languages. That is why English and German publications are the natural result of their studies.

We hope that the digest's materials will serve mutual support and enrichment and finally to the unity of Russian and foreign researchers in solving theory-methodological and practical problems of comparative law, being closely linked with the provision of civil society and democracy institutions legal regulation, strengthening lawfulness and administering fair justice.

The editorial board expresses special thanks to the lecturers L.G.Gotsko, N.Y.Richkova and to the students of Comparative law department P. Vasilyeva and A. Lisikov for qualified translation and help during this digest preparation.

---

[1] Russian annual book of comparative law .№1.2007/Edit. D.Dozhdev.SPb.: OOO " University publishing consortium " Juridical book".2008. P. 2.

[2] April17-20,2008.Partenit city (Autonomous republic of Crimea) the 3rd International scientific seminar "Comparative law: modern state and development perspectives". June 26-29 ,Ulan-Ude city the second International scientific-practical conference " Comparative law in Asian-Pacific Ocean region countries".

Раздел I

Философия и методология сравнительного правоведения

Bert van Roermund

Comparative Law and Philosophy

Б. Роермунд

Сравнительное право и философия

Статья описывает хорошо известную дилемму сравнительного правоведения, вытекающую из властной природы права и сравнивается с аналогичными дилеммами в других дисциплинах. Отстаивается мнение о том, что в двух своих важных смыслах право всегда носит сравнительный характер. Опровергается укоренившееся представление о сравнительном правоведении как о занятии исключительно академическом, предлагается более полное видение власти нежели то, что лежит в основе вышеуказанной дилеммы. Демонстрируется, что такое понимание пойдет во благо и подлинной философии права.

Let me first sketch a well-known predicament of comparative law (section 1) deriving from the authoritative character of law, and compare it with similar predicaments in other disciplines (section 2). Then, I will argue that philosophy can contribute to side-stepping the predicament. I will first defend the view that, in two important senses, law is always comparative (section 3). I will bring this insight to bear on the received view of comparative law as an academic enterprise by offering a more complex account of authority than is presupposed in the predicament (section 4); and, finally, show that this insight would be a benefit also for a philosophy of law worthy of the name (section 5).

1. The predicament of comparative law

It is tempting to hold the following view on the relationship between comparative law and philosophy. It is a story of true complementarity which, on second thoughts, will appear to be a perfect abstraction. The story is this: comparison of two or more sets of legal rules, institutions, or even whole legal systems, requires a tertium comparationis of a more general nature than the two terms under comparison, to serve as a yardstick in order to assess what is similar and what is different in the objects under scrutiny. Philosophy may be called upon to design such 'meta'-pattern or 'meta'-system in case empirical models run out. For even those who are not into natural law theory will appreciate that philosophy of law is geared towards the study of law in a perspective that goes beyond the positivity of this or that legal system. Some of them will settle for ideal type theory in Weber's sense, generalising the dots of empirical data to a feasible picture. Others will go for ideal theory, as Rawls called it, and expect philosophers to design what would be a legal order in an ideal society.

But these expectations of what philosophy has to offer to comparative law are puzzling in important ways. This ideal or ideal type would necessarily lack what is essential for the scholarly study of law as we know it, namely that it studies law precisely as positive law. The argument may be elaborated in either of two directions, depending on the meaning one attributes to the word 'positive'. The first takes 'positive' in the sense of 'posited', sc. set by some form of (authoritative) human behaviour. Customary law is 'positive' by virtue of the acknowledged patterns of behaviour in a group of people. State law is 'positive' by virtue of the coercive enactments of officials. In modern society the latter is obviously more relevant than the former. Thus, the scholarly study of law takes law as a specific artefact that is to be set, i.e. enacted, enforced, applied and obeyed, by virtue of socio-political action having acquired constituent authority. In the final analysis, without an authoritative setting of the political values that are to govern the principle of formal

© Б. Роермунд, 2008

Bert van Roermund professor of philosophy, political philosophy in particular, Tilburg University (The Netherlands) ajunct professor, Levin Catholic University (Belgium).

Профессор философии, в частности политической философии, Университет Тилбурга (Нидерланды), адъюнкт-профессор, Католический Университет Левена (Бельгия).

equality, the administration of justice is inconceivable. This is why, as Pascal observed, there is something utterly whimsical about justice, as it may suddenly change at a border.

Now a construed meta-system, even if created by the learned hand of philosophy, would not be able to account for such element of ultimate authority. Such a system would precisely make abstraction from constituent political power setting the law. It would count on conceptual analysis and generalisation. Interesting as this may be in its own right, it would raise the question how one could compare legal systems or patterns by a yardstick from which one has removed the very characteristic of law by way of abstraction?

The second direction would be this. The word 'positive' may also be taken to mean 'contingent on certain posita', i.e. certain factual conditions of a specific society with its own cultural and political history. Law is always intertwined with these historical conditions. Hence the study of law will have to take these conditions into account if it is to understand that certain norms in that society are valid law and why they are valid law. Here again, there is a major problem arising with regard to comparative law and its alleged yardstick. Given the fact that law i s always deeply entrenched in a culture and its history, and given the wish to compare legal orders entrenched in different cultures, could we ever hope to construe a model of law that would allow us to transcend these cultures from a point of view neutral between them? And if we can, for instance from a philosophical point of view, wouldn't that immediately erase from the phenomena under investigation what their investigator considers to be their most crucial property, namely that they are phenomena of culture?

In the face of these problems, comparative lawyers retreat to a different, though equally unattractive line of defence. What is it? And why is it unattractive? They drop the idea of tertium comparationis as a necessary condition for comparative law. They are happy to grant that if, in the final analysis, there is no tertium comparationis, comparative law boils down to an extension of doctrinal law. As doctrinal law typically studies the law of one's own jurisdiction J, it can be extended by a discipline that studies the laws of foreign jurisdictions K and L from the point of what can be of use for J. Hence there is no problem with regard to either positive authority or positive cultural history. It is final authority in J and the cultural context of J which are the points of departure. Comparative law, therefore, shares a 'practical' viewpoint with doctrinal law, namely the question what should or should not be done under the assumption that rule r is valid in legal order J? Rules and decisions from other jurisdictions are assessed with a view to whether they provide better or worse solutions according to the yardsticks of one's own legal order. Indeed one may ask why one should collapse comparative law into this sort of legal colonialism , but then the rebuttal will probably be that it is of no use to collapse comparative law into legal anthropology either.

So there is the predicament of comparative law: either there is no tertium comparationis but then there is no real comparative law, or there is comparative law but then it is an academic enterprise very different from the legal discipline as we know it. In slightly other terms: Either comparative law will behave as a regular legal discipline and, thus, take off from a legal order one can call 'one's own' and use this as its term of reference, thereby forsaking real comparison. Or it will lose its status of a discipline that studies law (not necessarily national law, by the way) as a phenomenon that is bound up with the exercise of political authority, and that is determined by certain conditions of space and time – a discipline that settles for describing, explaining and (why not?) predicting the normative implications of positive law.

2. Comparative law and other comparative disciplines

I am not, of course, the author of this predicament. It is a classical one, looming large in many discussions on the epistemological status of comparative law since the beginnings of the 20th century. We may find it, for instance, in the work of the great German philosopher and criminal lawyer Gustav Radbruch. Radbruch , however, does not pose the problem in the format of a predicament or a dilemma. He welcomes it as the perfect occasion to make a clear-cut choice. He proposes to acknowledge that comparative law is indeed radically different from the rest of the legal discipline. Comparative law regards law as a cultural phenomenon, rather than as the enactment of political authority. Note that in both views law can be regarded as a system of norms aiming at the administration of justice as a moral value. That is not the difference. The difference is that in the former case comparative law is a specific kind of social science, a sort of legal ethnology or ethology, while in the latter comparative law is an extension of doctrinal law aiming at explaining, applying and developing what is binding on the agents of a certain legal community in virtue of political authority.

Let us look briefly at a meaningful analogy made by Max Rheinstein (1888-1977) – a reputed comparative lawyer at the time. In order to defend the academic Salonfähigkeit of comparative law, Rheinstein points to comparative linguistics as well as to comparative religious studies. What he does not see, however, is that the analogy works in the direction opposite to the one he wants to travel. Undoubtedly, says Rheinstein, there is such a thing as comparative linguistics. Beyond Russian, German, Dutch, etc. linguistics there is a more general type of linguistics that is comparative by necessity in the sense that it takes these particular accounts of languages as data in its pursuit of linguistics universals. Comparative linguistics is in search of '(...) Strukturgesetze der Sprache schlechthin' which makes specific languages appear in a new light. This goes for law as well, Rheinstein believes. I am not going to deny this. But one becomes less optimistic as soon as one realises what causes the problem in the case of linguistic universals. The problem is that these universals, according to the model, have to be located at the level of syntax. At this level one has to make abstraction from semantic structures and linguistic practices that are bound up with specific languages (fields of literature in particular) trying 'to make sense'. The hypothesis of a separate, and genuinely generative, syntax, vehemently defended by Chomsky and others, has come under attack from so-called generative semantics since the end of the sixties, and the battle has not ended yet. The camp of generative semantics consistently points to an epistemological pitfall similar to the one I hinted at with regard to comparative law: comparative linguistics in search of universals risks to collapse into a theory of an artificial language, thus losing its profile as a theory of language. Which is not to say, neither that the alternative can do without a formal model of language, nor that the parallel between law and language is not an interesting one in this respect.

The problem becomes even more manifest in the case of comparative studies of religion and their relationships to, for instance, Christian, Muslim and Jewish theology. A discipline like comparative religious studies is crucially different from theology. It cannot take the vantage point that theology presupposes in order to pose as theology, to wit that it is the theology of a specific, exclusive faith. Theology not only takes the vantage point of the believer believing in deity, it takes the vantage point of the believer in God, or Allah, or Jahweh. Some comparative lawyers indeed point to the fact that a legal order has precisely this feature of being exclusive. Pierre Lepaulle , for instance, observes: 'It is strange that there is no portion of the law which is uniform in all nations, i.e. no body of rules to direct the actions of men in the same way in all civilized nations. What we find, in fact, is that each nation frames its own law as if it were the only nation in the world (...)' Note that this does not apply just to the domestic laws of nations, but to every legal order. Indeed, every legal order worthy of the name is 'domestic', even if transcends established boundaries of nation states. It begins by marking a domus, a home, a here and now, a point that is unquestionably 'own' for a group of people. In other words, it originates in a political act of self-inclusion of people, which by necessity amounts to an act of exclusion. There probably is no such thing as a doctrinal approach to law that could arguably pose as 'universal', no more than there could be a universal theology encompassing every deity worshipped by humans. To repeat, on philosophical grounds comparative lawyers find themselves between the devil and a hard place: either comparative law is part of the legal discipline studying some legal order. But then it takes the 'own' legal order as its yardstick so that it does not engage in real comparison. Or it construes a tertium in the sense of a non-positive meta-order. But then it is really a form of cultural anthropology rather than a part of the legal discipline.

Is there a way out of this conundrum? Comparative lawyers will be quick to concede that, of course, one can do legal ethnology or ethology, but that this is something entirely different from their project. They will stick to the view that theirs is an academic enterprise in which law is taken as positive law, i.e. as an authoritatively binding, political artefact. They will point out, on the other hand, that they do not lend priority to their domestic legal order, as the larger part of their work is about drafting and explaining international treatises, about the application of communal rather than domestic law, about the technicalities of international private law, harmonisation of policy or legislation in the framework of international crime fighting, etc. Thus, requiring a tertium comparationis throughout, comparative law will surely be able to give an account of that tertium in terms that will not evade the issue of political authority making law. In the face of these objections we better doubt if we really gave an adequate picture of comparative law in philosophical terms, rather than ruling out comparative law as a logical impossibility.

3. Law is comparative

I would like to argue that the weak spot in construing this predicament is the account of authority it entails. By this account, authority seems to split up in two: authority under the law and authority over the law, i.e. constitutional authority and constituent authority. The received view is that, both conceptually and causally, the latter precedes the former: constituent authority comes first and generates a constitution, which then provides a basis for constitutional authority. As I argued extensively elsewhere the picture is much more complicated. In particular, there constitutional authority cannot be exercised without exercising some form of constituent authority, i.e. without using competence not yet established. Inversely, constituent authority cannot be exercised without posing as constitutional authority, i.e. without reference to competence yet to be made. In this section I explore two venues in which constituent authority has to act as if it were already under the law.

To make a fresh start, let us realise, first of all, that there is a crucial distinction to be made between law, on the one hand, and the scholarly study of law on the other. That is to say, we distinguish between law as an area and law as a discipline. What legislators, judges, administrative officials, and also citizens do in setting norms for authoritative conflict resolution or conflict prevention in society – that, I submit, is all part of the law as an area. What professors and students do in law schools is to study these norms, and make assertions (true or false) on whether these norms make validity claims that can be granted or not according to certain parameters. For instance, they assert whether a specific norm fits into a coherent pattern of valid norms, provided the pattern itself aspires to be the best it can be. This is law as a discipline.

Now in some important ways law as an area itself is comparative, and it would be odd if these comparative aspects of law would not be accounted for in legal scholarship or the study of law. The first and most obvious sense in which law is comparative derives from the principle of equality: to treat equal cases alike, and unequal cases unalike to the extent of their inequality. The doctrine of precedent, so crucial in common law systems' adjudication, and not at all absent from civil law systems either, suffices to prove the point. The first problem, however, is that cases do not appear similar or dissimilar unless we pick a viewpoint, i.e. a tertium, as I explained already above. The second problem is that there are radically different, indeed comprehensive but incompatible viewpoints that people in society may choose to assess if cases are similar or dissimilar. In particular they may have radically different political or religious convictions. This is why a legal order converges in one source of final authority to decide which viewpoint should be overriding in case of conflict, and why it should have discretion in deciding this. But note that, by the same token, the agents exercising such authority would quickly lose it, if they would not give an account of what they decide in terms relating to what is equal to what. They may impose a criterion for comparison in an authoritative mode, but then it should facilitate comparison in the first place, if they want to play a role in the administration of justice. For the sake of their own authority, they cannot impose a criterion at will.

The very word justice contains, or perhaps conceals, the second sense in which law is comparative. I say 'conceals' because we seem to have lost a sense of justice that is most apt to reveal it, namely the sense of justice as a virtue in the classical, let us say Aristotelian sense of the word. It would carry us too far to develop a full-blown account of virtue in Aristotle. Suffice it to say, that if we want to retrieve an Aristotelian notion of virtue we should turn away from all modes of normativity that derive from perfection. That is to say we would have to cut lose from everything a typically Christian view of morality would advance, whether it preaches perfection in terms of ideals, values, principles, martyrdom, saints, or sin. Antiquity, I submit, cherished a model of normativity that had to do with perfectibility rather than perfection; or in a simpler vocabulary, for virtue you had to make your way to the gym rather than the monastery. One might also say that the monastery was a gym rather than cloister, as the very point of the gym was not to cut oneself off from the human condition, but gradually learn to deal with it in earnestness. All emphasis should be put here on 'gradually', because here is where comparison comes in. But it does not enter via the gates of norms or values as yardsticks imposed on human action from the outside. On the contrary, it derives from the fun of 'getting better' in things by daily exercise. Like in sports training, or in musical performance, or in scientific research, the pursuit of justice as a virtue has to do with the sustained effort to improve on what is established rather than to reach for an unattainable goal. Your breath, your ears, your instruments, i.e. in general the interface of your body with the world will tell you whether you are on the right track, not some limit to which you will fall short, asymptotically but inevitably.

So virtue is (or was) a comparative notion: you can always do better, because there is no best. Virtue settles for the comparatives of improvement rather than the superlatives of perfection. This is why the Greek loved contests: to see who had done best in doing better, given that to do better is an infinite pursuit. In contrast, if the yardstick of perfection is in reach, albeit virtually, contests lose their attraction. The minute we are able to create the perfect Deep Thought, chess tournaments will either stop or turn into a different game. The minute all chess players factually play against Deep Thought rather than against each other, they can be rated according to the standard of perfection, and chess will cease to be an art.

Ii is safe to assume that with regard to the administration of justice we will not be able to construe a legal Deep Thought. So there will remain room for virtue. If justice is regarded as a virtue rather than an ideal, it becomes a matter of 'what works better' in a given society with regard to the time-honoured device 'to give everyone his or her due'. In principle, we could cut lose from blue prints of the best society and the best regime, i.e. from wars of religion and ideology. A typically modern objection would be that we cannot, as we will be divided over what works better, and what not, from the viewpoint of a particular ideology, and we will need supreme authority to decide with discretion in the conflicts that may arise from this predicament. But the ancient fans of virtue will shake their heads and respond that we will never understand: our body, in this case our body politic, rather than some ideology will tell us whether we are doing better. We will know whether we are on the right track of, for instance, the rule of law or democracy as soon as we hit it, if only we keep on doing our training on a daily basis.

I said that we lost our sense of justice in terms of virtue, having traded it for justice in terms of perfectionism. This is certainly true if we go by the categories we use in order to give an account of 'how we should act', i.e. of normativity. We prefer to think in terms of rules, norms, values, examples, etc.; and even if we do use the word 'virtue' our understanding of the meaning is framed by these categories. But it might just be the case that underneath these categories there still is an implicit awareness in practice that evades perfectionism in moral matters, and it may even be in relatively good shape in the case of the law. I can only point to some signs here. One is the role of 'special equity' in adjudication, a notion still in good shape since Aristotle pointed to it. Judges not only apply rules from an angle of 'general equity' but sometimes they feel they have to leave the rules behind and decide a case according to 'ius in causa positum' (which from a rule point of view is an oxymoron). Another sign is the phenomenon of so-called 'soft law', by which certain regulations or agreements become binding in hindsight although they were not enacted as formal law. It might well be the case that in the final analysis we are far more 'virtuous' than 'perfectionist', as long as we are not challenged to deal with cases in official categories.

4. The need for philosophy in comparative law

Where does this twofold comparative aspect of law take us with regard to comparative law claiming to be both true comparison and part of the study of law? Comparative law, on the account just given, is not only a comparative study, it is also the study of comparison (as exercised in equality discourse) and of comparative improvement in applying equality (as exercised in virtue). In other words, comparative law studies how positive legal orders (or their representatives) try to get better in the administration of justice as an art of comparing. They are not the observers of peculiar legal behaviour, but the self-proclaimed referees of a contest in 'best practices', for which the sky may perhaps be the limit, but certainly no perfect society. If they bracket some specific authority as the source of the positive character of law, they have reason to do so, as all the authorities of the legal orders under consideration are involved in the competition they are refereeing.

The reason is that authority is a two way street. It is not only a two-place predicate in the sense that some agent A exercises authority over some other agent B. The point is also that authority is predicated on recognition by a community C, of which B is a member. Thus one might say that authority, like beauty, is 'in the eye of the beholder', though not in the eye of the individual beholder B but in the eye of the community of beholders C. This is why one might say that authority is exercised by acting as if it were yet to be acquired. Thus, the comparative structure of law may be regarded as the field in which authority not only has to be exercised but also proven. This is why established authorities in existing legal systems come under discussion together with the legal systems they represent. For each of them, their practice as a law-making practice is at stake. The difference with a contest is that the winning practice must not necessarily have a winner as it may amount to a mix of several or an alternative to all existing approaches.

But then at least a virtual agent is presupposed as the bearer of authority in a practice that promises to generate authority.

Thus, in the final analysis, the positive character of law is not left out in comparative law, but it is suspended. This makes comparative law particularly apt to contribute in the process of developing new law. In other words, studies in comparative law anticipate possible shifts in constitutional authority. Take, for instance, Jescheck's statement on 'the meaning of comparative law for criminal law reform', offering proof of the fact that 'the criminal law reform of numerous countries crucially hinges on results in comparative law.' But then it is no coincidence that Jescheck's project at the time focussed on Europe, North and South America and Japan, in particularly the rapidly 'globalising' countries that could be imagined to reach for a common jurisdiction sooner rather than later. It also explains why comparative law collapses into regular doctrinal law as soon as this new legal order is by and large established, as is the case, for instance, in the EU. Or, what amounts to the same thing, it explains why regular doctrinal law in the context of the EU cannot be but comparative.

If, after all, positive law does take the positive character of law into account without privileging some specific domestic legal order that is about to be left behind, there is room and reason to ask what kind of contribution philosophy can bring to the concept of law that is needed in such an forward-looking exercise. I submit that this contribution can only consist in a comparative legal philosophy. That is to say, this contribution has to come from a philosophy of law which does not give an account of the positive character of law in the abstract, but which attempts to critically assess the authoritative as well as the historical sources upon which the legal order under scrutiny is contingent. In particular, philosophy may consistently ask the question: What does not register on the radar of comparison, and why? As an emerging legal order like the European Union is a unique area of research in this respect, it is appropriate to find some salient examples here without becoming overly self-centred. Let me point to different modes of alterity that do not easily register. That is to say, let me point to what is divergent in, different from and alien to the EU legal order.

1) Conceptual divergence inside the EU

In a recent volume Sacha Prechal and I gathered a number of in-depth studies into two concepts that are commonly believed to be increasingly shared by the Member States of the European Union: the concept of rights and the concept of discretion. On the basis of comparative research these, as a few other concepts, are regarded as the anchor points of a converging legal order. Therefore, they more and more emerge in the arguments of the European Court of Justice. We studied these concepts in a research group consisting of specialists in EU law, comparative law, linguistics, legal sociology and legal theory. Our hypothesis was that, in spite of their apparent convergence, they might in fact cause major conceptual divergence in EU law, as they would always take effect through the sieves of the various domestic legal orders in the Member States, due to the sinewy traditions of divergent legal cultures. What we found was that, indeed, these cultures are used to divert from a common understanding of EU law in certain cases, and that practising lawyers are very much aware of these possibilities. But we also got evidence that the emphasis should be on 'used'. That is to say, conceptual divergence is not a default phenomenon. On the contrary, it is mainly created at will in order to cover up political divergence.

Another hypothesis was that this type of divergence would be sub-optimal, as it would undercut appeals to the ultimate unity of the EU legal order. This hypothesis, too, came under fire. Some of our researchers found powerful evidence that it is much more effective to keep unity virtual as a function of divergence than to impose it by rules or doctrine. Apparently, uniformity is neither a sufficient nor a necessary condition of unity. The ongoing battle over what the European Court of Justice decided, its implications, its ambiguities, even its stupidities, is the best warrant for the underlying assumption that this Court under this constitutional presupposition is the one and only judiciary, and this unifies more than any harmonization or unification.

I want to believe that we would not have achieved these results without the collaboration between the various disciplines involved. It was certainly not the case that the philosophers asked the critical questions and the comparatists just went about gathering facts of positive law. I think that the discussion between them was fruitful in both asking the right questions and gathering the right data. It was typically a case of gaining ground by walking on two legs.

2) Europe beyond Europe

In 1989 Europe returned to the geo-political position it had had for ages: a jutting peninsula of Asia. Europe had always been a continent with a missing border and that is where it returned to when, after a

relatively short period of time, the Cold War was put to an end. Towards the East it vanishes into what it believes to be 'thin air', but no one knows where to draw the line. This constitutes a two-fold problem. Firstly, what Europe believes to be 'thin air' appears to be anything but thin once you have the opportunity to travel 'over there'. Students from Siberian law schools doing an LLM at my university keep telling me how often they have to explain that, yes, there are big cities in Siberia; that, yes, there are universities; that, yes, you can go to discos and things during the weekend, and that you don't have to beware of polar bears on the way back, but of drunken scum, like in any European city. To return to comparative law, this is meant to illustrate, once more, that a legal order is always closed 'from within', it is built on political self-inclusion of a group of people and, by the same token, on exclusion of others, different from 'us'.

Secondly, the problem is that one cannot escape from drawing the line somewhere, even if one has little reason to draw it here or there. Without self-inclusion there will be no shared membership of the polity, no reciprocity, no common interest or common weal, no public safety or service. Without self-inclusion, there would be no answer to the primary question of distributive justice 'Distribute among whom? Share between whom?' Without self-inclusion there would be no polity, and, thus, no agent to set the law.

On the basis of these two premises, comparative law always has to presuppose a sort of virtual polity in order to limit the set of legal orders that are to be compared. No comparatist in Europe, in her right mind, will take a great interest in studying the ins and outs of marriage in a legal order that does not appear on her radar as a virtual member of a shared legal order, e.g. some tribe in Lesotho. Cultural anthropologists, on the other hand, may find these comparisons utterly interesting. So comparative lawyers are not anthropologists, they are lawyers doing scholarly law, pre-empting in their imagination, as it were, a legal order that is not just logically possible but in a political sense feasible. It may be the task of philosophy to remind them of the fact that this is a political option, even if it is an imagined one, and of the price at which it comes. It is all well and good to believe that east of Moscow nothing really matters from a European perspective. But it may a gross mistake, as the rise of China (and India) proves. In an era of globalisation, Europe has to take into account that its boundaries are not traced once and for all. Whether they will be revisited and revised is not only up to Europe, it is also, and perhaps increasingly, up to what is beyond these boundaries of Europe.

3) Europe and 'aliens'

One of the ways in which Europe's boundaries are forcefully revisited and revised is by the phenomenon of immigration. Immigrants are commonly regarded, not as foreigners but as strangers or aliens, i.e. as people who allegedly do not 'belong' where they turn up. Whether they belong somewhere else is of relevance only because it might give directions where to send them off to in case they are not wanted. In contrast to the previous category, they are not just different; they are, in a profound sense of the word, indifferent. That is to say, they do not register as 'of interest' to us, as they do not fit into the categories of our legal order. They do not violate it, as they have a right to apply for entrance. They do not have a duty to comply with it, as they are not (yet) members. They are simply not there, although they are clearly there. In spite of their absence, they are present, and it is through their presence that their absence is made known.

Note, however, that, from their own perspective, these present absentees are comparatists if there ever were any. Whether they are dubbed political or economical refugees, they have near to infallible, though very much tacit, knowledge about which legal order would offer most chances to enter and get protection if you have little to lose. They organise their own 'rule competition' and they have their own review criteria. From them scholarly comparatists may learn what it means to compare legal orders from a political vantage point, virtual as it may be. But I submit that this comparison between comparatists and immigrants is not easily made from the part of established comparative law. It requires a different mode, so to speak, the mode of philosophy.

5. The need for comparative law in philosophy of law

Finally, comparative law and philosophy is a two-way street. We travelled one way by exploring what role philosophy can fulfil in practising comparative law. But we should explore the other direction as well: philosophy of law can learn a great deal from collaborating closely with comparative law.

Often enough philosophy of law poses as a 'savoir critique' with regard to positive law. This is a well-known pose: philosophy as the representative of 'pure thinking' confronts itself with the brute facts of reality. One reason why Hegel was a great philosopher was that he convincingly mitigated this antithesis:

he tried to account for the reality of thinking by what is thought in reality. That is to say, the facts of reality are never 'brute' in the sense that they are not touched at all by human judgment, and human judgment, on the other hand, is always already situated in specific conditions that are all too real. If critics of Hegel have radicalised the latter side of this coin, they sooner or later found out that the former makes itself known. It may be true that a legal norm is often set prior to being fully understood, it is also true that it is not set without some understanding of society, albeit a specific society. It takes a keen interest in comparative law for legal philosophy to grasp in what sense it is itself part and parcel of a culture that established is itself without being understood. Indeed, legal philosophy itself is enacted and entrenched under factual conditions of time and place. If it pretends to be the legislator of thinking and the judge of thoughts, it should bear in mind that its positive character comes at a price.

This comes to the fore in what I would like to call the embarrassment of deep level comparison ; the embarrassment being that the idea of a tertium comparationis is a sound methodological device, but not an epistemologically warranted basis. At the end of the day, there appears to be no tertium in things that matter most to us. For instance, it is rather non-sensical to argue that 'property' is something to which African or Asian tradition give content different from European ones. This 'something' is in fact nothing: it does not have content apart from a culturally specified one. In a similar vein, there is no such thing as 'man', of which males and females are different guises or representations, nor 'marriage' that can be either monogamous or bigamous. Or again, democracy is not something general that is specified according to place and time in different cultures, nor is the proclaimed basis of South African reconciliation process, namely ubuntu easily translated by any English word I know of. All of such notions are always already occupied by a specific culture and they are not neutral between one culture and another. But what we can do is to try and look at our legal institutions from a viewpoint that we imagine to be at the other pole. Montesquieu – comparatist and philosopher if there ever was one – did it in his Lettres persanes. It can hardly be a coincidence that the voice in these letters is that of two strangers staying in France for an unusually long period of time. Wouldn't we not have called them immigrants?

S.A. Drobishevsky

Juridical liberty and its implementation in modern Russian State

С.А. Дробышевский

О ПОНЯТИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ СВОБОДЫ И ЕЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ГОСУДАРСТВЕ

В статье ставится проблема содержания юридической свободы в государстве. Основной вывод: правовые ограничения являются частью этого содержания. Вот почему юридическая свобода характеризуется не только юридическими правами, но и юридическими обязанностями.

The article deals with the problem of content of legal liberty in the state/ Main conclusion legal limitations are part of this content. Therefore the legal liberty is characterized by rights and duties as established by a law.

Нормативное регулирование в социальной организации создает свободу ее участников, представляющую собой пространство произвольного поведения этих людей между адресованными им ограничениями такой деятельности. В частности, в государстве как специфической социальной организации правовое регулирование вызывает к жизни свободу объединяющихся здесь лиц в виде поля их произвольного поведения между юридическими ограничениями. Отсюда ясно, что для понятия всякой свободы, в том числе правовой, ее пределы имеют такое же конститутивное значение, как и пространство поведения между ними. Причем некорректно оставлять ограничения свободы за рамками ее понятия, а также придавать разную социальную ценность пространству произвольной человеческой деятельности между его границами и самим этим пределом.

Предоставляемая в ходе правового регулирования юридическая свобода в приведенном понимании в любом государстве призвана обеспечивать самосохранение и прогрессивное развитие указанной человеческой общности. При этом под последним имеется в виду все большее господство составляющих государство людей над собственной человеческой природой, а также над средой, выступающей по отношению к ним в качестве внешней[1]. Самосохранение же государства обеспечивается, когда живущие в нем лица обладают необходимыми материальными ресурсами для получения качественного общего и специального образования, равно как и для поддержания здоровья[2]. Вдобавок государственный организм выживает, если они работают в системе разделения труда, а также иначе взаимодействуют, в частности, осуществляют свое физическое воспроизводство[3] . И в силу того, что все это общение способно эффективно реализовываться только в условиях социального мира в государственных границах, поддержание здесь замиренного пространства посредством разнообразных мер, скажем, монополии государственного аппарата на физическое принуждение и его борьбы с подрывающими мирное человеческое взаимодействие организациями, подобным образом выступает обязательным условием самосохранения государства[4]. Наконец, при наличии на международной арене отсталых и развитых стран гораздо большие шансы на выживание имеют вторые, а не первые.

© С.А. Дробышевский, 2008

Доктор юридических наук, проф., зав кафедрой истории государства и права ЮИ СФУ.
Doctor of legal sciences ,professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of history of sate and law

[1] See: Pound R. Social Control through Law. Hamden, 1968. P. 16–17, 127, 132.

[2] См.: Дробышевский С.А. О содержании принципов права // Принципы права: Материалы всероссийской научно-теоретической конференции. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2007. С. 29–30

[3] См.: Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. Основные классические идеи. М.: Норма, 2007. С. 14–15.

[4] См.: Дробышевский С.А. О юридической технике обеспечения материальной справедливости права // Юридическая техника. Вопросы теории и истории: Материалы межвузовской научно-теоретической конференции. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2005. С. 29.

Поэтому в целях самосохранения всякое отсталое государство должно прогрессивно развиваться более высокими темпами, чем окружающие развитые страны[1].

Современной России целесообразно предоставлять юридическую свободу составляющим ее индивидуумам и коллективам, исходя из необходимости своего самосохранения и прогресса. Сейчас эта нужда прежде всего требует реализации правовых мер, обеспечивающих наличие у каждого человека финансовых средств, позволяющих ему стать эффективным участником внутригосударственной системы разделения и кооперации трудовой и иной деятельности. Кроме того, юридическими способами, равно как и иными, следует добиваться занятости всего трудоспособного населения и его физического воспроизводства. Необходимо также посредством правового регулирования достигать более высоких темпов прогресса Российского государства по сравнению с наблюдаемыми в странах, опередивших Россию по уровню развития.

[1] См.: Дробышевский С.А., Будилина Т.В. Научная мысль в поисках наилучшей политико-правовой системы. Красноярск, 2000. С. 24–26.

N.N. Zipynnikova

Experience and prospects of comparative law researches in the sphere of education

Н.Н. Зипунникова

Опыт и перспективы сравнительно-правовых исследований в сфере образования

Образовательно-правовая компаративистика является перспективным отраслевым направлением сравнительного правоведения. Его главной задачей выступает сопоставительное изучение систем образования и образовательного законодательства разных стран, наиболее плодотворное при расширении «образовательно-правовой географии». Особенно актуальным является сравнительное исследование существующих моделей юридического образования. Практическая востребованность образовательно-правовой компаративистики позволит преодолеть существующие в настоящее время проблемы теории (методологии).

Educational legal comparative methodology is the perspective way in the branch of the comparative law. Its main object is the comparative studying of the educational systems and educational legislation of different countries, which is more effective while the "educational legal geography" is widening. The comparative research of the legal educational models is especially urgent. The practical need of the educational legal comparative methodology gives chance to overcome theoretical problems.

История вопроса и предварительные замечания. Совершенно справедливо констатируется, что в настоящее время образование находится в центре первоочередных государственных интересов практически во всех странах, а его роль в социальном и экономическом развитии современного общества и государства является общепризнанной. Оставаясь одним из важнейших ориентиров социальной политики современного государства, образование становится все более весомым аргументом при формировании экономической политики[1]. Научная рефлексия, связанная с осмыслением образовательной проблематики, становится все более активной и плодотворной. Феномен образования продолжает приковывать к себе самое пристальное внимание представителей разных отраслей научного знания: педагогов, психологов, философов, экономистов, социологов, историков, географов, правоведов. Одним из перспективных называется междисциплинарный подход к проблематике образования; отмечается что в процессе формирования находится «эдукология» – «интегральная» область знания, в сферу интересов которой входит широкий круг проблем образования[2].

Правовое регулирование образовательной деятельности давно стало самостоятельным предметом весьма разноплановых исследований, а эффективное правовое регулирование образовательного пространства является, без преувеличения, сверхзадачей. Заметим, что еще в российском правоведении середины XIX в. отмечалось, что среди всех государственных законов нет закона важнее, чем закон о народном просвещении. Размышления юристов об образовании и должном его регулировании привели к артикуляции идеи образовательного права.

Современные российские дискуссии об образовательном праве прочно встроились в правовую полемику, пережив эволюцию от проблемы «существует – не существует» до обсуждения «какое? каким должно быть?». Корни дискуссии уходят в советскую правовую науку 1970-х гг., когда было обращено внимание на сложную структуру административного права, а также была высказана идея вторичных, комплексных образований в системе (структуре) права и законодательства. Вслед за длительными спорами о специфике хозяйственного права как самостоятельной правовой отрасли настал черед и других отраслей. Так, перед принятием Основ законодательства о народном обра-

© Н.Н. Зипунникова, 2008

Кадидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права УрГЮА, г. Екатеринбург.

Candidate of legal sciences, associate professor of Ural State Law Academy chair of history of sate and law Ekaterinburg.

[1] Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран / Под ред. А.Н. Козырина. М., 2007. С. 7–8.

[2] Катровский А.П. Формирование и развитие территориальной структуры высшего образования в России. М., 2003. С. 4. Представляется справедливой оговорка автора, что для многих исследователей «мысль о формировании подобной комплексной науки не является очевидной, дискуссионно и само название науки».

зовании Союза ССР и союзных республик 1973 г. рядом исследователей было обращено внимание на готовность административного права к выделению новых подотраслей, в частности – социально-культурного права[1]; позднее Г. А. Дорохова, характеризовавшая законодательство об образовании как самостоятельную отрасль советского законодательства, отмечала, что образовательное право является формирующейся в качестве самостоятельной отрасли права[2].

В дореволюционной правовой науке «образовательная» деятельность традиционно рассматривалась как одна из составляющих полицейской деятельности правительства[3]. М.Ф. Владимирский-Буданов характеризовал право образования (образовательное право) как особую, самостоятельную часть права административного, а его предметом называл конкретную деятельность государства по созданию условий для эффективного функционирования образовательных учреждений[4]. А Н.Х. Бунге отмечал, что право нормирует общественные задачи народного образования и решает их в соответствии с юридическим порядком в стране, вследствие взаимодействия государства, самоуправления и индивидуальной инициативы. Среди этих задач он называл определение: 1) общей цели народного образования; 2) круга деятельности и пределов власти (правительства, местных или личных союзов и частных лиц в области народного образования); 3) системы учебных учреждений, организации их личного состава, порядка их деятельности; 4) прав учащихся и окончивших свое образование[5].

Заметная специфика имперского образовательного законодательства, по крайней мере актов об университетах, позволила исследователям в последние годы утверждать о возникновении и формировании в первой половине XIX в. соответствующей самостоятельной отрасли (университетского) законодательства – относительно «периферийной» с точки зрения непосредственно государственной («высокой») политики[6]. Сегодня такой подход является весьма устойчивой тенденцией.

Анализ сегодняшнего состояния идеи образовательного права показывает, что она завоевала значительное количество сторонников среди правоведов, для которых уже аксиоматично, что образовательное право обладает всеми необходимыми свойствами самостоятельной отрасли права. В центре проблематики образовательного права, наряду с обоснованием предмета и метода правового регулирования, разработкой методологии и методик исследования, находится задача принятия Образовательного кодекса РФ, который упорядочил, стабилизировал бы мощный пласт российского законодательства – законодательство об образовании. Уже предлагался и обсуждался его проект; историческим примером зачастую называется Кодекс народного просвещения Украины 1922 г. Среди аргументов в пользу кодификации, кроме повышения качества правового регулирования, выделяют также переход нормативного регулирования образовательных отношений исключительно на уровень законодательной власти (поскольку министерство образования в таком случае лишается нормотворческих полномочий) и обеспечение доступности права[7], что в конечном счете создает условия для эффективной реализации субъективного права – права на образование.

И если идея образовательного права как самостоятельной правовой отрасли принята не всеми, то вряд ли найдется правовед, отрицающий существование самостоятельной отрасли национального законодательства – законодательства об образовании. Его нормы регулируют ту сферу общественных отношений, в которую вовлечены практически все возрастные группы и слои общества. Концепция непрерывного образования, провозглашенная ЮНЕСКО в 1972 г. и успешно реализуемая сегодня во многих странах мира, многократно увеличивает число участников образовательных отношений[8]. Процессы глобализации, являющиеся приметой времени, как никогда, актуализируют необходимость

---

[1] Чхиквадзе В.М., Ямпольская Ц.А. О системе советского права // Советское государство и право. 1967. № 9. С. 34.

[2] Дорохова Г.А. Законодательство о народном образовании. М., 1985. С. 42.

[3] Андреевский И.В. Полицейское право: В 2 т. Т. 2. Полиция благосостояния. СПб., 1876. С. 110–111; Дерюжинский В.Ф. Полицейское право: Пособие. СПб., 1903. С. 339. См. также работы И.Т. Тарасова, П. Шеймина и других представителей науки полицейского (административного) права.

[4] Владимирский-Буданов М.Ф. Государство и народное образование в России с XVII в. до учреждения министерств. СПб., 1874. С. 1, 5, 9.

[5] Бунге Н.Х. Полицейское право. Благоустройство. Вып. 5. Т. 2. Киев, 1877. С. 156.

[6] Грязин И.Н., Танклер Х.Л. Особенности и теоретические проблемы юридического регулирования деятельности университетов России и особенно Тартуского в первой половине XIX в. // Ученые записки Тартуского государственного университета. Вып. 868. Из истории юридического образования в Эстонии в XVII–XIX вв. Тарту, 1989. С. 58, 69.

[7] Козырин А.Н. Россия и Франция: развитие образовательного законодательства // Кодекс образования Франции. Законодательная часть. М., 2003. С. 22.

[8] Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран. С. 9.

изучения зарубежного опыта в сфере правового регулирования образовательного пространства, а также проведения соответствующих сравнительно-правовых исследований. В литературе неоднократно обозначались причины (основания), актуализирующие подобного рода работы. Справедливыми представляются рассуждения об особенностях образовательно-правового нормативного массива, который «как в количественном, так и коллизионном отношениях, перешагнул разумные рамки»[1].

Особенности, задачи и проблемы образовательно-правовой компаративистики. Образовательно-правовая компаративистика относится к отраслевому срезу сравнительного правоведения. Так, А.Х. Саидов, констатируя национальную замкнутость сравнительного правоведения на современном этапе («несмотря на усилия изучить зарубежные правовые системы и развивать конкретные сравнительно-правовые исследования в целях совершенствования законодательства»), при характеристике развития компаративистики на постсоветском пространстве выделяет 6 ее направлений. Таковыми, по мнению известного ученого, являются: сравнительное изучение соотношения федерального законодательства и регионального законодательства субъектов (внутрифедеральное сравнение); сравнительное изучение законодательства субъектов региональных международных организаций – СНГ, Совета Европы, Европейского союза, др. (региональное сравнение); изучение места национальной правовой системы на правовой карте мира; изучение взаимодействия международного права и национального права (международно-правовое сравнение); сравнительное изучение основных правовых систем современности (глобальное макросравнение); *сравнительные исследования на уровне и в рамках отраслей права, выдержанных в духе «сравнительного законодательства*» (*отраслевое сравнение*). (*курсив* мой – Н.З.). Вообще же отраслевое сравнительное правоведение включено в предмет сравнительного правоведения как самостоятельной юридической науки[2].

Как представляется, в настоящее время сравнительно-правовые исследования в области образовательного законодательства России и зарубежных стран находятся на этапе приобретения (завоевания) полноценного компаративистского статуса. Таковые исследования есть проявление и разновидность сотрудничества в области образования как одного из важнейших и перспективных направлений осуществления гуманитарного, политического и культурного сотрудничества на основе добрососедства, миропонимания, доверия, межнационального согласия. Обеспечение прав и основных свобод человека (и права на образования в том числе) является сферой совместной деятельности государств, реализуемой на равноправной основе через общие координирующие институты[3].

«Сверхзадачей» для компаративистских исследований в области образования, самой сутью данного научного направления является *сопоставительное изучение систем образования и образовательного законодательства разных стран*. В рамках ее постановки могут решаться конкретные проблемы, а именно *расширение «образовательно-правовой географии»; изучение конституирования (иного закрепления, провозглашения) права на образование и его наполнения; выявление особенностей (видов, форм) источников права об образовании; сравнение специфики систематизации образовательного законодательства; сравнительное изучение моделей управления образованием; структурирование «образовательного пространства», выявление различных моделей, видов, типов, ступеней и т.п. образования; определение особенностей правового статуса участников образовательных отношений; сопоставление проявлений академической свободы и автономии учебных заведений, др*. Для правоведов, участников образовательной практики в части «воспроизводства юридического корпуса» перспективной задачей, как представляется, может стать *составление «всемирной карты (атласа) юридического образования»*.

Задача расширения географических рамок исследования, распространения их на Восток для «получения максимально точной картины зарубежных образовательных институтов» ставится и отчасти решается в новейшей коллективной монографии под редакцией А.Н. Козырина[4]. В орбиту исследования авторами вовлечены системы образования и образовательное законодательство не только западных стран (США, Великобритании, Франции, Финляндии), но и Китая, Японии, а также стран Ближнего и Среднего Востока (Турции, Ирана, Пакистана). Таким образом, как отмечается в

---

[1] Ягофаров Д.А. Нормативно-правовое обеспечение образования. Правовое регулирование системы образования: Уч. пособие. М., 2008. С. 387.

[2] Саидов А.Х. Современное сравнительное правоведение: методология и новые парадигмы // http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/1_1.doc

[3] Ягофаров Д.А. Указ. раб. С. 382.

[4] Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран. М., 2007. 432 с.

работе, преодолеваются недостатки «наметившейся в последнее время «вестернизации» сравнительных, в том числе сравнительно-правовых исследований в сфере образования». Заметим, тем не менее, что значительная часть работы (с. 12–131) посвящена характеристике образовательного законодательства и образовательной системы США.

Право на образование и его содержание. Право на образование – одно из естественных, неотъемлемых, неотчуждаемых, основных прав и свобод человека. Под образованием понимается "целенаправленный процесс воспитания и обучения в интересах человека, общества, государства" (преамбула закона РФ "Об образовании"); право на образование – право человека на включение в этот процесс и на участие в нем в качестве обучающегося. Право на образование гарантирует гармоничное, духовное развитие индивида и помогает ему стать полезным и полноценным участником социального, политического, духовного и культурного прогресса.

По времени возникновения право на образование относят ко второму поколению прав и свобод человека (т.н. позитивные, возникшие на рубеже XIX–XX вв.), по основным сферам жизнедеятельности человека – к социально-культурным правам и свободам, иногда – к социально-экономическим, чаще – к выделяемой в самостоятельную структуру группе культурных (духовных) прав и свобод.

Важнейшими международно-правовыми актами, закрепляющими универсальное право на образование, являются Всеобщая декларация прав человека, утвержденная Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. (ст. 26); Пакт об экономических, социальных и культурных правах, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 г. (ст. 13); Конвенция о правах ребенка, одобренная Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. (ст.ст. 28, 29); Конвенция о борьбе с дискриминацией в области образования от 14 декабря 1960 г.[1] В рамках специализированного учреждения ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) в последнее время принято несколько важнейших деклараций, например, Всемирная декларация о высшем образовании для XXI в.: подходы и практические меры (1998 г.).

Все большее распространение приобретает мнение, что право на образование не следует сводить только к общему базовому образованию, оно должно длиться всю жизнь и рассматриваться как непрерывное.

С социальными, экономическими и культурными правами, в том числе и правом на образование, неразрывно связан принцип социального государства. И, как отмечается в специальной литературе по правам человека, независимо от того, закреплены они в конституции или нет, развитые государства западного мира не могут отвергать значимость этой категории прав, нашедших воплощение в важнейших международных правовых актах. Государства обязываются к социальной ориентации их деятельности, без чего в конце XX в. невозможно нормальное развитие общества[2]. Тем более актуально изучение конституционного (или иного) провозглашения, закрепления права на образование в различных государствах, его наполнения, а также системы его гарантий.

Так, например, во Франции законодательно закреплено, что реализация права на образование является «важнейшим национальным приоритетом» и «на основе принципов равенства, свободы и светскости государство гарантирует осуществление этого права для всех детей, юношей и девушек, проживающих на территории Франции, независимо от социального происхождения, культурного уровня и национальной принадлежности». В иранской конституции 1979 г. декларируется, что «руководство ИРИ призвано использовать все свои возможности … для обеспечения бесплатного образования и физического воспитания для всех и на всех уровнях, а также облегчения доступа к высшему образованию» (ст. 3); а «правительство должно предоставить всему народу возможность бесплатного получения образования до окончания средней школы и расширять возможности получения высшего образования настолько, насколько это позволит опора страны на собственные силы» (ст. 30)[3].

Проблема источников права об образовании и систематизация законодательства об образовании. Определенные усилия предпринимаются в последние годы по сравнительному изучению видов и форм источников права и образований в различных странах. На страницах российской «профильной» периодики (журналов «Право и образование», «Юридическое образование и наука», др.) активно публикуются подобные материалы, в частности исследовательницей из Екатеринбурга

[1] См.: Международно-правовые акты о правах человека: Сб. документов. М., 1998.
[2] См., напр.: Права человека / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 1998. С. 202–203.
[3] Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран. С. 192, 389.

Е.С. Кананыкиной. Изучение различных источников права об образовании в различных правовых системах (статутов, распоряжений министерства образования, законов субъектов федерации, специальных директив, планов развития отдельных видов образования, др.) позволяет выявить своеобразие национальной образовательной политики. Отмечается также, что проведенные исследования предполагают, что вид и форма источника права об образовании не имеют определяющей зависимости от правовой системы, скорее это зависимость от формы государственного устройства – унитарного государства или федеративного, а также от политического режима в стране, господствующей правовой и педагогической идеологии[1].

Определение специфики систематизации законодательства об образовании в различных странах и ее сопоставление имеет значение не только в технико-юридическом аспекте; как уже отмечалось выше, речь также идет о повышении эффективности реализации права на образование. Как показывают исследователи, в разных странах отношение к этой проблеме неоднозначное; существенное значение имеют исторические особенности и тенденции развития правовой системы. Так, например, во Франции разработке Кодекса образования было отведено приоритетное место в программе кодификации национального законодательства, предпринятой по инициативе правительства в 1989 г. и окончательно утвержденной законом в 2000 г. Кодекс образования Франции введен в действие ордонансом Президента Республики № 2000-549 от 15 июня 2000 г. В правовой доктрине скандинавских стран принято считать, что систематизация правовых норм, как и их объяснение, имеет отношение прежде всего к правовой науке. Основу правовой системы в этих странах составляет законодательство, но право не настолько кодифицировано, насколько это принято в континентальном праве. Так, современное законодательство об образовании Финляндии входит в раздел Образование и культура Второй части Свода законов. В Великобритании правовое регулирование образования осуществляется сотнями разрозненных законов и актов делегированного законодательства, часть из которых уже устарела или была отменена. При этом работы по консолидации и кодификации на государственном уровне ведутся медленными темпами[2].

Академическая свобода и ее сравнительное изучение. В рамках нового специального исследования Л.М. Волосниковой о таком многомерном феномене, как академическая свобода, предпринята попытка выявить особенности становления и современного воплощения академической свободы в странах Западной Европы, США и России[3]. В работе сравниваются существующие конституционно-правовые режимы академической свободы и ставится вопрос о их «гетерогенизации» и «гомогенизации». В предисловии к монографии, подготовленном Г.Н. Чеботаревым, отмечается, что она «представляет собой инновационное фундаментальное исследование, дает возможность задуматься о перспективах развития науки конституционного права, о смысле академических ценностей, об оптимальной модели управления системой высшего профессионального образования, о соотношении ценностей и интересов в конституционном регулировании»[4].

Заметим, что российские исследователи уже ставили задачу подобного рода, в начале XX столетия об академической свободе в Германии писал С.И. Живаго[5]. Академическую свободу он называл жизненным началом, одним из первых условий осуществления германскими юридическими факультетами их образовательных функций, а «не банальной тенденциозной фразой». Ознакомившись с реальной практикой подготовки юристов в различных немецких университетах, активно обсуждавшейся там проблемой государственно-служебных экзаменов, С. Живаго констатировал: основные предметы юридического курса занимают центральное положение в занятиях студентов-юристов, причем не в силу циркуляров и предписаний, а благодаря свободе учения студентов. Примечательно, что автор приводил оценки немецких профессоров действовавшего в то время в России университетского устава 1884 г., существенно усилившего возможности государственного влияния на «ученую корпорацию». Так, Ф. Паульсен ссылался на русский университетский устав 1884 г. как на «пример для устрашения» и подчеркивал, что «опыт других стран» должен научить соотечественников особенно дорожить тем, что искони составляет залог развития и процветания германских университетов[6].

---

[1] См.: Ягофаров Д.А. Указ. раб. С. 383.

[2] Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран. С.133–134, 197–200, 240–241; Кодекс образования Франции. Законодательная часть. М., 2003.

[3] См.: Волосникова Л.М. Академическая свобода: генезис, юстификация, конституционализация. М., 2006.

[4] Там же. С. 5.

[5] Живаго С. Академическая свобода в германских университетах // Вестник Европы. 1901. № 12. С.470–531.

[6] Там же. С. 470, 493–494.

Вопросы типологии образовательных систем в контексте приемов проведения сравнительно-правовых исследований. Непростой видится задача предложения и обоснования типологии (типологий), классификаций образовательных систем мира, без чего вряд ли возможна полноценная образовательно-правовая компаративистика. Безусловно, определенный опыт накоплен педагогической, исторической науками. Можно выделять светские и религиозные образовательные системы, образовательные системы с определяющим государственным участием или смешанные общественно-государственные и т.д.

В рассуждениях о наиболее предпочтительном для компаративистских исследований в области образовательного законодательства приеме вполне допустимы высказанные замечания о соотношении типологии и классификации. Так, по мнению О.Ф. Скакуна, нельзя преуменьшать либо преувеличивать достоинства классификации и типологии: каждый из этих приемов познания востребован в юриспруденции. Типология более универсальна, чем классификация, и используется там, где классификация с ее строгим подходом к разграничению явлений неприменима. Это такие предметные области, в которых наблюдается плавность переходов от одного качественного состояния в другое, их непрерывность, отсутствие резких границ между отдельными частями предметных областей, что порождает множество неопределенных понятий (в юриспруденции они, как правило, частично неопределенные вследствие многозначности знаменательного слова, например, вещь и др.). Поэтому, замечает ученый, типология в сравнительном правоведении выступает начальным пунктом всевозможных операций по систематизации правовых систем. С помощью сравнительно-типологического подхода совокупность правовых систем предстает как некая целостность, обладающая элементами одинакового свойства, то есть создается модель (тип) с определенным набором существенных признаков правовых систем для их группирования[1]. Полагаем, что именно типология позволит показать существующее многообразие образовательных систем.

Обозначение вопроса приемов проведения сравнительно-правовых исследований в сфере образования неизбежно влечет за собой постановку широкого круга проблем, существующих у этого направления правовой компаративистики. По большому счету ему присущи все трудности, с которыми сталкивается все сравнительное правоведение. Как отмечает А.Х. Саидов, методология сравнительного правоведения бедна, несмотря на необъятность современной мировой литературы по юридической компаративистике. По его мнению, традиционный спор, «занимающий непропорционально большое место в компаративистской литературе», о том, что есть сравнительное правоведение – частнонаучный метод или самостоятельная научная дисциплина[2], нужно перевести из плоскости «или-или»; перспективно его рассмотрение как многоаспектного явления[3].

Такой подход поддержан в специальных работах, посвященных правовому регулированию образования. Так, Д.А. Ягофаров отмечает, что компаративистские исследования в сфере образования можно рассматривать с самых различных позиций: а) как разновидность сравнительно-правового анализа вообще; б) как одну из форм выражения сравнительного метода, присущего любому познавательному процессу; в) как определенную цель, детерминированную потребностями и интересами общества, государства, правовой и образовательной науки и практики; г) как средство решения определенного комплекса политико-правовых, экономических, социолого-правовых и иного рода общественно и государственно значимых задач[4].

Эволюция сравнительного правоведения прошла несколько этапов (ступеней), и, как подчеркивается компаративистами, до середины XX в. теорию сравнительного правоведения «скорее можно было бы назвать теорией сравнительного законодательства». Заметим, что такое отраслевое направление сравнительного правоведения, как образовательно-правовая компаративистика, и сейчас зачастую имеет заданность на сравнение законодательства.

Отмечается также, что классической традицией компаративистики стало разграничение сравнительного правоведения и изучение иностранного права. Как пишут немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц, поскольку сравнительное право неизбежно имеет дело с иностранным правом,

---

[1] Скакун О.Ф. О термино-понятиях «типология», «типологизация», «тип» в сравнительном правоведении // http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/1_2.doc

[2] О существовании такой дискуссии непременно упоминается в монографиях и учебниках по сравнительному правоведению. См., напр.: Тилле А.А., Швеков Г.В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1973. С. 17; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 8; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 30–31; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник. М., 2000. С. 19–21; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть:.Учебник для юридических вузов. М., 2001. С. 76–79

[3] Саидов А.Х. Современное сравнительное правоведение: методология и новые парадигмы // http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/1_1.doc

[4] Ягофаров Д.А. Указ. раб. С. 386.

прежде всего его следует отграничить от тех сфер правоведения, в которых в той или иной мере исследуются иностранные правовые системы. Простое изучение иностранного права не попадает в сферу действия сравнительного права. О сравнительном праве в точном смысле этого слова можно говорить, если выводы исследования по данной проблеме строятся на основе сравнения представленных в нем конкретных материалов различных стран[1].

Однако, справедливо замечает А.Х. Саидов, разграничение сравнительного правоведения и изучения иностранного права вообще трудно осуществимо, поскольку данные понятия тесно переплетены, а в чем-то неизбежно перекрещиваются. Более того, исторически сравнительное правоведение выросло из потребностей изучения иностранного права[2].

Заметим, что для образовательно-правовой компаративистики эта проблема стоит особенно остро; например, в упоминавшейся выше коллективной монографии «Образовательное законодательство и образовательные системы зарубежных стран» не предложено обобщающих выводов (собственно, «компаративистской квинтэссенции»); используя терминологию К. Цвайгерта и Х. Кётца, исследование можно было бы отнести к описательному сравнительному праву. Такой облик имеет многие работы, где в том или ином объеме и ракурсе ставится задача обобщить иностранный опыт в сфере правового регулирования образования. В известном смысле справедлив тезис Д.А. Ягофарова, прямо отмечающего, что исследователи, посетившие учебные заведения Запада или других регионов, с большим или меньшим удовольствием рассказывают об особенностях правового регулирования или организации учебного процесса в Германии, США, Франции, Китая и т.д., призывая под тем или иным предлогом перенять и побыстрее внедрить у нас, либо, напротив, ни в коем случае не перенимать, не внедрять. Такие анализы ограничиваются лишь описанием увиденного, услышанного и прочитанного, но не более. Собственно обобщений именно методологического характера, выводящих на серьезные научные образовательно-правовые обобщения и выводы, пока еще очень мало[3].

Методы компаративистских юридических исследований с учетом многоаспектности целей и задач сравнительного правоведения, конкретные правила и приемы проведения микро- и макросравнений показаны в специальной литературе. Со своей стороны подчеркнем значимость историко-юридического и сравнительно-исторического приемов (так называемой сравнительной истории права) для образовательно-правовой компаративистики. Уже цитировавшиеся немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц точно подметили, что «отношения между сравнительным правом и историей права на удивление сложны». Хотя то, что широкое использование научных публикаций по римскому праву выступало плодотворным инструментом исследований права древнего мира в целом, а также то, что почти все основатели современного сравнительного права были крупными историками права и что без знания истории современные компаративисты не могут понять иностранные судебные решения, – неоспоримые факты[4].

Ярких иллюстраций проявления (действия) исторической компоненты можно привести множество. Не могут не обратить на себя внимания рассуждения современных американских правоведов о росте негативного отношения к юристам в американском обществе, об утрате профессией прежнего «аристократического лоска» и даже ее кризисе. Констатируется, что сложность методов правового регулирования, принятых в системе прецедентного права, принцип состязательности судопроизводства требуют искусности юристов, а необходимость обращаться за их помощью выше, чем в других правовых системах. Последнее выступает уже раздражающим фактором, напоминающим людям о собственной беспомощности[5]. Рассуждения понятны, потому что любому российскому (и не только) юристу известно, что исторически в США профессия юриста была одной из наиболее влиятельных в обществе, если не самых любимых. По крайней мере, традиционно акцентировалось внимание на том, что ни одна другая профессия не дала Соединенным Штатам такого большого числа президентов[6].

---

[1] Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1. Основы. М., 1998. С. 14, 18.

[2] Саидов А.Х. Современное сравнительное правоведение: методология и новые парадигмы // http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/1_1.doc

[3] Ягофаров Д.А. Указ. раб. С. 388.

[4] Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. раб. С. 18–19.

[5] Бернам У. Правовая система США. Вып. 3. М., 2007. С. 233–235.

[6] См., напр.: Фридмэн Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 203.

Исследователи современного состояния российского образовательного законодательства отмечают, что управление системой образования носит преимущественно государственный характер. Знание исторических особенностей и традиций в образовательной сфере в известной степени позволяет объяснить такую ситуацию. Советская модель управления системой образования сущностно не могла быть иной, кроме как государственной. Определяющее участие государства в деле организации образования и науки было характерно и для имперской России. Государственный патернализм, лежавший в основе конструирования российской образовательно-научной системы, в основном сохранял свои позиции весь имперский период; частная и общественная инициатива смогла заявить о себе как о некой альтернативе лишь в ходе буржуазной модернизации страны. В новаторской работе современного историка Б.Н. Миронова абсолютно справедливо показана несостоятельность распространенного долгие годы утверждения, что царизм тормозил развитие просвещения: «…не развитие народного образования отставало от потребностей народа, а наоборот, потребности народа в образовании отставали от возможностей, которые создавала существовавшая система народного просвещения»[1].

Сравнительное изучение существующих моделей юридического образования. Полагаем, что это направление образовательно-правовой компаративистики является наиболее актуальным и практически востребованным. По сути, в таком ракурсе особенно заметен «стык» образовательной и правовой систем. Юридическое образование и сложившаяся в стране система подготовки юристов представляют собой важнейшую и неотъемлемую часть правовой системы и социокультурного пространства. Становление системы воспроизводства «юридического корпуса» органично («генетически») вплетено в эволюцию правовой системы, следствием чего являются исторически сформировавшиеся особенности национальных моделей подготовки юристов.

Преподавание права в открывавшихся в средние века в Европе университетах уже охарактеризовано как один из элементов, лежащих в основе западной традиции права. Университеты собрали вместе исследователей права – преподавателей и студентов – со всей Европы, познакомив их не только друг с другом, но и с преподавателями и студентами теологии, медицины, гуманитарных наук, и сделали из них сословие, а говоря сегодняшним языком, – профессию[2]. В университетах не преподавали «практическое право». Университетский профессор учил методу, позволявшему создавать справедливые по содержанию нормы, более всего соответствующие морали и благоприятствующие нормальной жизни общества[3]. Постепенно на смену общеевропейскому средневековому феномену университета как корпорации (особой юридической формы партнерства) учащих и учащихся, перемещавшихся в «хождении за знаниями» по разным городам, под влиянием различных факторов пришли университетские модели (немецкая, английская, французская) образования, в том числе и юридического.

Полной их обособленности, замкнутости быть не могло в силу специфики краеугольного камня «университетского здания» – научного знания. Известно, что в XIX в. особый интерес вызывали немецкие университеты, где особенно после Гумбольдтовской реформы главный акцент был сделан на исследовательский поиск истины, «чистоту» знания. За освоением методологии такого поиска ехали исследователи и студенты, поучившиеся в престижных английских университетах с их тьюторской системой, и во французских – со строгой регламентацией учебных планов, и в российских, возникших по инициативе и на средства государства и пока еще набиравших силу.

Российское юридическое образование, будучи много моложе европейского, активно рецепировало европейский опыт, приспосабливая его к имевшимся условиям. Приглашение иностранных ученых на российскую службу, изучение европейских университетских статутов и иных законодательных образцов, научные стажировки в европейские университеты – наиболее значимые способы трансляции правового, организационного, методического опыта. Со второй половины XIX в., когда, по мнению Р. Давида, только и появляется русская юридическая литература[4]. Изучение зарубежных моделей университетского (юридического в том числе) образования становится регулярным; наряду с публицистическими и популярно-ознакомительными заметками появляется научная литература.

---

[1] Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII-XIX вв.). Генезис личности, демократической семьи, гражданского общества и государства. СПб., 1999. Т. 2. С. 226.

[2] Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. 2-е изд. М., 1998. С. 127.

[3] Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 34.

[4] Там же. С. 118.

Указанный ранее «страноведческий» подход, а именно изучение иностранного права, образовательных систем, были ее отличительной чертой[1].

С созданием советского государства образовательному пространству задаются иные координаты. Закрытый характер, изоляция образовательного пространства СССР в полной мере проявились и в части подготовки юристов. Юридическое образование, основанное на изучении отечественного законодательства, с возложенными на него преимущественно идеологическими функциями оказалось почти полностью оторванным от мировых процессов в области юриспруденции. Изучение иностранных образцов подготовки юристов было возможно преимущественно в режиме острой критики.

В постсоветской России традиция изучения зарубежных моделей юридического образования была восстановлена. Открытие границ, возможность «академической мобильности» преподавателей и студентов привели к активному потоку публикаций на тему подготовки юристов за рубежом[2]. К настоящему времени накоплен определенный опыт «страноведческого» описания иностранных образцов. Как представляется, перед участниками образовательной практики и исследователями стоят новые задачи, обусловленные международным и региональным сотрудничеством в различных сферах. Полагаем, существуют все условия для воплощения идеи составления всемирной карты (атласа) юридического образования[3]. Интерпретации этой идеи может быть множество – и подготовка соответствующих справочников и коллективных монографий, и аналитические обзоры законодательства по юридическому образованию.

Назрела настоятельная потребность вовлечения в орбиту учебного процесса в учебных заведениях, осуществляющих подготовку юристов, подобного материала.

Практическое значение образовательно-правовой компаративистики. Преподавание. Преподавание в вузах различных курсов, связанных с «образовательным контекстом» международного сотрудничества, как представляется, должно стать обычной практикой. Эффективное региональное взаимодействие в рамках Болонского процесса, призванного создать европейское согласованное образовательное пространство, невозможно без знания субъектами образовательных отношений особенностей образовательной системы участвующих в процессе государств.

О преподавании сравнительного правоведения в различных странах в литературе имеются некоторые сюжеты[4]. О необходимости его преподавания весьма внятно высказываются многие компаративисты. Образовательно-правовая компаративистика может выступать самостоятельным курсом (спецкурсом) либо как часть курса сравнительного правоведения; ее элементы могут находиться «внутри» курсов, заполняющих так называемое «Введение в специальность». Известно, что в ряде российских вузов читаются «История юридического образования», «Юридическая педагогика» и и другие подобные курсы, методически обеспеченные учебниками и учебными материалами, где раскрываются, в частности, особенности подготовки юристов за рубежом[5]. С переходом на многоуровневое образование такие курсы, как представляется, будут перспективны и востребованы на уровне магистратуры. Вслед за известным ученым повторим тезис об учебно-воспитательной роли сравнительного правоведения в целом и его отраслевых направлений. Юридическая компарати-

---

[1] См., напр.: Богданович Л.А. Иностранные университеты. Вып. I. Университеты Англии. М., 1899. Вып. II. Университеты Германии в годы студенчества ее знаменитых людей. М., 1899. Вып. III. Заатлантические университеты. М., 1900; Живаго С.И. Задачи университетского преподавания права в Германии // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 2–5; Игнатович В.В. История английских университетов. СПб., 1861; Игнатович В.В. Немецкие университеты в развитии их исторической и современной жизни. Ч. 1. СПб., 1864; Любимов Н. Университетский вопрос. С присоединением полных статутов Берлинского университета, постановлений о государственных экзаменов в Пруссии других приложений. М., 1875; Чумиков В.А. Современные немецкие университеты. СПб., 1897.

[2] Антонов И.П. Подготовка «юридического корпуса» в Германии // Юридическое образование и наука. 2001. № 2; Бланкенбург Э. Юристы и правовые инновации в Германии и США // Государство и право. 1997. № 5; Вершинин А.П. Юридическое образование в ФРГ: опыт организации // Правоведение. 1992. № 1; Зипунникова Н.Н., Хусснер М. Юридическое образование в Германии: правовое регулирование и перспективы развития // Вестник Гуманитарного университета: научный альманах. Екатеринбург, 2005. Вып. 4; Левитан К.М. Подготовка юристов в ФРГ (из опыта международных связей УрГЮА) // Российский юридический журнал. 2001. № 2; Попондопуло В.Ф. Некоторые аспекты юридического образования в Великобритании, Германии, Японии и России // Юридическое образование и наука. 2003. № 2 и др.

[3] Такая «образовательно-правовая география» есть одно из проявлений существующих в юридической компаративистике термино-подходов – «юридическая география», «правовая карта мира» и т.п.

[4] См., напр.: Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001. С. 148–156.

[5] См., напр.: Ящук Т.Ф. История юридического образования: Учебное пособие. Омск, 2004; Левитан К.М. Юридическая педагогика: Учебник. М., 2007.

вистика несет высокий заряд правовой культуры и активно способствует выработке юридического мышления, дает необходимые юристу знания[1].

В отличие от теоретического аспекта, где у сравнительного правоведения и его отраслевых направлений много нерешенных вопросов, в практическом плане наблюдается активное изучение и все более широкое применение. Для постсоветских государств взаимодействие в деле образования является одним из приоритетных и перспективных. Так, например, создана Базовая организация государств–участников СНГ по исследованиям в области образовательной политики, подготовки и переподготовки специалистов в сфере образовательного менеджмента и права. Главная цель ее деятельности – научное, методическое и информационное обеспечение процессов формирования и развития единого (общего) образовательного пространства государств–участников Содружества посредством проведения сравнительных исследований в области образовательной политики. Правовой базой межгосударственных отношений в области сотрудничества по формированию единого образовательного пространства СНГ являются различного рода концепции, соглашения и модельные законодательные акты; разработана также Концепция модельного образовательного кодекса для стран СНГ[2].

О взаимодействии государств в рамках Болонского процесса «сломано немало копий». И сейчас существует немало противников «болонизации», хотя ожесточенные дискуссии, по крайней мере в российском профессиональном сообществе, несколько поутихли. Предметом беспокойства многих стало опасение утраты самобытности, фундаментальности и научности юридического образования.

Подобные дискуссии ведутся и в других государствах Европы, участвующих в интеграционных процессах, например, в Германии[3], где исторически сформировались существенные особенности системы подготовки юристов (обстоятельная законодательная регламентация, ориентация на профессию судьи, высокий статус государственных экзаменов, наличие подготовительной службы (референдариата), др.). При том, что реформирование системы подготовки юристов всегда рассматривалось здесь как социально значимая проблема[4], преобразование юридического образования по «болонскому образцу» видится значительной части немецкой юридической общественности («непреклонным немецким юристам») как неприемлемое[5].

В соглашениях же, сопровождающих европейское взаимодействие в сфере образования, последовательно подчеркивается, что многообразие систем образования, разнообразие культур и языков составляет богатство зоны европейского высшего образования.

Взаимодействие в рамках Болонского процесса, в том числе осуществление сравнительно-правовых исследований, отнюдь не исчерпывает всех возможностей сотрудничества. В рамках 1-й и 2-й сессий Европейско-азиатского правового конгресса, состоявшихся в мае 2007 и мае 2008 г. соответственно в г. Екатеринбурге, обсуждалась идея евразийского сотрудничества и евразийского правового университета; функционировала экспертная группа по координации юридического образования и научно-исследовательской деятельности; выступали ученые из Индии, Кипра, Китая. Представляется, что у таких инициатив также большое будущее.

В заключение подчеркнем, что образовательно-правовая компаративистика является перспективным отраслевым направлением сравнительного правоведения, значительный прикладной потенциал которого неизбежно будет стимулировать и разработку его теории (методологии). Для решения задачи подобного рода, безусловно, требуются существенные исследовательские и организационные усилия.

---

[1] Саидов А.Х. Современное сравнительное правоведение: методология и новые парадигмы // http://comparativelaw.org.ua/dopovidi/1_1.doc

[2] Ягофаров Д.А. Указ. раб. С.с. 374-381.

[3] См., например: Reich K., Vanistendael F. Bologna und der Euro-Jurist // ZRP. 2002. Heft 6. S. 268–272; Merk B. Der Bologna-Prozess – die Erste Juristische Staatsprüfung auf dem Prüfstand? // ZRP. 2004. Heft 8. S. 264–266.

[4] Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 81.

[5] Jeep Jens. Der unnotige Kampf deutscher Juristen. // Suddeutsche Zeitung. 22 Februar 2006. S. 2.

T.N. Malaya

The place for practical knowledge in comparative law researching

Т.Н. Малая

Место практических занятий в изучении сравнительного права

Практические занятия дают возможность получить практические навыки применения метода сравнительного анализа, позволяющего увидеть роль международных договоров, актов Евросоюза в регулировании отдельных видов общественных отношений в странах-членах ЕС, уяснить различия между гармонизацией и унификацией права. Оценка качества самостоятельной работы по подготовке к ним должна зависеть от поставленной задачи и не может быть сведена к какой-либо одной форме проверки.

Practical classes give an opportunity to acquire practical skills of the comparative legal analysis method application, which allows to understand the role of the international treaties, acts of the EU in the regulation of several aspects of social relationships in the member states of the EU, and the differences between the harmonization and unification of law. The assessment of the quality of self-studying must depend on the given task and should not be limited by the only form of verification.

В последние годы в России, в том числе на территории Архангельской области, значительно вырос объем экономических отношений, затрагивающих интересы субъектов зарубежных правопорядков. Все чаще возникает необходимость использования норм иностранного права.

Юристы, имеющие навыки работы по анализу и практическому применению зарубежного законодательства, становятся всё более востребованными на рынке труда. Кроме того, изучение права других государств позволяет лучше понять российское право, особенно в сфере регулирования отношений собственности, в определении пределов свободы договора и способов осуществления своих субъективных прав.

Подобные обстоятельства обусловили необходимость введения на юридическом факультете нашего университета ряда специальных курсов по изучению зарубежного законодательства. В течение нескольких лет студенты Института права и предпринимательства Архангельского государственного технического университета изучают ряд предметов, позволяющих познакомиться с важнейшими институтами европейского права, изучить правовые акты Европейского союза, включая директивы ЕС и национальное законодательство отдельных европейских стран, гармонизированное в соответствии с ними.

Уже на этом этапе студент имеет возможность получить практические навыки применения метода сравнительного анализа, позволяющего увидеть роль актов Евросоюза в регулировании отдельных видов общественных отношений в странах-членах ЕС, уяснить различия между гармонизацией и унификацией права.

Преподаватели, читающие курсы европейского права, имели возможность ознакомиться с методикой преподавания правовых дисциплин в Швеции, Финляндии и Великобритании во время стажировок в рамках различных программ, в том числе в результате участия в проекте «Tempus-Tacis» – “Teaching comparative law”. Во время обучающих курсов и совместных конференций они смогли лучше изучить не только законодательство названных государств, но и практику его применения, приобрести навыки сотрудничества при совместном проведении курсов сравнительного права в ряде университетов Финляндии и Швеции.

Особенности преподавания сравнительного права каждым из нас зависят от задач и специфики конкретного специального курса. В частности, спецкурс «Сравнительное европейское контрактное право» носит практическую направленность и предназначен для более глубокого изучения вопросов, связанных с особенностями заключения, изменения и прекращения коммерческих контрактов, если

© Т.Н. Малая, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, зам. директора по научной работе Института права Архангельский государственный технический университет, профессор кафедры гражданского и трудового права, г. Архангельск.

Candidate of legal sciences, associate professor, deputy director on scientific work of Arkhangelsk State Technical University Law institute, professor of labour and civil law (Arkhangelsk).

хотя бы одной из его сторон является предприниматель или компания из европейской страны, в том числе входящей в Европейский союз.

В процессе изучения названного курса студентам предлагается освоить определенный обязательный минимум. В частности, они должны знать правовой статус основных участников коммерческих контрактов по законодательству ЕС, законодательству России и законодательству не менее чем двух европейских государств.

При этом в лекционном курсе предлагается лишь общая характеристика источников права компаний, существующая в европейских странах. Они получают краткую информацию о существующих директивах в этой сфере общую характеристику системы юридических лиц в Соединенном Королевстве и северных странах. Выбор для лекционного курса права именно этих государств обусловлен рядом причин.

Прежде всего, тем, что с компаниями этих стран чаще всего заключаются договоры в нашем регионе. В то же время найти специальную литературу по праву компаний Норвегии, Швеции и Финляндии значительно сложнее, чем по праву других европейских государств. Кроме того, регулирование участия в договорных предпринимательских отношениях в этих странах имеет свою специфику, раскрыть которую трудно, не сравнивая с правовыми нормами, действующими в этой области в других государствах.

До проведения первых практических заданий студенты дополнительно самостоятельно изучают право компаний Германии и Франции, а также любой другой страны по своему выбору. При этом их внимание обращается на то, как регулировались эти отношения до принятия соответствующих директив и какие изменения были внесены в национальное законодательство в рамках гармонизации предпринимательских отношений на примере конкретных стран. Особое внимание предлагается уделить директивам ЕС о рекомендуемых формах юридических лиц, включая организации одного лица, а также особенностям регулирования отношений с участием основных (материнских), дочерних и зависимых организаций.

Для этого группа предварительно делится на несколько подгрупп. Каждая из них представляет компанию Англии, Германии, Франции, Швеции, Шотландии, Финляндии или другого европейского государства. Анализируя правовое положение потенциальных сторон контракта, студенты изучают не только директивы ЕС о компаниях, но и законодательство о юридических лицах соответствующих стран Европы, а также рассматривают учредительные документы конкретной компании.

В течение первых двух практических занятий студенты должны выбрать для своей организации конкретную организационно-правовую форму в соответствии с законодательством европейского государства (по выбору студентов или преподавателя), в котором указанная организация будет выступать в качестве стороны коммерческого контракта. Для этого они должны будут показать достоинства и недостатки избранной ими организационно-правовой формы и найти аналогичную организационно-правовую форму среди юридических лиц России и других европейских государств.

Кроме того, в рамках этой темы им необходимо будет определить круг учредительных и иных документов, из которых можно определить правовое положение организации, объем ее правоспособности и дееспособность, включая сделкоспособность и деликтоспособность, систему и полномочия органов. На этом же занятии студенты могут начать оформление проекта учредительных документов или оформление юридического заключения на переданные им для анализа проекты таких документов. Комплект необходимых документов или заключение должны быть подготовлены к следующему практическому занятию.

В ходе проведения этого практического занятия студент не только повторяет, по сути, весь теоретический курс российского корпоративного права, но и получает навыки работы с учредительными документами зарубежного контрагента, ему дается возможность увидеть общее и особенности в их оформлении и прочтении. Он приобретает первый опыт подготовки запросов, направляемых в соответствующие государственные органы о проверке статуса соответствующей организации и круге лиц, уполномоченных выступать от ее имени.

В результате всех форм обучения по этой теме студенты должны знать различия в понятиях «партнерство», «компания», «корпорация», «юридическое лицо» и требования к оформлению документов, подтверждающих полномочия сторон при ведении переговорного процесса, заключении и исполнении договора и при рассмотрении спора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения контракта.

В рамках этой темы определяется значение легализации официальных документов, исполненных за границей, их виды, порядок и основания проставления апостиля. В конце занятия в целях проверки усвоения материала в качестве контрольного задания могут быть предложены разные виды документов, а студент должен будет определить, например, полномочия конкретных лиц или указать на каких из них необходимо проставить апостиль. Иными словами, форма проверки полученных знаний осуществляется в ходе выполнения практических заданий.

В рамках изучения темы «Понятие и виды коммерческих контрактов» лектор знакомит с международными договорами, в которых участвует Российская Федерация, и дает классификацию коммерческих контрактов и источников их регулирования в тех же странах, право компаний которых рассматривалось на предыдущих занятиях. Особое внимание уделяется определению понятий «внешнеторговый», «внешнеэкономический», «международный коммерческий» контракт, выявлению его признаков по праву России, стран Евросоюза, европейских стран, не вошедших в состав ЕС.

Группа вновь подразделяется на три подгруппы, но роль каждой из них изменится. Одна из них будет представлять компанию или коммерсанта из России, другая – из избранной ими страны. Третьей подгруппе обычно отводится роль экспертов в области международного частного права.

По этой теме проводится семинар и 2-3 практических занятия. К концу семинара необходимо определиться с видом договора, который они «будут заключать». Чаще всего для этой цели студенты избирают договор международной купли-продажи. Поэтому на примере его подготовки можно увидеть, как проходит изучение этой темы.

Представители первых двух групп в ходе самоподготовки, помимо изучения норм национального права в этой области, должны получить необходимую информацию о свойствах объекта продажи. Она важна для правильного оформления перехода права собственности на него, для определения круга документации, подтверждающей его качество и иные свойства; для определения формы доставки товара и передачи его покупателю.

Группа экспертов по запросам любого представителя из первых двух подгрупп должна дать информацию о наличии или отсутствии соответствующих международных договоров, участником которых является Российская Федерация, о национальном законодательстве России и сложившейся судебной практике из договоров купли-продажи вообще и купли-продажи соответствующего товара в странах, к которым принадлежат стороны будущего контракта. Они также знакомят с существенными условиями договоров, которые могут быть заключены, последствиями отсутствия тех или иных условий при оформлении договорных связей.

Особое внимание эксперты уделяют изучению обычаев делового оборота, в том числе они должны показать значение использования «Инкотермс» для определения прав и обязанностей сторон, перехода рисков. В зависимости от избранного товара предметом изучения «продавцов» и «экспертов» могут быть и другие вопросы. Этот блок занятий завершается передачей контрагентами проектов договоров друг другу и экспертам. По аналогичной схеме может быть проведено (и проводится) занятие по составлению проекта любого другого вида коммерческих контрактов.

В зависимости от подготовленности групп, от правильности выбора ими вида договора, наличия или отсутствия первоначальных практических навыков дальнейший ход занятий может иметь несколько вариантов. Если проекты договоров значительно различаются, то на следующем практическом занятии представители каждой группы должны защитить свой проект договора, обосновав свои доводы ссылками на международные соглашения и директивы ЕС (если таковые имеются), а также на нормы национального права России и соответствующего государства.

Эксперты должны оценить защиту, обратив внимание также на использованные и упущенные ими возможности при получении необходимых консультаций. Результатом этого занятия должно стать подготовленное экспертами письменное заключение о возможности (невозможности) заключения анализируемого контракта на предложенных условиях или проект предварительного договора.

Часто при подготовке проекта все студенты работают вместе, согласовывая большую часть разногласий в ходе самостоятельной подготовки. При таком варианте второе практическое занятие по этой теме заканчивается заключением предварительного договора или назначением даты «заключения договора».

Порядок заключения договора изучается в форме деловой игры. В ходе ее подготовки эксперты готовят памятку для сторон о культурных традициях, об этике переговорного процесса, национальных

особенностях стран, которым принадлежат контрагенты. Ко дню переговоров должны быть готовы проекты всех необходимых приложений к контракту (спецификации, сертификаты, страховые полисы, документы об обеспечении исполнения договора, разрешения и т.п.) с тем, чтобы результатом его стало подписание договора.

В ходе этого занятия студенты должны показать навыки не только организации собственно переговорного процесса, но и организации пребывания своего потенциального партнера в г. Архангельске, включая составление программы пребывания и программы ведения переговоров. Таким образом, они закрепляют полученные ранее навыки проверки полномочий участников переговорного процесса и приобретают первый опыт оформления документации, необходимой для заключения договора.

Этому занятию предшествует самостоятельный просмотр видеоматериалов по проведению переговоров и заключению контракта. При необходимости первая часть этого практического занятия может быть отведена для обсуждения просмотренных видеоматериалов.

Кроме того, после подготовки к этому занятию многие по-новому видят свой город и свою область. Творческие способности проявляются даже в организации перерывов, так называемых «кофе-брейков», когда на столе – не просто печенье, а испеченные студентами блины или другие изделия традиционной северной кухни.

Аналогично изучаются и другие темы спецкурса. Все это позволяет студентам получить практические навыки не только составления юридических документов, но и работы в малых группах, правильного распределения прав и обязанностей между участниками переговорного процесса или арбитражного спора.

Конечно, не все практические занятия приносят тот результат, на который можно было бы рассчитывать, поэтому в конце каждой темы и последнее занятие отводится обсуждению того, что смогли приобрести участники спецкурса, что не получилось, по каким причинам и что можно сделать для тех, кто на следующий год будет изучать эту дисциплину.

Итогом всех занятий, как правило, является пакет документов, подготовленный каждой из подгрупп, либо подшитый том арбитражного дела, рассмотренного ими, которые послужат первичным материалом на начальной стадии изучения этого курса в новом учебном году.

При изучении специальной дисциплины «Институты Европейского союза» ставятся несколько иные цели. Здесь большее внимание уделяется информационным моментам, поэтому больший объем, по сравнению с другими аналогичными дисциплинами, отводился лекциям. Однако значительно повысился интерес к этому предмету, когда были введены такие деловые игры, как «Формирование и ответственность Комиссии ЕС», «Процесс принятия директивы», «Рассмотрение дела в суде ЕС».

Преподавание отдельных тем, а также специальных курсов в течение нескольких лет осуществляется совместно с коллегами из других стран, что позволяет студентам получить информацию «из первых рук», а также проверить свои познания в иностранном языке, в умении переводить не только специальную литературу, но и законодательство.

Наиболее интересно проходят «гостевые» занятия, когда они проводятся в форме «круглых столов» или посвящены рассмотрению практической ситуации. Они позволяют лучше увидеть решение проблемы в зависимости от применимого права, усвоить различия в определении момента заключения коммерческого контракта по праву разных стран и видеть правовые последствия, связанные с этими различиями, а также знать основные способы разрешения и предупреждения возможных споров.

За несколько лет преподавания этих дисциплин получен определенный опыт, выявлен целый ряд проблем, что потребовало пересмотра не только программ самих курсов, но и организации учебного процесса на старших курсах. В то же время нельзя не сказать о некоторых проблемах. Одна из них связана с организацией самостоятельной работы студента и критериях ее оценки.

Не секрет, что оценка любого явления важна лишь тогда, когда она направлена на стимулирование достижения определенной цели. Поэтому, прежде чем говорить о критериях оценки, форме организации самостоятельной работы студента, важно определиться с ответом на вопросы: зачем нужна эта подготовка? Какие навыки должен получить студент, выполняя задание преподавателя или осуществляя самоподготовку к различного рода контрольным испытаниям?

Без ответа на поставленные вопросы мы, по сути, остаемся без определения надлежащего объекта контроля либо он будет сведен к контролю ради контроля.

Однако если проанализировать существующие подходы, то можно увидеть, что в последние годы из всех форм проверки уровня знаний и навыков студента при аттестации вузов используется единственный метод – тестирование. Он применяется абсолютно во всех областях, при изучении любых предметов. Но можно ли его использовать всегда, и особенно при учении курсов сравнительного права?

Действительно, эта форма контроля имеет целый ряд достоинств. Она позволяет выявить остаточный уровень знаний тех основ, которые будущий специалист должен знать как таблицу умножения. Безусловно, в любой специальности, при изучении любого предмета мы можем выявить эти вопросы, на которые должен быть дан однозначный ответ, независящий ни от каких обстоятельств.

Например, в гражданском праве всеми однозначно понимается, что такое сделка. В этих случаях тестовый контроль оправдан, он достигает поставленной цели. А вот термин «договор» имеет минимум три значения, и тестовый контроль вряд ли будет оправдан. Таких примеров можно привести множество.

Более того, полагаю, что основная задача преподавателя при подготовке юриста направлена на то, чтобы научить студента юридическому мышлению, помочь ему овладеть определенными навыками, без которых он не сможет правильно понимать закон, а значит, и применять его на практике. Каждый блок правовых дисциплин имеет свою специфику, в том числе по организации и оценке самостоятельной работы студентов.

Теоретический блок всех юридических дисциплин можно разделить, по крайней мере, на две группы. Первую составляют общепризнанные понятия, которые положены в основу любого предмета либо блока предметов. Без их знания невозможно будет уяснить суть правовых явлений вообще или в конкретной дисциплине, блоке дисциплин.

Для этой группы основной формой контроля за качеством самоподготовки должно являться именно тестирование, так как оно не допускает неоднозначных ответов. В этих случаях формулировки должны быть выверены, конкретны. В то же время не должно быть мелких вопросов, незнание которых не носит принципиального характера, поскольку в любой момент это можно проверить.

Например, важно знать основания для ответственности, правила определения ее размера, но не надо заставлять студента запоминать конкретные суммы, так как они могут быть изменены в любой момент. Более того, если эти суммы указаны в законе, студент должен четко знать – нельзя надеяться только на свою память. Прежде чем указать в решении на размер, надо убедиться, что он не изменился на момент принятия решения.

Что же касается специальных курсов практической направленности, где большая часть времени отводится семинарам и практическим занятиям, форма контроля должна зависеть от того, сумел ли студент решить поставленную перед ним практическую задачу. Важнее оценить, как он подготовил проект договора, судебное или арбитражное решение, протокол разногласий; смог ли найти ошибки в составленных документах, правильно ли определил объем полномочий и т.п.

Выйдя из стен университета, студент должен понимать, что он должен постоянно пополнять свои знания и желание повышать свою квалификацию. Достичь такого понимания невозможно без проведения практических занятий, особенно при изучении сравнительно-правовых дисциплин.

A.A. Rydakov

On the matter of a legal system concept

А.А. Рудаков

К вопросу о понятии правовой системы

Эта статья посвящена проблематике одного из ключевых понятий сравнительного правоведения – правовой системе, и содержит, помимо авторской точки зрения, обобщение предложенных в современной отечественной литературе взглядов на эту проблему видных ученых-юристов. В статье приводятся определения понятия правовой системы, раскрывается его содержание, даётся характеристика основных его структурных элементов.

The article deals with the problems of one of the core ideas of the comparative law – legal system, and contents the author's point of view and the unified version of the modern Russian lawyers on this problem. The article presents the meanings of the legal system, discusses its content, and gives characteristics for the main elements of its structure.

Правовая система в качестве юридической категории наиболее интенсивно исследуется в отечественной науке последние несколько десятилетий, а именно с конца 60-х годов, после выхода на русском языке работы французского юриста Р. Давида[1]. За это время накопилась обширная научная литература, сложились разные аспекты изучения понятия правовой системы.

Большинство авторов, занимающихся обозначенной проблематикой, сходятся во мнении, что правовая система представляет собой комплексную правовую категорию. Это отражение правовой стороны организации общества, совокупность правовых явлений, существующих в конкретном государстве, их взаимных связей и отношений с основным, главным компонентом данной системы – правом. Поэтому в литературе правовую систему иногда характеризуют как целостную правовую действительность[2].

Особую значимость понятие «правовая система» приобрело в сравнительном правоведении. Обычно в его рамках применяется термин «национальная правовая система», под которым принято понимать конкретно-историческую совокупность права (законодательства), юридической практики и господствующей правовой идеологии конкретной страны (государства).

Соглашаясь с необходимостью использования категории «правовая система», авторы не могут прийти к единому мнению относительно понятия этого термина.

На наш взгляд, в отечественной юридической науке в настоящее время достаточно четко обозначились три основных подхода к определению понятия правовой системы.

Для первого подхода характерно включение в понятие правовой системы не только позитивного права, но и некоторых других тесно связанных с ним активных элементов правовой действительности.

Так, например, С.С. Алексеев к числу таких элементов относит юридическую практику и правовую идеологию (господствующее в обществе правосознание). По мнению С.С. Алексеева, правовая система – «это все позитивное право, рассматриваемое в единстве с другими активными элементами правовой действительности – правовой идеологией и судебной (юридической) практикой»[3].

Сторонники второго подхода предлагают рассматривать содержание данной юридической категории в контексте различных форм внешнего выражения и закрепления правовых норм, а также их взаимодействия друг с другом. Так, например, Ю.А. Тихомиров предлагает определять правовую систему как «структурно и функционально упорядоченный массив взаимосвязанных нормативно-правовых актов, создаваемых и действующих на основе единых принципов»[4].

Третий подход к понятию «правовая система» характеризует его как категорию, отражающую все правовые явления и всю правовую действительность в конкретном обществе. Н.И. Матузов пишет: «Правовая система охватывает весь юридический аппарат, всю юридическую деятельность, осуществляемую в разных формах»[5].

© А.А. Рудаков, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права ЮИ СФУ.
Candidate of legal sciences , associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of theory of state and law.

1 Р. Давид. Основные правовые системы современности. М., 1967.

2 Гаврилов В.В. Понятие национальной и международной правовых систем // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 98.

3 Алексеев С.С. Право: азбука - теория - философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 47.

4 См.: Тихомиров Ю.А. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1979. № 7. С. 33.

5 Матузов Н.И. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. 1983.

Такого же мнения придерживается и С.В. Поленина, утверждающая, что «понятие “правовая система” включает всю совокупность правовых феноменов, в том числе правореализацию, правосознание, правовую культуру и другие»[1].

Сторонники данной точки зрения не считают необходимым наличие признака однородности у элементов правовой системы. Более того, они специально подчеркивают, что входящие в правовую систему компоненты неодинаковы по своему значению и юридической природе. По их мнению, правовая система – это «сложное, многослойное, разноуровневое, иерархическое и динамическое образование, в структуре которого есть свои системы и подсистемы. Многие ее составляющие выступают в виде связей, отношений, состояний, режимов и других специфических феноменов, образующих обширную инфраструктуру или среду функционирования правовой системы»[2].

В литературе делались попытки отождествления понятий «правовая система» и «система права».[3] Такой подход, на наш взгляд, упускает самостоятельное значение понятия система права, которое призвано отображать внутреннюю структуру права, его строение, организацию нормативно-регулятивных средств.

Некоторые авторы отмечают схожесть понятий «правовая система» и «правовая жизнь» общества[4]. Характеризуя термин «правовая жизнь общества», А.В. Малько пишет, что он «содержит комплекс всех юридических явлений, включающий как позитивные, так и негативные составляющие»[5]. Если к первым, по его мнению, следует отнести, в частности, само право, правовую систему в целом, юридическую практику, правосознание и правопорядок, то ко вторым – противоправные явления, препятствующие положительной юридической деятельности. Правовая система выступает в качестве нормативно-упорядочивающей составляющей правовой жизни, создает условия для ее стабильности.

Несмотря на отсутствие единства во взглядах ученых на состав и содержание компонентов правовой системы, все они в качестве системообразующего фактора рассматривают именно право, применительно к которому и формируется правовая система.

Содержание понятия «правовая система»

Если же говорить о содержательном наполнении понятия «правовая система», то нам наиболее близка позиция тех авторов, которые считают, что в статическом состоянии правовая система выступает как «совокупность юридических норм, принципов и институтов (нормативная сторона системы), совокупность правовых учреждений (организационный элемент) и совокупность правовых взглядов, идей и представлений, свойственных данному обществу (идеологический элемент)»[6].

Однако, наш взгляд, характеристика понятия «правовая система» была бы неполной, если бы мы не упомянули еще об одном ее структурном элементе – юридической практике.

С одной стороны, практика в юридическом смысле – это всегда деятельность судебных органов и других субъектов по реализации правовых норм. С другой – результат такой деятельности, воплощённый, например, в судебные постановления, обязательные к исполнению всеми нижестоящими судами. При этом особое юридическое значение имеет именно результат, воплощенный в юридических документах, что сближает практику с нормативной стороной правовой системы.

Таким образом, юридическая практика может быть включена в содержание понятия «правовая система» в качестве деятельностного компонента, а может быть рассмотрена как часть нормативной стороны правовой системы.

Что же касается самой нормативной стороны, представляется обоснованным мнение авторов, полагающих, что в состав нормативного компонента понятия «правовая система» должны быть включены не только нормы внутреннего права соответствующей страны, но принципы и нормы международного права, поскольку во многих государствах мира, включая Россию, меж-

№ 1. С. 18–19.

[1] Поленина С.В. Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия // Государство и право. 1996. № 2. С. 4.

[2] Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. С. 179.

[3] См., напр.: Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. Г.Н. Манова. М., 1995. С. 180–183; Теория государства и права: Учебник / Под ред. проф. В.В. Лазарева. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 211–212.

[4] Гаврилов В.В. Указ. соч. С. 99.

[5] Малько А.В. Категория “правовая жизнь”: проблемы становления // Государство и право. 2001. № 5. С. 6–10.

[6] Правовая система социализма. Понятие, структура, социальные связи. Кн. 1 / Под ред. А.М. Васильева. М., 1986. С. 39.

дународно-правовые нормы объявлены составной частью их правовых систем[1]. Кроме того, подтверждением этому может служить и существенное расширение предмета регулирования международного права. Во-первых, это регламентация международным правом новых направлений межгосударственного сотрудничества. Во-вторых, все более глубокое проникновение регулирующего воздействия международно-правовых норм в сферу внутригосударственных отношений. Как следствие, в современной российской и зарубежной правовой доктрине значительное распространение получила точка зрения, согласно которой определенные сегменты сферы внутригосударственных отношений должны рассматриваться как объекты совместного регулирования с участием как внутригосударственных, так и международно-правовых норм.

Организационная составляющая правовой системы представляет собой законодательные, исполнительные, судебные и другие органы и организации, обеспечивающие осуществление правотворческой и правоприменительной деятельности. Они образуют тот необходимый институциональный каркас, без которого реализация правовых отношений стала бы невозможной, принимают активное участие в правотворчестве, как через договорный процесс, так и путем осуществления собственной нормотворческой деятельности. Эти органы и организации осуществляют широкий спектр организационно-исполнительных, контрольных и судебных функций в целях своевременной, всесторонней и полной реализации на практике правовых предписаний, а также привлечения к ответственности субъектов, виновных в их нарушении.

Каждый из указанных субъектов вносит свой вклад в обеспечение нормального существования и развития сообщества. При этом управленческую функцию во всех случаях непосредственно или опосредованно выполняет государство[2].

Именно государство обладает правомочиями устанавливать юридически обязательные правила поведения, а также определять перечень и компетенцию других субъектов, выполняющих вспомогательные функции. Создаваемые при этом на всех уровнях нормативно-правовые предписания распространяют свое обязывающее или управомочивающее действие на всех субъектов в рамках данной правовой системы.

Ещё один элемент правовой системы – правосознание. Известно, что правосознание является духовной основой национальной правовой системы и представляет собой в структурном отношении единство двух частей: правовой идеологии и правовой психологии[3]. С его помощью происходит формирование и распространение правовых знаний на всех уровнях его социальной структуры, предпринимаются попытки преодоления негативных стереотипов в сознании людей.

Рациональный компонент правосознания представляет собой совокупность теоретически обоснованных юридических знаний, идей о правовых нормах и находит свое воплощение в том числе в правовой доктрине.

В свою очередь эмоциональный уровень правового сознания включает в себя правовые чувства, настроения, желания, характерные как для отдельной личности, так и для определенной социальной группы или общества в целом, соизмеряющих свое поведение с правовыми предписаниями.

Значение правосознания столь велико, что некоторые ученые даже пытаются вывести категорию правового сознания за пределы национальной правовой системы. Ю.Я. Баскин и Д.И. Фельдман отмечают, что не может быть общего определения понятия правосознания, которое не охватывало бы его международно-правовой аспект. «И если согласиться с тем, что правосознание – это выражение сознания политического в категориях прав и обязанностей юридического характера и в таких производных от них категориях, как законное и незаконное, правовое и неправовое, то эти категории должны пониматься не узко, а широко, включая законное и незаконное, правовое и неправовое не только внутри государства, но и в международных отношениях»[4].

Что касается содержания понятия правовой системы в динамике ее функционирования, согласимся с учёными, представляющими её как взаимодействие права, юридической практики и правовой психологии.

---

[1] См.: Гаврилов В.В. Указ. соч. С. 106.

[2] См.: Лукашук И.И. Глобализация, государство, право, XXI век. М., 2000. С. 60–61, 112.

[3] См.: Певцова Е.А. Современные дефинитивные подходы к правовой культуре и правовому сознанию // Журнал российского права. 2004. № 3. С. 75.

[4] Баскин Ю.Я., Фельдман Д.И. Международное право: проблемы методологии. (Очерки методов исследования). М., 1971. С. 121.

Включение правовых норм в этот перечень обусловлено тем, что право в национальной правовой системе не только выступает в качестве ее нормативной основы, но и несет значительную функциональную нагрузку – определяет механизм и содержание правового регулирования. Нормы права здесь следует рассматривать как необходимое средство и инструмент регулирования общественных отношений, которые, однако, не могут существовать вне действия и сознания.

Второй элемент – юридическая практика охватывает все существующие в данном обществе юридически оформленные связи и отношения, различные виды правового поведения людей, правотворческую и правоприменительную деятельность государства и общества.

Особую роль в процессе функционирования правовой системы играет правовая психология. С ее помощью происходит преобразование потоков информации от правовой системы к субъекту правовой деятельности и обратно. Подобный информационный обмен осуществляется в рамках юридических представлений и желаний, правовых мыслей и чувств, с помощью которых люди оценивают правовую реальность. Правовая психология оказывает непосредственное и во многом определяющее влияние на механизм правового регулирования, как на стадии правотворчества, так и на стадии реализации права. «Без обращения к человеческой, психосоциальной природе права оно остается понятием условным, а правовое регулирование выглядит схемой, где оставлена его действующая сторона. Человек в такой ситуации умозрительно помещен в положение предмета правовых воздействий, вместо того, чтобы стать определяющим участником правовой деятельности и создателем права в каждом случае, когда складываются правоотношения»[1].

Обобщая сказанное, правовую систему можно определить как *присущую данному государственному образованию целостную качественную совокупность действующих на его территории нормативно-регулятивных средств, юридической практики, правового сознания, а также органов и организаций, обеспечивающих регулирование общественных отношений*.

[1] Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003. С. 19.

T.V. Protopopova

The concept of human dignity in foreign political and juridical doctrines and law

Т.В. Протопопова

Идея человеческого достоинства в зарубежных политико-юридических доктринах и праве

В статье автор показывает, что сама идея человеческого достоинства в разных государствах понимается в юриспруденции неоднозначно. При этом утверждается, что установленные на примере Германии проявления идеи человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве типичны и для других зарубежных правовых государств современности. В немецком конституционном праве достоинство личности представляет собой один из важнейших принципов. Достоинство человека и другие фунда-ментальные права личности рассматриваются как стоящие в иерархии ценностей выше, чем государственный интерес. Суд трактует человеческое достоинство в свете кантианского взгляда, а именно, что к людям всегда надо относиться как к конечной цели, а не только как к объектам манипуляции. Немецкий опыт в области применения норм о достоинстве человека, считает автор, может быть полезен российской правовой науке и практике.

In the article "The idea of human's dignity in the foreign political legal doctrines and legal systems" the author states that the idea of human's dignity itself in different state's jurisprudence is understood differently. Moreover, it is determined that the realization of this idea, according to the German experience, in the different modern states of law are similar. German experience in the sphere of usage of the rules, protecting the human's dignity, could be useful for Russian legal science and practice as the author of the article considers. The human's dignity is one of the most important principles in German constitutional law. Human's dignity and other fundamental human rights are considered as the highest value in comparison with the state's interest. Court determines human's dignity from the Kant's point of view. It means that human being is the highest aim but not only the object of manipulation.

Современное научное знание о человеческом достоинстве формируется в условиях быстрого исторического развития и активного участия в политических процессах широких слоев населения на всей планете. При этом идея человеческого достоинства, являясь непреложной общечеловеческой ценностью, как правило, дает содержание всей системе прав человека.

В XX в. категория человеческого достоинства стала предметом исследования видных ученых в области юриспруденции. Особенно часто это происходило в правовых государствах, где она интересна для правоведов как элемент теоретической модели такого политического сообщества.

Как известно, правовое государство – это не только теоретическая конструкция, но и практическая организация политической власти и обеспечения прав человека. Оно предполагает функционирование гражданского общества и рыночной экономики. Это есть государство, которое исходит из принципов права, требуемых такими обществом и экономикой, при формировании законов и осуществлении иных своих функций.

Идея человеческого достоинства в правовом государстве прежде всего выступает в форме юридического равенства всех его граждан независимо от имущественного положения, расы, религии и прочих качеств. Вместе с тем она воплощается и во всех правах человека и гражданина, воплощенных здесь в праве.

Сама идея человеческого достоинства в разных правовых государствах понимается в юриспруденции неоднозначно. Разумеется, и вытекающие из этой идеи трактовки прав человека и гражданина в рассматриваемых государствах также имеют неодинаковое содержание. Более того, и в каждой отдельной стране из числа правовых государств юристы и государствоведы расходятся во мнениях относительно и содержания идеи человеческого достоинства, и ее воплощения в юридических правах человека и гражданина. В частности, так обстоят дела в современной Германии.

Прежде всего, здесь действует, наряду со Всеобщей декларацией прав человека, ряд актов международного права, оценивающих человеческое достоинство как неотъемлемое свойство личности, при разрушении которого последняя уничтожается[1]. Причем эти акты закрепили целую систему прав человека и гражданина, выражающих идею человеческого достоинства.

© Т.В. Протопопова, 2008

Кандидат юридических наук, председатель коллегии Октябрьской районной коллегии адвокатов г. Красноярска.
Candidate of legal sciences Chairperson of Krasnoyarsk city Oktyabrsky district college of advocates.

Можно сказать, что концепция человеческого достоинства оказала немалое воздействие на конституционное право Германии. «Достоинство человека неприкосновенно: уважать и защищать его – обязанность всей государственной власти», – гласит абзац 1 ст. 1 Основного закона Федеративной Республики Германии[1]. Уже само по себе размещение данного положения в первой статье немецкой Конституции подчеркивает его особое значение. Тем самым законодатель стремился продекларировать отрицание национал-социализма с его лозунгом «Ты – ничто, твой народ – все» и заложить фундамент нового государственного порядка, основанного на идее о том, что человек должен быть единственной целью как для себя самого, так и для государства.

Немецкий опыт в области применения норм о достоинстве человека может быть полезен российской правовой науке и практике. В немецком конституционном праве достоинство личности представляет собой не только одно из основных прав, но и один из важнейших конституционных принципов. Достоинство человека и другие фундаментальные права личности рассматриваются в конституционном праве Германии как предшествующие появлению государства и, следовательно, стоящие в иерархии ценностей выше, чем государственный интерес. Суд трактует человеческое достоинство в свете кантианского взгляда, а именно – что к людям всегда надо относиться как к конечной цели, а не только как к объектам манипуляции[2].

Согласно ч. 2 ст. 1 Основного закона ФРГ немецкий народ привержен нерушимым и неотчуждаемым правам человека как основе любого сообщества людей, мира и справедливости здесь. Эти основные права связывают законодательство, исполнительную власть и правосудие как непосредственно действующее право, то есть любое лицо, будучи носителем основного права, может требовать его реализации в силу самого Основного закона независимо от наличия или отсутствия конкретизирующих законов или подзаконных актов[3].

При формулировании содержания гарантии достоинства человека специалисты в области конституционного права ФРГ выделяют три основных аспекта – это понятие достоинства человека, неприкосновенность достоинства, его уважение и защита. Содержание данного понятия изменяется с течением времени и зависит от культуры общества, в котором оно развивается. Поэтому немецкая юридическая наука отказывается от его определения как раз и навсегда установленного. Как справедливо пишет А. Бланкенагель, мы не должны заполнять содержание достоинства человека нашими сегодняшними представлениями о нем: для будущих поколений, для другого общества сегодняшняя формула неприкосновенности может быть только исходным материалом из-за изменчивости ее культурного содержания[4].

Действительно, норма о достоинстве человека создателями Основного Закона задумывалась прежде всего как защита от жестокого, унижающего обращения со стороны государства. Речь шла

---

[1] См.: Всеобщая декларация прав человека // Права человека: Сб. междунар.-правовых документов. Минск, 1999. С. 1–5. Итоговый документ Венской встречи 1986 года представителей государств–участников СБСЕ. С. 678–692. Декларация о праве на развитие. С. 377–380. Конвенция о борьбе с дискриминацией в области образования. С. 91–96. Декларация о защите всех лиц от пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. С. 214–216. Конвенция о защите прав человека и основополагающих свобод Совета Европы. С. 761–772. Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. С. 119–122. Конвенция о правах ребенка. С. 135–137. Конвенция о предупреждении преступлений геноцида и наказание за него. С. 460–463. Конвенция о свободе ассоциации и защите прав на организацию. С. 300–304. Декларация ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации. С. 66–69. Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказание за него. С. 78—83. Международный пакт о гражданских и политических правах. С. 13–27. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. С. 3–15.

1 Конституции зарубежных государств. М.: Бек, 1997.

[2] См.: Об этом Федеральный Конституционный Суд написал в решении по делу о микропереписи населения: «Человеческое достоинство находится на самой вершине конституционного порядка ценностей... Государство нарушает человеческое достоинство, когда относится к людям как к объектам. Следовательно, требовать от человека, чтобы он записал и зарегистрировал все аспекты своей индивидуальности, неконституционно, даже если такие попытки проводятся анонимно в форме статистического обзора; государство не может обращаться к человеку как к объекту, подлежащему какой-либо инвентаризации…» (См. Соболева А.Н. Топическая юриспруденция. М.: Добросвет, 2002. С. 157).

[3] См.: Конституционное право зарубежных стран: В 4 т. Т. 3 / Отв. ред. А.М. Страшун. М.: БЕК, 1998. С. 350–357; Конституционное право зарубежных стран / Под ред. М.В. Баглая, Ю.И.Лейбо, Л.М. Энтина. М.: Норма, 2003. С. 496–498, Вольман Г. Чем объясняется стабильность политического и экономического развития ФРГ // Государство и право. 1992. № 11; Государственное право Германии. Т. I, II. М.: ИГП РАН, 1994; Федеративная Республика Германия. Конституция и законодательные акты. М.: Прогресс, 1991; Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: ЮЛ, 1981; Конституции государств Европейского союза. М., 1997.

[4] См.: Blankenagel A. Gentechnologie und Menschenwuerde. Ueber die Strapazierung Von juristischem Sachverstand und gesundem Menschenverstand anlaesslish einesernsten Themas // Kritische justiz 1987. S 388. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 154.

о физической неприкосновенности человека. Сегодня речь идет уже об уважении и защите персональной идентичности и психической неприкосновенности человека.

Остановимся на анализе понятия достоинства, применяемого в немецкой судебной практике. Федеральный Конституционный Суд Германии (далее – ФКС) постоянно подчеркивает, что неопределенность данного в праве понятия человеческого достоинства и многозначность его толкования являются большим преимуществом, так как позволяют юридической норме содержащей понятие человеческого достоинства, сохранять определенную «открытость» и дают возможность ее применения к постоянно изменяющейся действительности[1].

В германской судебной практике правовая норма о человеческом достоинстве применяется очень осторожно, так как существует опасность того, что гарантия достоинства человека может быть использована «по мелочам». Тем более, что в практике ФКС подобное иногда случалось. Наиболее красноречивым примером этого является рассмотренная Конституционным Судом жалоба одного гражданина на почтовую службу Германии. Суть жалобы заключалась в следующем. В счете за телефон в его имени была допущена ошибка, вместо одной буквы стояла другая. По мнению заявителя, тем самым было нарушено его человеческое достоинство[2].

Вместе с тем судьям ФКС ясно и другое. Чем шире толкуется понятие достоинства человека, тем сильнее опасность того, что «неприкосновенность» достоинства потеряет свой смысл[3].

В юридической науке Германии нет единого мнения по вопросу о том, является ли достоинство человека основным правом. ФКС также не дал однозначного ответа на этот вопрос.

Однако при рассмотрении конституционных жалоб ФКС все же исходит из того, что достоинство человека является основным правом. И его судебная практика определяет область защиты права на достоинство посредством выяснения, какие действия государства нарушают это право. Так что проблема определения области защиты права на достоинство трансформируется в проблему определения посягательств на него[4].

Среди немецких авторов существуют и иные точки зрения на природу человеческого достоинства. Например, Х. Хофман корнем человеческого достоинства считал разум человека, его способность к свободному самоопределению и нравственной автономии[5]. С его точкой зрения сходно христианское видение этого понятия, основанное на том, что человек обладает достоинством потому, что создан по образу и подобию Божиему[6].

Вместе с тем существует и другой теоретический подход. Так, Н. Лухман считает, что человек сам определяет содержание своего достоинства. Причем оно имеет скорее социологическое, чем юридическое, содержание, заключаясь в самоидентификации личности[7]. Если исходить из необходимости обеспечения основных прав человека и гражданина, то проблема определения области защиты права на достоинство перетекает в проблему определения посягательств на него. Основное преимущество такого подхода состоит в его гибкости. Он позволяет учитывать вновь возникающие угрозы достоинству человека.

Теоретически эта концепция была обоснована Г. Дюрихом как формула объекта («Objektformel»). Согласно этой формуле «нарушение достоинства человека происходит при отчетливо выраженном пренебрежении ценностью личности, низведении человека до «голого» средства в руках государства»[8]

---

[1] См.: Брусин А.М. Защита конституционных прав и свобод личности как направление деятельности Федерального Конституционного суда и конституционных судов земель ФРГ: Сравнительно-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002.

[2] См.: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 155.

[3] Из-за неопределенности содержания понятия достоинства, его зависимости от ситуации и тесной связанности с другими основными правами определить сферу защиты права на достоинство очень сложно. Первые попытки его конкретизации базировались на том, что человеческое достоинство является «неинтерпретируемым тезисом». Ученые осторожно оперировали достоинством человека как абстрактным понятием и пытались таким образом отказаться от его практической значимости.

[4] См.: Pieroth B. Schlink B. Grundrechte. Staatsrecht II. 14, ueberarb. Aufl 1998. S. 89. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 155.

[5] См.: Hofman H. AoeR 118. 1993. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 155.

[6] См.: Nipperadey in: Die Grundrechte II. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 155.

[7] См.: Luhman N. Grundrechte als Institution 1965. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 155.

[8] См.: Duerig G. Grundgesetz fuer die Bun desrepublik Deutschland. Kommentar 24 Art. 1 GG in: Maunz-Duerig.

Судебная практика и юридическая наука ФРГ опираются на формулу Дюриха как на ориентир для конкретизации области защиты достоинства. Однако и эта формула является достаточно неопределенной. Современное государство довольно часто вмешивается в область свободы человека. И избежать того, чтобы человек не становился при этом «голым» средством для достижения тех или иных целей, довольно трудно[1].

Интересный подход ФКС Германии проявил при решении дела «О книге Клауса Манна «Мефистофель»[2]. Клаус Манн опубликовал сатирический роман о карьере своего родственника Густава Грюндгенса – актера, во времена третьего Рейха игравшего Фауста и тем самым снискавшего славу.

Герой романа, Хендрик Хёфген, стал карикатурным изображением своего прототипа. Поэтому в 1964 г., когда роман было решено переиздать, приемный сын Грюндгенса добился судебного решения, запрещающего распространение этой книги на том основании, что она порочит доброе имя и память ушедшего из жизни актера.

Издатель, считая, что подобное решение несовместимо со ст. 5 (3) Основного закона, гарантирующей свободу искусства и научного творчества, обратился в ФКС Германии. И Конституционному Суду пришлось делать выбор между правом на свободу художественного творчества, с одной стороны, и правом на защиту личной жизни и человеческого достоинства – с другой (статья 1 Основного закона).

В своем решении судьи заявили, что «должны… отвергнуть мнение, будто конституционный порядок, права других и моральный кодекс могут ограничить свободу художественного творчества... С другой стороны, право на свободу художественного творчества не является неограниченным… Мы должны решать конфликт, – указали судьи, – касающийся гарантии художественной свободы, посредством интерпретации Конституции, исходя при этом из порядка ценностей, установленного в Основном законе, и из единства этой фундаментальной системы ценностей. Как часть системы ценностей Основного закона, свобода художественного творчества тесно связана с достоинством человека, гарантированным статьей 1, которое как наивысшая ценность подчиняет себе всю остальную систему ценностей Основного Закона. Но гарантия свободы искусства может приходить в противоречие с конституционно охраняемой сферой частной жизни в силу того, что произведение искусства может иметь и социальные последствия. Так как произведение искусства действует не только как эстетическая реальность, но и существует в социальном мире, использование художником частных сведений о людях из его окружения может нарушить их права на общественное уважение и признание». Поэтому «необходимо принять во внимание, является ли и в какой мере «образ» конкретного человека» «в произведении искусства столь независимым от «оригинала» в результате художественной обработки материала и его включения в общую ткань произведения и подчинения ей, что и сама личность, и интимные аспекты ее жизни стали объективными в смысле общего символического характера «действующего лица». Если такое исследование… обнаруживает, что художник дал и даже хотел дать «портрет» оригинала, тогда (разрешение конфликта) зависит от степени художественной абстракции или степени и важности «вымысла» с точки зрения репутации или памяти заинтересованного лица».

ФКС отметил, что, принимая решение по данному делу, суды общей юрисдикции вынесли правильное постановление, адекватно взвесив конфликтующие между собой конституционные права сторон. И он отвел заявление Клауса Манна о том, что запрет на публикацию книги «Мефистофель» является диспропорциональным по отношению к праву прототипа главного героя на уважение. При этом конституционный суд исходил из того, что принцип пропорциональности при вторжении в права человека

Grundges – ez – t kommentar, 4 Aufl. Muenchen Berlin, 1974. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 153.

[1] В этом отношении показательно решение Конституционного суда Берлина по делу председателя Государственного Совета бывшей ГДР Э. Хонеккера. Он был подвергнут предварительному заключению в возрасте 81 год как обвиняемый в соучастии в убийствах около 68 человек. Необходимость предварительного заключения обосновывалась возможностью попытки бегства обвиняемого. Однако Хонеккер к моменту заключения страдал от прогрессирующей стадии рака и, по заключению врачей, довольно скоро по причине болезни был бы не в состоянии участвовать в уголовном процессе и вряд ли дожил бы до приговора суда. Конституционный суд Берлина, следуя решению ФКС о том, что содержание под стражей человека, страдающего от тяжелой, неизлечимой болезни и близкого к смерти, не согласуется с требованием уважения его достоинства, гарантированным ст. 1, абз. 1 Основного закона ФРГ, признал, что предварительное заключение Э. Хонеккера и дальнейшее ведение уголовного процесса нарушают его достоинство. В данном случае осуждение обвиняемого было бы лишь превентивной мерой предупреждения преступности, то есть устрашения наказанием других, а обвиняемый служил бы именно «голым» инструментом в руках государства. (См.: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 156).

[2] См.: Mephisto Case (30 BVerFGE 173. 1971) Цит. по: Соболева А.К. Указ. соч. С. 159.

принимается во внимание только тогда, когда речь идет о вторжении в них государства. В данном же случае суд взвешивал права двух частных лиц.

В практике ФКС также есть примеры взвешивания им ценностей иного порядка при решении дел о защите человеческого достоинства. Причем в 1976 г. в одном из дел ФКС констатировал: «Конституционный Суд не может пересматривать решения нижестоящего суда только потому, что если бы он сам решал конкретное дело, он бы по-другому взвесил противовесы и, следовательно, пришел бы к другому решению»[1].

Авторы немецкого учебника по основным правам человека Б. Пирот и Б. Шлинк систематизировали возможные посягательства на человеческое достоинство. При этом они выделили нарушения принципа равенства всех людей (рабство, крепостничество, дискриминация, продажа женщин и детей); нарушение телесной и духовной неприкосновенности человека (пытки, медицинские манипуляции и нарушения телесной неприкосновенности с целью добиться беспрекословного подчинения, парализация воли человека через наркотики и гипноз, систематические унижения); пренебрежение социальной ответственностью со стороны государства по отношению к отдельному человеку (лишение минимума, необходимого для существования человека)[2].

По мнению этих авторов, делая акцент именно на неприкосновенности достоинства человека, законодатель хотел подчеркнуть то, что оно является высшим объектом защиты Конституции. Словами «достоинство человека неприкосновенно» был легитимирован основной принцип системы ценностей немецкого государства: человеческая индивидуальность является высшей ценностью в нем. Человеческое достоинство понимается не как метафизическая легитимация государства, а как закрепленное на конституционном уровне положение о том, что государство служит человеку. Человеческое достоинство нарушается тогда, когда обращение публичной власти с человеком, предписанное законом, ставит под сомнение его ценность как личности. Свободная личность, ее ценность и автономность должны уважаться и защищаться государством. Запрещается обращаться с ней как со средством даже ради самых лучших намерений. Это противоречит достоинству человека. Достоинство превалирует над всеми основными правами и функционирует как принцип политики немецкого государства. Этим подчеркивается значение достоинства человека как высшей ценности свободного демократического общества. Любое посягательство на человеческое достоинство представляет собой его нарушение, которое ничем нельзя оправдать[3].

Не случайно в науке немецкого конституционного права существует точка зрения, отрицающая то, что человеческое достоинство имеет характер основного права. Так, Х. Драйер считает, что достоинство является основным принципом, а не субъективным правом. Именно как принцип оно влияет на деятельность государственной власти и гибко воздействует через судебную практику на понимание основных прав. Причем, по взглядам Х. Драйера, достоинство человека только выигрывает от того, что не является основным правом, получая тем самым дополнительное значение. Включение достоинства в систему основных прав привело бы к ослаблению его роли в качестве принципа государственной политики[4].

Однако анализ правоприменительной практики ФКС бесспорно свидетельствует именно о нормативном содержании категории человеческого достоинства[5]. Правда, это нормативное содержание весьма специфично.

---

[1] См.: Kommers, D. The Constitutional Jurisprudence, p. 388; Kommers, Donald P. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham and London: Duke University Press, 1989. P. 443. Цит. по: Соболева А.К. Указ. соч. С. 160.

[2] См.: Pieroth B., Schlink B. Opcit. S. 82. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 156.

[3] См.: Pieroth B., Schlink B. Grundrechte Staatsrecht II9 ueberarb. Aufl. 1993. S. 91. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 157.

[4] См.: Dreier H. Grundgesetz kommentar B. 1 1998. S. 102. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве. Журнал российского права. 2002. № 4. С. 157.

[5] В данной связи интересно постановление ФКС по делу о конституционности ограничения основного права на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, в котором речь идет о допустимости секретных мероприятий для обеспечения безопасности государства. Заявители считали, что в случае неуведомления подозреваемого о том, что его телефон какое-то время прослушивался, затронутым является его право на достоинство человека, так как он становится «голым» объектом деятельности государственных спецслужб. В этом случае исключается и возможность судебной защиты нарушенного права просто потому, что человек не осведомлен о посягательстве на его право. ФКС отметил, что ст. 1 абз. 1 Основного закона ФРГ не нарушается в случае, если лицо не уведомляется о том, что за ним установлено наблюдение, так как это происходит не с целью

Как указал Ф. Кейлер, каждое отдельное основное право, которое обеспечивает определенную часть человеческих потребностей, осуществляет защиту человеческого достоинства в этой области. Иными словами, любое основное право является частичным воплощением человеческого достоинства и источником всех позднее сформулированных основных прав[1].

Что касается периода действия германского конституционного положения о человеческом достоинстве применительно к течению жизни отдельного лица, то он не ограничивается промежутком времени от рождения до смерти рассматриваемого индивидуума. Современный немецкий юрист П. Хеберле отмечал по этому поводу, что, действительно, «о содержании понятия достоинства человека можно говорить применительно ко всей его жизни - от рождения до смерти. Но в ряде случаев этот конституционный принцип действует даже до и после упомянутых событий. Парадигмами могут служить защита личного достоинства умершего и дискуссия о правах плода во чреве матери»[2].

Показанные на примере Германии проявления идеи человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве типичны и для других зарубежных правовых государств современности. Причем так обстоят дела независимо от того, называют или не называют юристы конкретной страны свое государство правовым, хотя, по сути, оно таким является с отстаиваемых в данной работе теоретических позиций. Скажем, во Франции, как и в Германии, идея человеческого достоинства не только тщательно разработана в политико-юридических доктринах в формах, в принципе подобных германским, но и воплощена в праве, прежде всего в конституционном, в виде многообразных прав человека и гражданина, по существу тождественным германским основным правам этого рода[3]. В частности, преамбула Конституции Франции 1946 г. гласит: «На другой день после победы, одержанной свободными народами над режимами, которые пытались поработить и унизить человеческую личность, французский народ вновь провозглашает, что всякое человеческое существо, независимо от расы, религии и верований, обладает неотъемлемыми и священными правами. Он торжественно подтверждает права и свободы человека и гражданина, освященные Декларацией прав 1789 г., и основные принципы, признанные законами Республики», и прежде всего принцип равноправия всех людей.

В британских политико-юридических доктринах и праве идея человеческого достоинства также раскрыта в теоретических обобщениях, сходных с германскими, и в каталоге основных прав личности, защищенных и германским правом[4]. Другое дело, что англичане базировали свои современные теоретические выводы и юридические нормы о достоинстве и правах человека на вековых британских политико-правовых идеях Великой Хартии вольностей, Билля о правах и Хабеас корпус акта подчас в большей мере, чем немцы и французы.

проявления неуважения к личности человека, а вследствие необходимости защиты демократического порядка. Таким образом, достоинство человека приоритетно по отношению к государству, но по отношению к безопасности государства гарантия достоинства человека имеет подчиненное значение. Такие мероприятия государства ставят под сомнение тот факт, что достоинство является неприкосновенным. Поэтому «формула Дюриха» была ограничена следующим образом: не каждое низведение государством гражданина до средства для достижения целей автоматически нарушает его достоинство.

Решение ФКС по этом делу вызвало резонанс в Германии. В особом мнении трех конституционных судей указывалось на то, что необходимо рациональное взвешивание противоречащих друг другу правовых благ, в данном случае права личности на тайну переписки и т.д. и деятельности секретных служб государства. Заявители остались не удовлетворены решением ФКС и обратились в Европейский Суд по правам человека (См.: Класс и другие против ФРГ. Судебное решение от 6 сентября 1978 года // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000. С. 168–186).

[1] См.: Kueler F. Ueber wesen und Begriff der Grundrechte. 1965. Цит. по: Гаскарова М.Л. Концепция достоинства человека в немецком конституционном праве // Журнал российского права. 2002. № 4. С. 158.

[2] См.: Государственное право Германии. Т. 1 / Пер. с нем. М., 1994. С. 22.

[3] См.: Ардан Ф. Франция: государственная система. М.: ЮЛ, 1994; Боботов С.В. Правосудие во Франции. М.: ЕАВ, 1994, Боботов С.В., Васильев Д.И. Французская модель правового государства // Советское государство и право. 1990 г. № 1; Боботов С.В. Колесова Н.С. Современная концепция прав и свобод гражданина во Франции // Государство и право. 1992. № 6; Ковалев А.М. Современное состояние Конституции V республики во Франции (проблемы реформы Конституции) // Государство и право. 1997. № 4; Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М.: Прогресс-Универс, 1993; Маклаков В.В. Парламент Франции // Парламенты мира. М.: ВШ. Интерпракс, 1991; Французская Республика. Конституция и законодательные акты. М.: Прогресс, 1989; Цоллер Э. Защита прав человека во Франции // Государство и право 1992 г. № 12.

[4] См.: Дайси А.В. Основы государственного права Англии. М.: Тип. изд-ва И.Д. Сытина. 1907. С. 223; Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 4 т. Т. 3 / Отв. ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1998. С. 15–16; также: Бромхед П. Эволюция британской конституции. М.: ЮЛ, 1978, Вейш Я.Я. Религия и церковь в Англии. М.: Наука, 1976; Великобритания: политика, экономика, история. СПб.: Изд-во KN, 1995; Дайси А.В. Государственное право в Англии. М.: Тип. изд-ва И.Д. Сытина, 1907; Дженкс Э. Английское право. М.: Госюриздат, 1947; Крылова Н.С. Английское государство. М.: Наука, 1981; Уэйд Э.К.С. и Филлипс Д.Г. Конституционное право. М.: ИЛ, 1950; Шаповал В.Н. Британская конституция. Политико-правовой анализ. Киев: Лыбидь, 1991.

P.V. Teplyashin

Roman-German and Anglo-Saxon legal systems: convergence and the role in the Russian law harmonization

П.В. Тепляшин

Романо-германская и англосаксонская правовые системы: сближение и роль в гармонизации российского права

Статья посвящена анализу основных черт романо-германской и анг-лосаксонской правовых систем, фе-номену их сближения и роли этого про-цесса в гармонизации российского права. Демонстрируются две плос-кости сближения рассматриваемых правовых систем – нормативная и эталонная.

The article analyzes the roman and Anglo-Saxon legal systems, the phenomenon of its approach and the role of this process in the following harmonization of the Russian law. The author matches the main features of these legal systems, illustrating the process of its approach. The two levels of it are discussed in this article – normative level and an ideal level.

Юридическая материя трансформируется в специальные культурно-правовые мегасистемы, под которыми традиционно понимается романо-германское право (сформировавшееся в континентальной Европе), англосаксонское право (сложившееся на основе общего права Англии), религиозное право (утвердившееся по канонам духовно-идеологических доктрин), социалистическое право (появившееся в силу непреложного и всемерного влияния на право социалистической системы). В специальной юридической литературе их традиционно именуют правовыми семьями (системами), для которых характерна относительно обособленная исторически обусловленная совокупность источников права, модель правосознания и правовой культуры, специфика и значимость юридической практики, а также особенности формирования и роль соответствующих государственно-правовых институтов.

В связи с этим важно ответить на вопрос о принадлежности современного российского права к соответствующей правовой системе. По авторитетному мнению Кр. Осакве, «тенденции развития современного российского права дают все основания полагать, что оно движется в сторону присоединения к германской подгруппе в семье романо-германского права»[1]. При этом романо-германское (континентальное) право отличается следующими важнейшими особенностями, которые, в первую очередь, контрастируют с атрибутивными свойствами англосаксонской правовой системы. Так, для континентального права свойственно имманентное укоренение правовых начал в римском частном праве, которое утверждается на территории практически всей Европы с принятием Кодекса Юстиниана 553–534 гг. (Corpus Jurist Civilis). В результате в континентальной Европе утверждаются идеи римского материального права, его основные принципы, институты, терминология и правовые методы. В рамках настоящего исследования важно подчеркнуть, что право справедливости трактуется римскими юристами как важный атрибут позитивного права, поэтому если соответствующая норма позитивного права не соответствует общеправовому свойству справедливости, то юридическая сила такой нормы признавалась ничтожной. По сути, данный принцип в несколько ином виде встречается и в доктрине английского права.

В меньшей степени римское право повлияло и на развитие английского права, поскольку достаточно длительное время Англия входила в состав Римской империи, однако вторжение римских легионов на территорию Англии произошло ранее принятия Кодекса Юстиниана, и поэтому кульминация правовой интервенции произошла несколькими веками раньше, что в дальнейшем не имело столь значимого влияния на английское обычное право. Вероятно, сказалось и островное положение Англии, препятствующее интенсивному распространению римского права. Так, имея островное положение и подвергнувшаяся нескольким захватническим вторжениям, Англия по существу не знала состояния феодальной раздробленности, что не создало условий для формирования крепкого местного права. Правосудие осуществлялось из центра – именно королевская власть «подмяла»

© П. В. Тепляшин, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии Сибирского юридического института МВД России (г. Красноярск).

Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Law institute of Russian MIA chair of criminal law and criminology (Krasnoyarsk).

[1] Осакве Кр. Типология современного российского права на фоне правовой карты мира // Государство и право. 2001. № 4. С. 12.

под себя основные государственные функции, включая судебную. Поэтому политическая и правовая устойчивость английского государства во многом объясняется его географическим положением. В связи с чем важно заметить, что каждый завоеватель также стремился к объединению различных относительно самостоятельных территориальных образований и централизации политической власти. В частности, именно с завоеванием английского пространства датским королем Кнутом следует ассоциировать первый шаг к переходу от многовековых англосаксонских обычаев к принципиально новой модели уголовно-правового механизма регулирования государственных и общественных отношений[1]. Вместе с тем такой переход не имел ярко выраженного характера, поскольку в основном все завоеватели, в том числе и нормандский герцог Вильгельм Завоеватель, стараясь представить себя преемниками англосаксонских королей, многие местные обычаи оставляли без изменений или только лишь частично их корректировали. Континентальные обычаи и законы, пропитанные духом классического феодализма, таким образом, лишь незначительно вплетались в традиционное полотно обычного права Англии, но существеннее вживались в английское законодательство. В частности, в известных Leges Henrici Primi (Законах Генриха I) вводится принципиально новый институт частного обвинения в тяжком уголовном преступлении – фелонии, который фактически заменял институт кровной мести.

Также континентальному праву присуща доктринальность, поскольку его построение основывалось на теоретических трудах ученых-цивилистов. Данная особенность также отражает традиции римского права, законодательство которого выступает нормативным выражением мудрости известных мыслителей. Поэтому континентальное право олицетворяет научную организованность, систематизированность и логичность правовых фикций, тогда как общее право формировалось под влиянием решений королевских судов Вестминстера (Glanvil, Coke, Mansfield, Denning). Так, начиная со времен Генриха II установилась идея вмешательства в правосудие через «королевские письма» и практика королевского влияния на другие суды через институт выездных судей или, как указывает В.В. Берви, «странствующих судей»[2]. В этом наблюдался закономерный процесс последовательного стремления королевской власти взять под контроль законодательство и его реализацию (применение права). При этом данный процесс не имел респектабельной альтернативы и не встречал серьезного, в сравнении с континентальной Европой, сопротивления. Таким образом, возникло общее для всей Англии право («Common Law»)[3], для которого, в отличие от принципов континентального права, было характерно включение материальных начал большей частью в процессуальную систему уголовно-правового механизма[4], отсутствие кодифицированного законодательства, превалирующее значение прецедентов – юридических предписаний, сформулированных судебной практикой на основе «stare decisis», и формирование судебно-обычного права («Case Law»), основанного на конкретных судебных прецедентах, наличие доктринального толкования закона, выступающего в качестве одного из источников права (в частности, показательно юридическое значение «книги авторитетов»). В частности, смысл принципа «stare decisis» сводился к необходимости руководства судами уже имеющимися решениями судов (кроме палаты лордов), которые были вынесены по аналогичным делам, а не законом, который зачастую просто отсутствовал для регулирования конкретных отношений. В результате сформировалась доктрина опоры на предыдущие судебные решения – прецеденты – накапливающиеся сравнительно единообразные решения по индивидуальным случаям, образующие некую общую юридическую норму. В связи с исследованием общего права Англии известный русский ученый М.М. Ковалевский указывал, что, «делая из охраны мира личное дело короля, отождествляя земский мир с миром королевским, полицейское законодательство англо-романского периода сделало из короля высшую инстанцию, как полицейского, так и судебного управления. Пред этой инстанцией принуждены были склониться рано или поздно все и каждый из

[1] См., напр.: Хатунов С.Ю. Ранняя стадия уголовно-правового регулирования в средневековой Англии // История государства и права. 2003. № 2. С. 58.

[2] См.: Берви В.В. Очерк судебного управления в Англии // Журнал Министерства юстиции. 1859. № 9 (сентябрь). С. 89–91.

[3] См.: Богородский С.О. Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII века / Т. I. Киев: Университетская Типография, 1862. С. 9–11, 618; Виноградов П.Г. История правоведения. Курс для историков и юристов. Лекции, читанные в Императорском Московском Университете в осеннем семестре 1908/9 года / Издание А.Ф. Изюмоа и Н.П. Невзорова. М.: Типо-Литография Ю. Венер, преемн. О. Фальк, Петровка, Рахмановский пер., д. Грачева. 1908. С. 193–194.

[4] См.: Миттермайер К.Ю. Уголовное судопроизводство в Англии, Шотландии и Северной Америке / Издание Унковского. М.: Типография Грачева и комп., 1864. С. 1–15, 28–52.

патримониальных судей страны… Первенствующая роль короля в деле охранения мира сделала невозможным с самого начала присвоение себе феодальными владельцами королевских прав jura regalia и прежде всего право казнить смертью и членовредительством. Наделяя феодальных владельцев вотчинной юрисдикцией, короли средневековой Англии в то же время постоянно удерживали за собою эти неотъемлемые права государственного верховенства»[1]. Эволюционируя, общее право приобрело прагматичный характер и практичность применения.

Нельзя не отметить ярко выраженное тяготение романо-германского права к кодифицированности, что имеет как безусловные «плюсы» (повышение доступности гражданина к закону, его ясность и логичность, директивность и поэтому относительная простота в обращении), так и соответствующие «минусы» (кодифицированный закон препятствует естественному развитию права, не охватывает все возможные случаи, требующие правового регулирования, инертен в своем применении, не основан на жизненном опыте, гипертрофирует роль законодательной власти в его принятии, снижает роль суда в регулировании общественных отношений).

Очевидной особенностью романо-германского права выступает первичность материального права перед процессуальным, поэтому в регулировании общественных отношений основная роль отводилась законодательной власти, но не судебной. Материальное право подразделяется на публичное и частное. При этом частное право подвержено расщеплению на гражданское, коммерческое и международное частное право. В английском праве о таком делении не приходится говорить. Примат английского публичного права над частным, процессуального над материальным объясняется прерогативой curia regis в регулировании общественных отношений, в первую очередь государственно-публичного характера, тогда как частноправовые отношения находились в компетенции феодально-местных или, иначе, так называемых манориальных судов (manorial courts).

Высшим источником права в романо-германской правовой системе является законодательство, тогда как судебные решения, по сути, выступают лишь средством его применения. Как было отмечено выше, в системе общего права судебный прецедент имеет силу источника права и превалирует над законом, судебная практика и есть закон для суда – cursus curiae est lex curiae. Поэтому для континентальной системы свойственно тотальное господство права в его нормативном понимании, правоотношения пронизывают все стороны жизнедеятельности граждан, социально-правовой статус личности имеет жесткую «сцепку» с государственными институтами; для англосаксонской системы – ограничение пределов вмешательства публичных институтов в личную сферу человека и патерналистское отношение государства к гражданам, демонстрация индивидуальной ценности личности и независимости его capitis deminutio, её духовных и экономических свобод, избирательность правового регулирования общественных отношений[2].

Рассмотрение атрибутивных особенностей романо-германской и англосаксонской правовых систем создает важные предпосылки для последующих выводов. Так, анализ эволюционных изменений основных параметров правовых систем и преобразований самой правовой материи позволяет выдвинуть два тезиса.

В соответствии с первым из них происходит культурно-правовое сближение между отдельными странами и, что наиболее симптоматично, между отдельными правовыми системами. В настоящее время такими процессами охвачены правовые системы романо-германского и англосаксонского права. Следовательно, и российская правовая система, относящаяся по своим основным параметрам к романо-германской правовой системе, охвачена процессом культурно-правового сближения с англосаксонской правовой системой.

Согласно второму тезису каждая из «сближающихся» правовых систем, обладая высокой социально-исторической развитостью, будет сохранять свою «самобытность», коренные ценности и начала каждой из них будут продолжать иметь свои искомые органически включенные в правовую материю очертания. В этом процессе будет оставаться непоколебимой зависимость национальной правовой системы от её культурной идеологии и менталитета народа. Вместе с этим фарватер современного развития отечественного права должен находиться в русле универсальной юридической культуры и правосознания граждан, отражать так называемое «право цивилизованных народов».

---

[1] Ковалевский М. Общественный строй Англии в конце средних веков. М.: Типография О.Б. Миллера. Покровка, Машков пер., д. № 82, 1880. С. 268–269.

[2] См. также.: Осакве Кр. Указ. соч. С. 12–16.

Таким образом, явление сближения правовых систем (правовой конвергенции) подвергает правовую материю демократических стран некой интеграции, в данных странах появляются известные черты общности публично-правовых институтов, юридической техники и правосознания.

Сближение правовых систем имеет две основных сферы (плоскости) своего проявления – внешнюю, формирующую нормативные преобразования в правовой материи, и внутреннюю, отражающую эталонные преобразования в правовой материи.

Так, первая сфера проявления правовой конвергенции «обволакивает» диалектическое взаимодействие императивных и диспозитивных начал в праве, публично-правовых и частноправовых юридических конструкций. В реальности результаты такого взаимодействия проявляются, с одной стороны, в утверждении важности социального статуса личности и её связи с государством, гарантирующего значимость каждого индивидуума в общественных отношениях и защиту ее прав со стороны соответствующих публичных институтов, с другой – в непреложности индивидуальной ценности личности, её духовных и экономических свобод – сердцевины гражданского общества.

Вторая сфера проявления правовой конвергенции включает процесс формирования аксиологической парадигмы права. Выступая инструментом человеческой культуры, право имеет различные эволюционные формы, но еще более беспредельные цивилизационные ареалы своего воплощения, поэтому предстоит познать еще более глубокую и многогранную ценность права. На этом основании аксиологическая парадигма права предполагает дальнейшее осмысление и признание ценности права, его моделей, конструкций и механизмов. В связи с этим следует подчеркнуть, что гармонизация права, в том числе в рамках национальной правовой системы либо даже отдельного правового института, невозможна без познания его аксиологической основы.

Органическое взаимодействие обеих сфер отражает сближение романо-германской и англосаксонской правовых систем. Так, первая из них символизирует ценность закона (нормативного правого акта), вторая – прецедента (казуса, закрепленного в судебной практике и выступающего эталоном применения), поэтому первая сфера аккумулирует формально-нормативный характер преобразований правовой материи, вторая – эталонный, отражающий правовую сущность жизненных ситуаций, требующих соответствующего юридического разрешения. Взаимопроникновение данных сфер сублимирует юридические конструкции на качественно иной уровень, обогащает интеллектуальное содержание права, приводит к гармонизации права.

В условиях сближения правовых систем понимание отечественных традиций правовой сферы, самобытности правового уклада и перспектив развития национального законодательства в сравнении с зарубежным юридическим опытом способствуют гармонизация права России.

Вне такого сравнительного исследования правовая система России рискует остаться во власти стихийных процессов слепого заимствования зарубежных и международно-правовых стандартов и эталонов, экспериментов без необходимых смысловых ориентиров и исторически апробированных форм правового регулирования общественных отношений. Успех в реформировании отечественной правовой системы во многом зависит от готовности российской юридической науки удержать прогрессивные достижения прошлого и обогатить их культурно-правовыми ценностями сегодняшней эпохи.

V.M. Shafirov

Ethics according to I. Kant and its influence on domestic law-understanding

В.М. Шафиров

Этика Э. Канта и ее влияние на отечественное правопонимание

Статья посвящена анализу влияния идей И. Канта на правопонимание в России. Различение морали и права как внутреннего и внешнего долга, как этического и юридического законодательства получили развитие во взглядах Владимира Соловьева, И.А. Ильина, Н.М. Коркунова, П.Г. Виноградова, современных российских исследователей.

The article deals with the influence of Kant's ideas on the understanding of law in Russia. The differences between moral and law as internal and external obligations, as ethic and legal legislation, was developed by the ideas of V. Solovjev, I. Illin, N. Korkunov, P.Vinogradov and modern Russian researchers of law.

Не требует доказательств факт, что кантовские идеи о морали существенно обогатили и мировое, и национальное правопонимание. Более того, их влияние настолько сильно, что один из виднейших современных исследователей этики Канта, Э. Соловьёв, выдвинул гипотезу «…о том, а не предполагают ли кантовские представления о морали (сразу же – в качестве необходимого дополнения, в качестве коррелята) известный образ права»[1].

В любом случае ныне не утратили своей ценности выдвинутые и сформулированные Э. Кантом суждения:

как «мораль …основана на понятии о человеке свободном»[2], так и право, определяемое этикой, основано на «свободе каждого члена общества как человека»[3];

нравственно-правовая формула свободного человека: «способность быть господином себе самому»;

гражданское состояние можно рассматривать только как состояние правовое[4];

необходимо: с одной стороны, уважать чужое право, с другой – отстаивать своё право и т.п.

Вместе с тем особенность этики Канта в том, что свободу в морали и в праве он рассматривает в аспекте обязанности. Ведь категорический императив (по Канту – всеобщий нравственный закон) «…вообще выражает лишь то, что есть обязательность…»[5]. В свою очередь, «обязательность – это необходимость свободного поступка, подчинённого категорическому императиву»[6].

Несмотря на то, что все обязанности (лишь потому, что они обязанности) Кант относит к этике[7], он различает обязанности правовые и моральные. Первые Кант называет внешними, вторые – внутренними. Свобода, к которой имеют отношение юридические законы, может быть лишь свободой во внешнем применении; а та свобода, к которой имеют отношение моральные законы, может быть свободой и во внешнем, и во внутреннем применении произвола[8].

При этом Кант исходил из того, что учение о праве и учение о добродетели (морали) отличаются друг от друга не столько своими разными обязанностями, сколько характером законодательства, связывающим с законом разные мотивы.

«В самом деле, отличительное свойство этического законодательства – это совершение поступков лишь потому, что этого требует долг, и превращение самого принципа долга, каков бы ни был его источник, в достаточный мотив произвола»[9].

© В.М. Шафиров, 2008

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой теории государства и права ЮИ СФУ, заслуженный работник высшей школы РФ.

Doctor of legal sciences, professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of theory of state and law, well-deserved personality of RF higher school.

1 Соловьёв Э.Ю. И. Кант: Взаимодополнительность морали и права. М.: Наука, 1972. С. 12.
2 Кант И. Религия в пределах только разума // Трактаты и письма. М.: Наука, 1980. С. 78.
3 Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 79.
4 Там же.
5 Там же. С. 133.
6 Там же. С. 130.
7 Там же. С. 127.
8 Там же. С. 121.
9 Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 128.

По сравнению с ним юридическое законодательство допускает и иной мотив, а не саму идею долга. Поэтому «согласно правовому законодательству, обязанности могут быть только внешними, ибо это законодательство не требует, чтобы идея внутреннего долга сама по себе была определяющим основанием произвола действующего лица, и так как правовое законодательство всё же нуждается в подходящем для закона мотиве, то оно может связать с законом лишь внешние обязанности»[1].

Таким подходящим мотивом юридического законодательства является внешнее принуждение. Именно на данный мотив и опирается, с точки зрения Канта, строгое право, то есть такое, к которому не примешивается ничего этического, которое не требует никаких иных определяющих оснований произвола, кроме внешних. «Строгим правом (правом в узком смысле слова) можно, следовательно, назвать лишь совершенно внешнее право… Оно опирается на принцип возможности внешнего принуждения, совместимого со свободой каждого, сообразной со всеобщими законами»[2]. Отсюда юридическое законодательство (строгое право) «…должно принуждать, а не быть привлекательной приманкой»[3].

Однако принудительное воздействие правового законодательства во внешних отношениях не абсолютно. Оставаясь верен своему этическому в целом видению автономии, то есть самозаконности и в области права, Кант пишет: «Дефиниция моей внешней (правовой) свободы…гласит так: эта свобода есть правомочие не повиноваться никаким внешним законам, кроме тех, на которые я бы мог дать своё согласие»[4].

И все же Кант допускает, что строгое право может основываться «…на осознании обязательности каждого по закону, но для того, чтобы определить в соответствии с этим произвол, строгое право, чтобы быть чистым, не должно и не может ссылаться на это осознание как на мотив…. Если говорят: кредитор имеет право требовать от должника уплаты его долга, то это не означает, что он может внушить должнику, что его собственный разум обязывает его к уплате; нет, принуждение, которое заставляет каждого делать это, вполне совместимо со свободой каждого, а следовательно, и с собственной свободой, сообразной со всеобщим внешним законом; таким образом, право и правомочие принуждать означает одно и то же»[5].

Признанием способности индивида осознать юридические обязанности Кант ограничивает свои рассуждения о внутреннем праве. Почему же Кант не видит перспектив расширения внутреннего начала в праве? Как представляется, дело в том, что, находясь в «тисках» категорического императива, Кант не мыслит свободу поступков ни в морали, ни в праве без принуждения. Но если моральный закон может потребовать добровольного самопринуждения, то юридический закон лишён такой возможности. Строгое право при необходимости может лишь принудительно заставить человека (помимо его воли) подчиниться его обязанности.

Одним из проводников взглядов И. Канта на право в России был Владимир Соловьёв. Исходя из коренной внутренней связи между правом и нравственностью он говорил, что понятие права и соотносительное с ним понятие обязанности настолько входят в область идей нравственных, что прямо могут служить для их выражения[6]. Свои теоретические соображения на сей счёт он воплотил в формуле «право есть минимум нравственности». В различных её определениях выделены такие черты права:

- низший предел нравственности, равно для всех обязательный;
- принудительное требование реализации определённого минимального добра;
- исторически подвижное определение принудительного равновесия между нравственными интересами[7].

При этом В.С. Соловьёв считал, что «задача права вовсе не в том, чтобы лежащий во зле мир обратился в царство божие, а только в том, чтобы он до времени не превратился в ад»[8]. Тем самым праву отводится скромная роль вспомогательного средства, отделяющего законопослушную часть общества от асоциальных элементов, добро от зла[9]. Близкие позиции в данном вопросе занимают современные авторы А.К. Черненко[10], Г.И. Иконникова, В.П. Ляшенко[11] и др.

---

1 Там же. С. 126.
2 Там же. С. 141.
3 Там же. С. 126.
4 Кант И. Сочинения на немецком и русском языках. Т. 1. М., 1994. С. 375.
5 Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 141–142.
6 См.: Соловьев В.С. Право и нравственность. Минск: Харвест, М.: АСТ, 2001 С. 29.
7 Соловьев В.С. Там же. С. 33, 35, 40.
8 См.: Там же. С. 42.
9 См.: Букреев В.И. Нормативная система (духовный мир человека). Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1999. С. 140.
10 Черненко А.К. Философия права. Новосибирск, 1998. С. 65.
11 См.: Иконникова Г.И., Лященко В.П. Основы философии права. М.: Инфра-М, 2001. С. 151–152.

Следовательно, по мнению Канта и его последователей в России, право отличается от морали по мотиву внешнего принуждения. Но принуждение, каким бы оно ни было, а именно исходящим изнутри или извне, сходно в главном – существенном ограничении личных потребностей и интересов обязанного субъекта. Для этики Канта это вполне нормальное явление. Ибо исполнение морального закона и есть одновременно абсолютное и высшее благо[1].

Но это вряд ли приемлемо для нравственной и правовой мысли, ориентированной на более полное и последовательное раскрытие внутреннего потенциала личности, в том числе обременённой не простым грузом должного.

Вот почему не все кантовские представления о морали и праве разделялись представителями российской теоретической школы. С позиции Л.И. Петражицкого, традиционное и ходячее положение юридической литературы о том, что «…будто право отличается от нравственности исключительно внешним поведением, а нравственность исключительно внутренним, можно объяснить только бедственным состоянием наук о праве и морали»[2].

Разбирая средства вынуждения исполнения закона, П.Г. Виноградов приходит к выводу о необходимости дополнить прямое принуждение «понуждениями, основанными на личном признании и общественном мнении. Поэтому невозможно заключать право в рамки такого чисто формального определения, которое рассматривает его просто как ряд повелений, независимо от внутреннего содержания этих последних. Закон имеет целью осуществление права и справедливости, хотя в отдельных случаях он, быть может, достигает этой цели весьма несовершенным образом. Если мы упустим из нашего определения этот внутренний признак, для нас окажется весьма трудным провести различие между законом и любым произвольным приказом, касающимся поведения людей, вроде, например, регулярных вымогательств со стороны какого-либо преступного сообщества»[3].

Затрагивая тему внешнего и внутреннего в праве, Н.М. Коркунов заключает, что право никогда «…не ограничивает своих определений одной только внешней стороной человеческих действий, а всегда более или менее принимает в соображение и внутренние их стимулы. И современное право в этом отношении идёт даже дальше права некультурных обществ»[4].

Сходную точку зрения занимает И.А. Ильин: «…право есть нечто внешнее только в том смысле, что его законы и предписания исходят, так сказать, от других людей и поэтому подходят к нам как бы «извне», не спрашивая нашего согласия и налагая на нас обязанности и запреты часто вопреки нашей воле. Но творческий источник права пребывает во внутреннем мире человека; и действовать в жизни право может только благодаря тому, что оно обращается к внутреннему миру человека…»[5]

Было бы явным преувеличением утверждать, что в интересующем нас вопросе среди учёных уже в начале XX в. было полное единодушие. Точно так же его нет и в наши дни. Дискуссионных моментов, нерешённых вопросов тогда, как и сегодня, было предостаточно. Ценно другое: в постоянно развивающемся позитивном праве наряду с его внешней составляющей (носителем первичной жизненной энергии, исходящей от государства, – принуждением) в качестве самостоятельной получила постоянную «прописку» его внутренняя составляющая (убеждение, воспитание), опирающаяся на добровольное соблюдение и исполнение обязанности.

Подчеркнём, что добровольность не означает именно самопринуждение при следовании запрету или позитивной обязанности. О потенциальном самопринуждении нужно вести речь тогда, когда должное поведение совершается по одной только необходимости и вопреки личному желанию, склонности. Если же юридическая обязанность построена так, что, несмотря на приоритет интересов управомоченного, добросовестное её осуществление несёт и выгоду обязанному лицу, то определить такой случай как изнутри навязанный вряд ли правильно. Например, качественное, своевременное выполнение работ, услуг выгодно не только потребителю, но и изготовителю, продавцу, так как увеличивается количество клиентов, растёт спрос на работу (услуги), товары, а значит, больше получается прибыль. Следовательно, прямая выгода налицо и для того, кто выступает в качестве обязанной стороны.

---

[1] См.: Шрейдер Ю.А. Этика. Введение в предмет. М.: Текст, С. 99.
[2] Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 244.
[3] Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915. С. 26.
[4] Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 8-е изд. СПб., 1909. С. 44.
[5] Ильин И.А. Собр. соч.: В 10 т. Т. 1. М.: Русская книга, 1993. С. 226.

Конечно, не нужно воспринимать приведённый пример так, будто юридическая обязанность представляет собой некое мягкое, добренькое пожелание. Обязанность остаётся обязанностью. Она должна быть при необходимости жёсткой, категоричной. Но опять же только тогда и только в отношении тех должников, которые этого требуют (нарушается запрет, не исполняется обязанность или создаются предпосылки для подобного). Во всех остальных ситуациях должна действовать презумпция добропорядочности, правомерности обязанного субъекта. Доверие к людям, понимание их, учёт их потребностей и интересов, соединённые с требовательностью, и лежат в основе добровольного осуществления обязанности. Вот почему в праве (его точнее назвать разумным, нежели строгим) не должно быть абсолютизма, характерного для кантовской этики. Разумное право, с одной стороны, категорически требует исполнения и соблюдения обязанностей, считая недопустимым незаконное отступление от них (соблюдать Конституцию РФ и законы, не нарушать права и свободы других лиц), с другой – ставит осуществление должного в зависимость от возможности личности, особенностей возникшего конкретного правоотношения. Таких случаев наберётся довольно много. Специфика этих ситуаций в том, что одновременно с юридической обязанностью существует право (не путать со слиянием, совпадением прав и обязанностей) на ту или иную её корректировку и даже устранение.

Всё сказанное не даёт оснований для признания приоритета морали над правом в аспекте должного (обязанностей). Для правоуважающей личности юридические обязанности есть не только внешние, а и внутренние, что и обеспечивает их добровольное соблюдение и исполнение. Отличительная особенность должного в праве заключается и в том, что императивность и категоричность обязанностей сочетаются с возможностью их той или иной корректировки с учётом самой личности, сложившейся конкретной ситуации.

Столь повышенное внимание проблеме должного в этике Канта не случайно. При всей важности темы прав в его учении оно всё же остаётся учением об обязанностях. На вопрос, почему же учение о нравственности (мораль) обычно называется учением об обязанностях, а не учением также и о правах, хотя те и другие связаны между собой, Кант отвечает следующим образом: «Причина этого такова: мы знаем свою собственную свободу (из которой исходят все моральные законы, стало быть все права и обязанности) только через моральный императив, который представляет собой положение, предписывающее долг, и из которого можно затем объяснить способность обязывать других, т.е. понятие права»[1].

Свобода, как и равенство в долге, интересуют Канта, главным образом, в негативном смысле. Свобода есть независимость от принуждающего произвола другого. Равенство есть независимость, состоящая в том, что другие не могут обязать кого-либо к большему, чем то, к чему он с своей стороны может их обязать[2]. Отсюда право – это совокупность условий совместимости свободы одного лица со свободой другого.

На это видение свободы указал ещё П.Г. Виноградов. Исследуя проблему принуждения в праве, он писал: «Какова та цель, ради которой человеческие существа подчиняются принуждению? Кант пришёл к выводу, что конечной целью права является свобода и что основная функция права есть согласование свободы одного лица с свободой всякого другого члена общества. Этот принцип он выразил знаменитым изречением: «действуй так, чтобы твоя свобода согласовалась с свободой всех и каждого». Однако понятие свободы здесь не вполне удачно выбрано, ибо очевидно, что согласование, достигаемое правом, неизбежно должно состоять в сокращении индивидуальной свободы и что свобода, в обычном ее понимании, только открывает возможность деятельности…»[3]

П.Г. Виноградов верно подметил, что свобода – это прежде всего сама возможность деятельности. А не её ограничение. Иное дело создание условий для реализации свободы. Такими непременными условиями, без которых свобода немыслима, являются свобода воли, независимость, равенство, самостоятельность каждого члена общества или его «способность быть своим собственным господином». Обоснование таких условий, конечно, научный подвиг Канта для того времени, не потеряли

---

[1] Кант И. Соч.: В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 149. Следует отметить, что сходное представление о праве достаточно прочно закрепилось в отечественной юридической науке. «Право в так называемом объективном смысле всегда выступает в качестве масштаба, известного шаблона, служащего внешним основанием для оценки поступков людей, средством для регулирования их поведения. Здесь право, любая норма проявляет себя как должное, подкрепляемое государственным принуждением, обязательное поведение» (Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М.: Изд-во МГУ, 1972. С. 16).

[2] Там же. С. 147.

[3] Виноградов П.Г. Указ. соч. С. 26–27.

ценности данные положения и сейчас. Но условия свободы ещё не сама свобода поведения[1]. Не случайно, следуя логике своего концептуального замысла, Кант говорит затем не о содержании свободы в аспекте возможного или должного, а о согласовании, совместимости произвола одного лица со свободой другого.

Итак, увязывание свободы с долгом существенно ограничивает проявление свободы. Свобода – понятие не только негативное; она – и свобода для чего-нибудь, к чему-нибудь, то есть понятие позитивное. Свобода же от кого-нибудь, от чего-нибудь есть лишь предпосылка позитивной свободы. Наиболее адекватным выражением свободы служат права и свободы. На данный факт неоднократно и в различное время указывалось в отечественной теории права.

Об особой миссии права («говорить», прежде всего, о правах) одним из первых заявил Л.И. Петражицкий. Согласно его учению основное различие между нравственностью и правом заключается в чисто императивном характере нравственных норм и императивно-атрибутивном характере юридических норм. Чисто императивные (нравственные) нормы односторонне-обязательные, беспритязательные. Юридические нормы – обязательно-притязательные или императивно-атрибутивные. Для норм первого рода главное заключается в осознании своей обязанности, долга, для норм второго рода – сознание своего права[2]. Это позволило Л.И. Петражицкому поставить право выше морали, поскольку мораль имеет тенденцию порождать чувство подчинения, право же создаёт чувства требования, притязания[3].

Настаивая на разграничении нравственности и права, другой русский мыслитель – Б.Н. Чичерин – считал, что «…если право – это свобода, определённая законом, то нравственность налагает на человека одни только обязанности, не определяя никаких прав»[4].

На различие права и морали в интересующем нас аспекте указывают и современные учёные. Так, С.С. Алексеев с сожалением отмечает: «Увы, следует признать, что этическая идеология, возвеличивающая мораль как регулятор человеческих поступков, остаётся в сегодняшней действительности серьёзной и в чём-то тревожной реальностью. В науке и общественном мнении ещё не осознано то решающее обстоятельство в соотношении права и морали, в соответствии с которым первое (право) является естественной и надёжной обителью прав, а второе (мораль) обителью обязанностей – долга, долженствования, ответственности»[5].

Таким образом, подводя итог вышеизложенному, можно утверждать, что нет оснований считать этику Канта полноценной теорией правосознания, соответствующей современной конституционной модели правопонимания. Право – суверенный, самодостаточный социальный феномен, а поэтому не может быть понято, раскрыто лишь этическими категориями, включая и категорию «категорический императив». Выражая собой свободу и справедливость, оно превратилось в естественно-позитивное явление. Естественный характер права состоит в том, что оно обусловлено природой человека, его потребностью к свободе, самоопределению. Свобода, как уже отмечалось, проявляется прежде всего в правах и свободах. Поэтому основное, глубинное в праве – права и свободы человека. Свободная человеческая личность также невозможна без прав и свобод, как без сердца, нервной системы, легких и т. п. Вот почему право (права и свободы) не навязано и не могло быть навязано никем извне, включая государство. Формой (внутренней) выражения права как меры свободы выступает комплекс управомочивающих нормативно-регулятивных средств (принципы, нормы права). Они содержат не предписания к подчинению, не угрозу ответственности, а различные предложения – дозволения, использование которых определяется свободным волеизъявлением управомоченного. Главная отличительная черта дозволительного правового регулирования – ориентированность на субъективную сторону поведения. Для достижения целей, заложенных в праве, установления лишь внешних границ дозволенного недостаточно. Важно чтобы человек, которому адресованы права

---

[1] Здесь, как представляется, целесообразно поставить вопрос о справедливости, без которой свобода невозможна. Правда, сам Кант считал, что «строжайшее право – это величайшая несправедливость» (summum ius iniuria); но на пути права этому злу ничем помочь нельзя, хотя оно и имеет отношение к правовому требованию, потому что справедливость относится только к суду совести (forum poli), а каждый правовой вопрос должен решаться на основании гражданского права (forum soli)» (Кант И. Соч. В 6 т. Т. 4. Ч. 2. С. 144).

[2] См.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. С. 64–65.

[3] Карбонье Ж. Юридическая социология / Пер. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1986. С. 113.

[4] Цит. по: Валицкий А. Нравственность и право в теориях русских либералов конца XIX – начала XX в. // Вопр. философии. 1991. № 8. С. 32.

[5] Алексеев С.С. Философия права. М.: Норма, 1998. С. 60.

и свободы, обратил на них внимание, осмыслил их, увидел в них именно то самое недостающее, открывающее путь к желанной цели, проявил готовность воспользоваться ими. Одно внешнее, формальное осуществление прав и свобод без развитого правового внутреннего настроя не даст необходимого результата ни личности, ни обществу.

Благодаря позитивным свойствам права: официальной нормативности, формальной определенности, системности, обеспеченности, динамизму, свобода и справедливость обретают то, что не может им дать мораль, а именно: внешнюю объективированность, закрепленность в официальных источниках, ту или иную степень определенности в возможностях выбора дозволенного поведения, определенность должного поведения, прогнозируемость с учетом места и времени развития (введение новых прав и свобод, устранение пробелов, противоречий и т.д.), гарантированность обретения и осуществления прав и свобод, исполнения и соблюдения обязанностей. Все это осмыслить, превратить в систему ценностных ориентаций можно лишь с помощью стройного понятийного ряда, прежде всего, правовых категорий, правовой идеологии. Иной вопрос, что теория этического сознания никогда не останется безучастной к праву. Ее разработки всегда будут востребованы в юриспруденции, как, впрочем, и этическая теория не может обойтись без юридического учения о праве. На этом строится взаимосвязь правоведения и этики, их взаимовлияние и взаимодополнительность. Это является методологической и теоретической основой взаимодействия и взаимодополнительности права и морали.

Раздел II

Частное право в фокусе сравнительного правоведения

Kwang-Rock Kim

Disclourse obligation under the Korean Law in the Capital market

К.-Р. Ким

Обязательства о предоставлении информации на рынке капиталов по законодательству Кореи

Корейское правительство приняло решение внести изменения в законы, регулирующие финансовую промышленность, чтобы они удовлетворяли растущим нуждам инвесторов и создавали достаточный потенциал для того, чтобы идти в ногу с современной средой. Поэтому Корейское правительство стало инициатором создания Закона о службе финансовых вложений и биржевом рынке, более известном как Закон об объединении биржевых рынков, который вступит в силу с Февраля 2009г. Тогда же KSEA прекратит свое действие. Вопреки сложившейся ситуации эта статья в основном посвящена описанию и анализу корейской принудительной открытой системы согласно KSEA, поскольку в настоящее время это единственный закон, который регулирует данную систему. Кроме того, в статье сравниваются проблемные вопросы, возникшие перед Кореей из-за принудительной открытой системы, с теми, что встали перед Соединенными Штатами, поскольку именно из национального законодательства США были заимствованы данные нормы.

The Korean government decided to change the laws that rule the financial industry in order to meet the growing needs of investors and to create the synergy needed to keep pace in this environment, and initiated the Financial Investment Services and Capital Market Act, commonly referred to as the Capital Markets Consolidation Act, which will be in effect from February 2009. When the Capital Markets Consolidation Act is in effect, the KSEA will be abolished at the same time. Notwithstanding this situation of the KSEA this article basically introduces and analyzes the Korean mandatory disclosure system under the KSEA since, at the present, the KSEA is the only law that prescribes the mandatory disclosure system in Korea. In addition, this article assesses problematic issues arising from the mandatory disclosure system comparing that of Korea with that of the United States since many provisions of the KSEA are introduced from the US securities laws.

I. INTRODUCTION

1. Synopsis

The current environment of the global capital markets is characterized by fluctuation and change. However, with this current environment, steady growth of the market and investor protections is very important. Generally speaking it depends on whether the price of shares is fairly decided and whether investors' decision to invest on those priced shares is based on sufficient and fair information.[1] Namely, when issuing companies disclose their accurate and sufficient information, investors can make a successful decision to invest with a basis of this information, and then, the steady growths of the market and the public confidences in the market are guaranteed. With the respect of this point, the U.S. federal securities laws and the Korean Securities Exchange Act("KSEA"), which was enacted in January 15, 1962 as an act number of 972, prescribe the mandatory disclosure system as a system for the investor protection in the securities market as well. Consequently, not only the U.S. federal securities laws[2], but also the KSEA prescribe the mandatory disclosure system as a system for the investor protection in the securities market.

© Kwang-Rok Kim, 2008

Доктор юридических наук, профессор права, директор по связям с общественностью корейской Ассоциации по коммерческим делам, Исполнительный директор Корейской Ассоциации международного права.

Doctor of law, professor of law, Director on public relations of Korean Association on commercial affairs, Executive director of Korean Association on International law.

[1] See Joseph B. Cahill, Note and comment: Circuits Spilt on the Elements of William Act "Manipulation" – Validity of Tender Offer Defenses Uncertain, 60 Chi. Kent. L. Rev. 935 (1984) at 935.

[2] The Securities Act of 1933 ("Securities Act") controls the issuing market, and the Securities Exchange Act of 1934

However, with the current environment of the capital markets, such as globalization, securitization, and digitization, today's financial industry in Korea is dramatically changed from that of the past. Therefore, the Korean government decided to change the laws that rule the financial industry in order to meet the growing needs of investors and to create the synergy needed to keep pace in this environment[1], and initiated the Financial Investment Services and Capital Market Act, commonly referred to as the Capital Markets Consolidation Act, which was finally promulgated by the National Assembly on July 3, 2007, with the target effective date set for February 2009. When the Capital Markets Consolidation Act is in effect, the KSEA will be abolished at the same time. Notwithstanding this situation of the KSEA this article basically introduces and analyzes the Korean mandatory disclosure system under the KSEA since the KSEA is right now in effect in Korea[2] and I hope I can have another chance to introduce the Capital Markets Consolidation Act in the future. In addition, this article assesses problematic issues arising from the mandatory disclosure system comparing that of Korea with that of the United States since many provisions of the KSEA are introduced from the United States Federal securities laws, and makes suggestions for improving Korean mandatory disclosure regulations and securities practices.

2. General Information

Notwithstanding the different legal structure between the U.S. and Korea, the mandatory disclosure system in Korea has a similar structure to that of the Securities Act with regards to the disclosure system in the issuing market, and that of the Exchange Act with regards to the disclosure system in the distribution market. The mandatory disclosure system in the U.S., which is designed under the U.S. federal securities laws, is controlled by both the Securities Act of 1933("Securities Act")[3] and the Securities Exchange Act of 1934 ("Exchange Act")[4]. However, not like the U.S. mandatory disclosure system, the KSEA is the only means to controls the mandatory disclosure system in the issuing market and the distribution market in Korea. At the time of the enactment, the KSEA was enacted as a form of an introduction of some well developed systems of some advanced countries, such as the U.S., Japan, and so forth, rather than as an Act for an effective and substantial regulation of a well-understood-practical securities market[5]. The KSEA mandates issuing companies to timely disclose their information that is necessary for investors to make a decision to invest properly for the purpose of investor protection by attaining wide and orderly circulation of securities and through fair issuance, purchase, sale or other transaction of securities[6]. The KSEA provides the mandatory disclosure system in the issuing market and the distribution market in details, including

("Exchange Act") controls the distribution market in the U.S. So, under the Exchange Act, registration is designed to afford more or less continuous disclosure, unlike the Securities Act whose disclosure scheme is transaction oriented and episodic. See Louis Loss & Joel Seligman, Fundamentals of Securities Regulation, Aspen Law & Business (2001), at 435–488. There are seven federal securities laws: The Securities Act of 1933, 15 U.S.C. § 77a; the Securities Exchange Act of 1934, 15 U.S.C. § 78a; the Public Utility Holding Company Act of 1935, 15 U.S.C. § 79; the Trust Indenture Act of 1939, 15 U.S.C. § 77aaa; the Investment Company Act of 1940, 15 U.S.C. § 80a-1; the Investment Advisers Act of 1940, 15 U.S.C. § 80b-1; and the Securities Investor Protection Act of 1970, 15 U.S.C. § 78aaa. For general description, see 1 Louis Loss & Joel Seligman, Securities Regulation, Aspen Law & Business (3d ed. rev. 1998), at 224–273.

[1] Actually many countries in the world have been actively pursuing the integration of their financial business scopes and the restructuring of their capital market frameworks The U.K. has set known the Financial Services and Market Act in 2000. Australia enacted the Financial Services Reform Act in 2001 in order to upgrade the competitiveness of its capital market. Also Singapore enacted its Securities and Futures Act in 2001 and Hong Kong enacted the Securities and Futures Ordinances in 2002. Japan also introduced reforms of the Financial Instruments and Exchange Law in June 2006. Recently, Taiwan has prepared policies to make itself a financial center. In the meantime, China has been actively pursuing the advancement of its financial system, and Dubai's efforts to emerge as a financial hub connecting Europe and Asia are widely known. Korea Securities Dealers Association, 2008 Securities market in Korea, (2008), at 19–23.

[2] Since the Korean securities market's turbulence and the Korean government's endeavor to develop the securities market, the KSEA has been amended as many as 19 times since the Korean economic crisis in 1997. The Article reflects the most recent version of the KSEA, which is amended and promulgated as act number of 7762 by the Korean Ministry of Government Legislation on December 29, 2005. This Amendment is enforced from March 30, 2006.

[3] 15 U.S.C. § 77a et seq.

[4] 15 U.S.C. § 78a et seq.

[5] See Ki-Su Lee & Byung-Kyu Choi, JeungKwonGeoRaeBup [Securities and Exchange Act], Seoul, Korea, Sechangchulpansa [Sechang Publishing Co.] (2000), at 4; Hong-Yeol Jun, JeungKwonGeoRaeBupHaeSeol [Explanation of Securities and Exchange Act], Seoul, Korea, SangJangHyup [Korea Listed Companies Association] (1997), at 59.

[6] The KSEA is the main law in Korea that regulates issuing and distribution of securities, and provides its purpose in Article 1 of the Act: [t]he purpose of this Act is to contribute to development of the national economy by attaining wide and orderly circulation of securities, and by protecting investors through fair issuance, purchase, sale or other transactions of securities. KSEA Art. 1.

some special mandatory disclosure system with regards to M&A, tender offers and so on. The mandatory disclosure systems in the issuing market are systems for registration of issuer of securities, registration statement of public offering, prospectus, etc. The distribution market's mandatory disclosure system include the periodic disclosure systems, such as prospectus, annual report, semiannual report, quarterly report, etc., timely or at-all-times disclosure systems, and inquiry disclosure system.

II. ISSUING MARKET'S DISCLOSURE SYSTEM

1. Registration of Securities

The KSEA forces issuing companies to disclose the fact of issuing securities and their information to investors for protecting them in the securities market. Under the KSEA, issuing companies that want to securities specified in the KSEA need to register with the Financial Supervisory Commission("FSC"), and then the FSC discloses the registered information to the public investors. Securities that must be registered with the FSC are basically all securities under the KSEA, except some securities excluded by the KSEA. Although the term of security includes stocks, notes, bonds, and any instrument commonly known as a security, the definition of security in the Securities Act[1] and Exchange Act[2] covers a broad range of transactions; i.e. the statutory definition also covers a wide variety of extraordinary and unique instruments, such as pyramid sales schemes, chinchillars, whiskey warehouse receipts, and beavers[3]. However, the definition of securities in the KSEA covers some specific variety of securities listed in the KSEA[4]. Those securities are government bonds, municipal bonds, bonds issued by a corporation that are established under a special act, corporate bonds, certificates of contribution issued by a corporation that are established under a special act, stock certificates or instruments that represent preemptive rights, certificates or instruments issued by a foreign corporation that have the same nature as the above, securities depository receipts that the Korea Securities Depository issues based on underlying certificates or instruments issued by a foreign corporation, etc., and other certificates or instruments[5] that are similar or related to those referred to the above[6]. Basically, all these securities under the KSEA must be registered with the FSC[7]. Moreover, the KSEA also forces to register the companies that intend to issue the securities with the FSC so as to provide for a fair issuance of securities and public disclosure of information as to companies[8]. However, even though companies are the objects of registration under the KSEA, if the companies issue the exempt securities, the issuing companies are exempted from the registration with the FSC pursuant to Article 3 of the KSEA.

---

1 Securities Act § 2(1), 15 U.S.C. § 77b(1).

2 Exchange Act § 3(a)(10), 15 U.S.C. § 78c(a)(10).

3 See Securities Act § 2(1), 15 U.S.C. § 77b(1); Exchange Act § 3(a)(10), 15 U.S.C. § 78c(a)(10).

4 See KSEA Art. 2(1).

5 The Presidential Decree designated other certificates or instruments in the Enforcement Decree("ED") of KSEA. The ED of KSEA Article 2–3 covers as follows: 1. Beneficiary certificates issued by trust companies in accordance with the provisions of the Trust Business Act; 1–2. Beneficiary certificates issued by a trust company according to an asset securization plan under the Asset-Backed Securization Act; 2. Beneficiary certificates issued by management companies in accordance with the Securities Investment Trust Business Act; 3. Beneficiary certificates issued by a foreign securities investment trust businessman (this refers to a person conducting securities investment trust business in a foreign country under foreign Acts and subordinate statutes thereon); 3–2. Investment certificates issued by a special purpose company according to an asset securization plan; 3-3. Mortgage-backed bonds issued by a special purpose company for mortgage-backed bonds according to a bond securization plan Special Purpose Company for Mortgage-Backed Bonds Act; 4. Bills prescribed by the Minister of Finance and Economy from among those which are issued for the purpose of financing by an enterprise; and 5. A right which may effect the transactions falling any of the following items between the parties concerned by the unitary declaration of intention of a party in accordance with the criteria and method prescribed by the Korea Stock Exchange: (a) Purchase and sale of stock certificates; (b) Receipt or payment of amount calculated by the difference between the securities index or stock price index which was determined in advance and the securities index or stock price index which is actualized at the time when the intention concerned is declared; and (c)Futures trading of securities index. [ED of KSEA Art. 2–3].

6 KSEA Art. 2(1).

7 However, there are some exemptions. Those exempt securities are: government bonds; municipal bonds; bonds issued by a corporation that are established under a special act; corporate bonds; certificates of contribution issued by a corporation that are established under a special act; and some other securities determined by the Presidential Decree. See KSEA Art. 3. For more information about some other securities determined by the residential Decree, see ED of KSEA Art. 3(2).

8 Those companies that must register with the FSC are: a corporation that intends to list its securities on the securities market; an unlisted corporation that intends to make a public offering of new or outstanding securities; a stock-unlisted corporation that intends to merge with a stock-listed corporation; an unlisted corporation that intends to have its securities traded on the Association's brokerage market; a corporation under incorporation that intends to make a public offering of new securities; and a corporation that intends to grant stock option rights to officers and employees. See KSEA Art. 3.

2. Registration Statement

As a general rule under the KSEA, the companies that intent to offer their securities publicly must file a registration statement with the FSC[1]. The purpose of this disclosure obligation to the companies is basically to protect investors in the markets. However, some instances, even though it is a public offering, but there are no problems to protect investors, companies are not forced to file a registration statement with the FSC[2]. The U.S. federal securities laws exceptionally provides some exempt cases for filing a registration statement with the U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) in case of exempt securities[3] and exempt transactions[4] in details under the principle that all companies must file a registration statement if the companies make a public offering[5]. Unlike the U.S. federal securities laws, the KSEA provides some transactions that need to file a registration statement, not a case for an exemption. Under the KSEA, companies that conduct a public offering of new securities to the number of persons who are solicited to subscribe is more than 50 must file a registration statement[6]. In addition, when companies must file a registration statement with the FSC if the total price of a public offering exceeds 1 billion won[7]. However, even if the number of person is les than 50, the companies do not need to file a registration statement, the securities may be transferred to more than 50 persons within one year from the date of issuance of the securities and it falls under the criteria for resale stipulated by the FSC, it is the public offering that the companies must file a registration statement with the FSC[8].

3. Prospectus

Even though the KSEA mandates issuing companies prepare the a prospectus for the investors' right investment decision, file a prospectus with the FSC[9], and make it available for public inspection at a specific place[10], it is generally not easy for the investors to inspect the prospectus at a specific place. Therefore, the KSEA also provides that the companies must hand over the prospectus to investors, only if the investors request to do so[11]. However, since a prospectus contains very important information for investors' investment decision, the U.S. federal securities laws prohibit transactions of securities if a prospectus is not delivered to the investors[12]. Once a registration statement is accepted by the FSC, the issuing companies can solicit investors' subscription using a simple prospectus through advertisements or through handbooks, publicity leaflets that use newspapers, broadcasts or magazines, etc., or the electronically transferable media[13]. Therefore, the KSEA has to provide that a prospectus must be directly delivered to the investors for the activation of the market and the fundamental protection of investors.

III. DISTRIBUTION MARKET'S DISCLOSURE SYSTEM

1. Annual, Semi-annual, and Quarterly Reports

A stock-listed company, KOSDAQ-listed company, issuing company and registered company that has more than 500 stock holders are forced to submit an annual, semi-annual, and quarterly business reports to the FSC and the KSE or the KSDA[14]. An annual report needs to be submitted within 90 days after the lapse end of each business year. An annual report contains the objective, trade name, contents

---

1 See KSEA Art. 8(1).
2 See KSEA Art. 7.
3 For a listing of the exempt securities from registration, see Securities Act §§ 3(a)(2)-3(a)(8), 15 U.S.C. §§77c(a)(2)-(a)(8).
4 Especially, for the statutory limited offering exemptions, see Securities Act § 3(b), § 4(6), 15 U.S.C. § 77c(b), § 77d(6).
5 See Securities Act § 5, 15 U.S.C. § 77e.
6 See KSEA Art. 2(3); ED of KSEA Arts. 2-4(1), 2-4(2). In calculating the number of 50, the person who has been solicited for an offer during past six months from the date of solicitation with regard to the same type of securities other than through public offering must be aggregated. See ED of KSEA Art. 2-4(3).
7 See KSEA Art. 8(1); Rule of KSEA Art. 2. The currency exchange of 1 dollar is about amount of 980 won as of February 2006.
8 See ED of KSEA Art. 2-4(4).
9 The contents of the prospectus must be the same as that of the registration statement. Therefore, the effect of filing the registration statement with the FSC is the same as filing the prospectus with the FSC. See KSEA Art. 12(2).
10 See KSEA Art. 12(1). For more information that must be, or not be included in the prospectus, see ED of KSEA Arts. 6, 7.
11 See KSEA Art. 13(1).
12 See Securities Act § 5(b)(2), 15 U.S.C. § 77e(b)(2).
13 See KSEA Art. 13(2)(3).
14 See KSEA Arts. 186-2, 186-3, ED of KSEA Art. 83-2(1).

of business and matters concerning finance of a corporation and other matters, such as information about related companies, affiliates, securities, officers, CPA's audit statement, and so on[1]. Companies that submit an annual report also need to submit a semi-annual report for 6 months from the beginning of a business year and a quarterly report for both 3 months and 9 months from the beginning of a business year to the FSC and the KSE or the KSDA within 45 days after the end of the period. The items, mentioned in a semi-annual report or a quarterly report, are generally same to that of an annual report.

2. Timely Disclosure

When the information, which can affect the corporate value, is not included in the periodic reports because of the time, investors might be harmed from their investment because of the lack of the very information. So, the companies need to promptly disclose this information, if they have any, in time for the investor protection. Thus, the KSEA provides the timely disclosure obligation to the companies. When the companies, such as listed-companies or KOSDAQ-listed companies, meet some instances[2], the companies must notify it to the FSC and the KSE or the KSDA without any delay. If the companies fail to discharge faithfully the duty to report pursuant to the periodic and timely reports, the FSC may recommend to a general meeting of stockholders of the companies that they terminate the directors or officers concerned, or may restrict the issuance of securities or take such measures as: demand for announcement of unlawful contents; demand for a submission of commitment letter; complaint, or report to the investigation agencies; or warning or caution[3].

3. Inquiry Disclosure

The inquiry disclosure is a system that permits the KSE or the KSDA to request the companies to disclosure uncertain information, or unsure rumor about the companies in the market. In this point, the inquiry disclosure is the system that the main body of disclosure is not the companies, but the KSE or the KSDA. Namely, under the KSEA, if it is necessary for the fair transaction of securities and the protection of investors, the KSE or the KSDA request a listed companies or KOSDAQ-listed companies to confirm as to whether a rumor and news is true or not, concerning such companies[4]. When the companies are requested to disclose Information, the companies must comply with this request without any delay[5]. If the companies fail to comply with a request for confirmation or disclosure pursuant to the KSE or the KSDA's request, the KSE or the KSDA informs this matter to the FSC so as to take measures as the FSC do when the companies fail to discharge faithfully the duty to report pursuant to the periodic and timely reports. However, since the penalty level of the FSC's measures is too light, comparing it to the importance of the investor protection when the companies fails to comply with the request, some heavy penalties are needed to impose on the violated companies, such as a civil liability, for investors' damages caused from the companies violation. Therefore, I suggest that such a civil liability is also needed to the companies' violation to discharge faithfully the duty to report pursuant to the periodic and timely reports.

IV. ELECTRONIC DISCLOSURE SYSTEM

[1] See KSEA Arts. 186-2, ED of KSEA Art. 83-2(1), for more information about matters needed to be stated in an annual report.

[2] KSEA Art. 186(1). This provision reads as follows: Where any issued bill or check is dishonored, or when any transaction with a bank is suspended or prohibited; Where the corporation's business is suspended in part or in whole; Where the corporation files a petition for the reorganization (of the corporation) or where the reorganization procedure has actually commenced pursuant to the provisions of relevant laws; Where the objective of the business changes; Where the corporation suffers from enormous damages caused by a disaster; Where a lawsuit that may have great influence upon the listed [on the KSE] securities or the listed on the KOSDAQ securities is filed against the corporation; Where any of the events referred to in Articles 374, 522, 527-2, 527-3 and 530-2 of the Commercial Act occurs; Where causes for dissolution pursuant to the provisions of relevant statutes occur; Where there is a resolution of the board of directors on the increase or decrease of capital; Where the operation is suspended or is unable to be continued due to special causes; Where a correspondent bank assumes control of the corporation concerned; Where there is a resolution of the board of directors, or a decision of the representative director or other person who is prescribed by Presidential Decree with respect to the acquisition and disposal oftreasury stocks; and, Where a fact occurs, as prescribed by Presidential Decree that has serious effects on the management and properties, etc., of the corporation other than subparagraphs 1 through 12. Id.

[3] See KSEA Arts. 186(3), 193; ED of KSEA Arts. 9-3(2)~(6), 84–26

[4] See KSEA Art. 186(2).

[5] Ibid. However, only if the companies have any difficulties to make such disclosure due to other statutes or subordinate statutes, natural disaster or by other reasons similar thereto, the companies may not comply the request. Id.

1. Synopsis

Due to the rapid growth of the high technology and the Internet, the Korean securities market is affected and followed by, so called, the electronization of securities markets. Actually the electronization of securities markets has become the new trend in this world with the effect of the old trend towards internationalization, which had been a general appearance of politics, cultures, and even economics through all over the world. During the 1980s and 1990s, the old trend towards internationalization transformed capital markets, including securities markets globally[1], and the trend towards internationalization of securities markets had continuously been going on progress. As a result of the old trend, the new trend towards electronization of securities markets has rapidly come into the world. The electronization of securities markets generally includes three effects, such as the electronization of securities itself, the electronization of securities trading system, and the electronization of disclosure system. The electronization of securities itself manifests the immobilization of securities and the dematerialization of securities, so the electronization of securities itself makes it possible that you don't have to carry securities with you even when you transfer securities to someone else. The electronization of securities trading system allows you directly to trade securities using automated trading system, such as Alternative Trading System (ATS)[2] or Electronic Communication Network (ECN)[3]. The electronization of disclosure system, such as EDGAR system in the U.S. or the Data Analysis, Retrieval and Transfer (DART) system in Korea, is to increase the efficiency and fairness of the securities market for the benefit of investors, corporations, and the economy by accelerating the receipt, acceptance, dissemination, and analysis of time-sensitive corporate information, which is disclosed through the Internet. In short, the electronization of disclosure system makes corporations disclose their information faster than ever at least cost, and investors get the information just as faster as corporations disclosed those information. In the end, since the electronization of disclosure system promotes the securities markets' transparency and efficiency, it is the most important effect of the electronization of securities markets. For the importance of the electronization of disclosure system, the Korean securities market also had continually tried to develop and apply the electronic disclosure system. As the result of efforts of the Korean securities market, DART system was developed, and corporations, which need to disclose or file their information with the FSC[4], ought to use the DART system from the year of 2001.

2. Data Analysis, Retrieval and Transfer System

---

[1] See Kwang-Rok Kim, *Korean Hostile Takeovers And The Friendly Internationalization of the Securities Market: An Investor Protection Perspective*, 10 Minn. J. Global Trade 357 (2001), at 357.

[2] The term alternative trading system is defined in Rule 300(a), 17 CFR 242.300(a). More about ATS, please see SEC, Regulation of Exchanges and Alternative Trading Systems, Release No. 34-40760; File No. S7-12-98, available at http://www.sec.gov/rules/final/34-40760.txt

[3] The ECN is a private managed electronic system that attempts to facilitate, for market makers, or eliminate, for individual investors, third party orders entered by a client's brokerage to be executed in whole or in part. Since the ECN networks major brokerages and traders, therefore they can trade between themselves without any middleman's help. There are several variations of ECN in the securities market. However, they are slightly differing from each other. There are Istinet, Island, SelectNet, and so on. Instinet was founded in 1969 as the first ECN. Instinet was originally a way for brokerages to display bid and ask prices for practically every stock in the U.S. and abroad and was first used by institutions to transact with each other. Instinet is used to execute a large proportion of orders on Nasdaq and is primarily entered by market makers. Because of this exclusive access many of the large block orders on Nasdaq stocks are traded through Instinet. Recently Instinet has tried to level the playing field by lowering access fees and allowing individual investors and small firms to access its orders. For more information about Instinet, visit http://www.instinet.com

Since anybody placing an order on Island is on equal ground, Island is popular among smaller traders. Island puts all active orders in the Island Order Book, which lists the entire bid and asks orders for each individual stock. Island is considered very easy to use and relatively inexpensive compared to other ECN. Now, Island allows everyone to access the Nasdaq in a way that was not possible in the past without becoming a member firm. For more information about Island, visit http://www.island.com
SelectNet is primarily used for trading between Market Makers. SelectNet is known as a negotiable system. Therefore, market makers may or may not execute investors' order immediately, as on other ECN. However, if the order appears on the market maker's screen and it is at the advertised price, Market Makers are required to execute immediately. SelectNet is also popular among traders because orders can be preferred, which allows a trader to isolate a particular market maker to trade with. This way the trader will get immediate attention, which usually results in a faster execution. For more information about SelectNet, see Nasdaq Stock Market Inc., SelectNet User Guide (2002), available at http://www.nasdaqtrader.com/trader/tradingservices/productservices/userguides/snetguide.pdf

[4] The Korean Securities Exchange Act (KSEA) abolished the existing Securities and Exchange Commission in February 1998, transferring most of the authority to the FSC, which plays role like the Securities and Exchange Commission (SEC) in the U.S. The FSC was established on April 1, 1998 as a consolidated financial supervisor over the four separate sectors of securities, banking, insurance, and credit management fund. However, in January 1999, the four institutions were integrated into the Financial Supervisory Service (FSS), the executive body of the FSC. More information about the FSS and FSC is available at http://www.fsc.go.kr/english/main.html>; <http://english.fss.or.kr/en/ englishIndex.jsp

The Data Analysis, Retrieval and Transfer (DART) System, an electronic disclosure system in Korea, had become effective in 2001 since the FSC made a master plan for the drive of an electronic disclosure system in April 1998. Under the DART system, the listed corporations can just transform the disclosure documents through the Internet, or the corporations simply submit a floppy diskette or a CD-ROM that includes the disclosure documents to the FCS. The submitted electronic documents are automatically transformed to the Korea Exchange (KRX)[1], the Korea Securities Dealers Association (KSDA)[2], or Korean Institute of Certified Public Accountants (KICPA)[3] through the Internet. Therefore, the public or investors can inspect the documents through the Internet with easy at any time. In the long run, the DART system is going to increase the efficiency and fairness of the securities market for the benefit of investors, corporations, and the economy by accelerating the receipt, acceptance, dissemination, and analysis of time-sensitive corporate information, which is electronically submitted with the FSC.

The provisions of the KSEA basically and legally regulate the DART system, the electronic disclosure system in Korea. According to the KSEA, the Presidential Decree, the ED of KSEA, also regulates the electronic disclosure system in details. However, since electronic documents must be formed in order to be sent via the Internet, the matters of an electronic documents itself, such as an effect of an electronic documents or a time of sending or accepting an electronic documents, are regulated by the Law of Information Telecommunication Network Use Promotion and Information Protection, etc. The filing process of electronic documents with the FSC is subject to the FSC Regulations on Securities Issuance and Disclosure (FSC Disclosure Regulation) and the Rules for Operation of the FSC Disclosure Regulation (RO of FSC Disclosure Regulation), which is made by the Governor of the FSC with the respect of the FSC's authorization.

V. AFFIRMATIVE DISCLOSURE SYSTEM

1. Soft Information

In the United States, when Item 303 of Regulation S-K, which pertains to Management's Discussion and Analysis of Financial Condition and Results of Operation (MD&A), calls for the mandatory disclosure of soft information, which focuses on, and is defined as statements of objective analysis or extrapolation, such as opinions, motives, and intentions, or forward-looking statements projections, forecasts, and predictions[4], the issuer's affirmative mandatory disclosure obligation is required[5]. However, the KSEA only permits that an issuer simply may state matters on the predictions or prospects for the issuer's future financial status

[1] The Korea Exchange (KRX) was established under Korea Stock & Futures Exchange Act for the purpose of cost reduction and improvement in investor efficiency in 2005. In order to effectively respond to the rapidly changing financial market, KRX was created through the integration of the three existing spot & futures exchanges and Kosdaq Committee, a sub-organization of Korea Stock Dealers Association. The merged exchange is transforming itself from a mere local exchange to an important part of the world's financial markets. However, the Korea Exchange is the only stock exchange in Korea and the former Korea Stock Exchange (KSE), a non-profit membership organization established in February 1956, provides an organized market for selling and buying securities and operates various systems for keeping a fair and orderly securities market. The KSE's basic role involves the establishment of the securities market and related businesses, such as listing securities and encouraging corporate disclosure, providing trading facilities, conducting market surveillance and member management, and setting and enforcing rules as a Self Regulatory Organization (SRO). Especially amendments to the 1987 KSEA established the KSE as a semi-autonomous juridical entity owned and operated by its member securities companies. The KSE is subject to the regulations of the Civil Code instead of the Commercial Code if no special regulations exist in the KSEA. See http://www.krx.co.kr

[2] Korea Securities Dealers Association (KSDA) was established in November 1953 as a non-profit SRO to seek sound development of securities industry and protect investors. The major function of the KSDA includes maintenance of fair trading practices among members, protection of investors, operation of the KOSDAQ market and management counselors, and research on securities market system and securities trading. However, the KSDA became a special legal entity, as an incorporated non-profit body, under the 1997 amendment of the KSEA. More information about the KSDA is available at www.ksda.or.kr

[3] The Korean Institute of Certified Public Accountants (KICPA) is a special organization established with the approval by the Korean Ministry of Finance and Economy (MOFE) of bylaws formulated by the Presidential Decree so as to heighten morality, improve or develop functions of CPAs, and instruct or supervise its members. More information about the KICPA is available at www.kicpa.or.kr

[4] In re Craftmatic Securities Litigation, 890 F.2d 628 (3d Cir. 1989), at 642. See, generally, Securities Act Release No. 6084 (1979).

[5] See Schneider, MD&A Disclosure, 22 Rev. Sec & Comm. Regs. 149 (1989) at 150. Also see SEC Financial Report Release No. 36 (1989).

or results of operation in the registration statement[1]. Therefore, disclosing soft information in the Korean securities market is rather a kind of issuer's right, not an issuer's duty under the KSEA. So, even though the KSEA provides the term of soft information, using predicted information[2], which issuer may disclose, it is not like an affirmative mandatory disclosure obligation in the U.S. securities market.

2. Duty to Correct

The duty to correct in the U.S. is triggered when the already disclosed information to the public through the securities market has an error from the very first time of disclosure. Therefore, when the error is found after disclosing information, which is hard information[3], the companies must bear the duty to correct the error of information[4].

In Korea, the KSEA also imposes on the issuing companies to file an amendment statement with the FSC, which is similar to the duty to correct in the U.S[5]. If a registration statement that is filed with the FSC is incomplete in its form or inadequate in any material information required to be stated therein, the FSC may issue an order to file an amendment statement[6]. Moreover, even though there is no FSC's order to file an amendment statement, the companies may file an amendment statement, if there occurs any modification in matters entered in the registration statement before the day of subscription as provided in the statement commences[7]. However, the duty to correct in Korea is triggered when a procedural defect of submission of a registration statement is occurred before the registration statement is in effect. Comparing it to the duty do correct in the U.S., which is a part of an affirmative duty to disclose for the investor protection, it is just rather a complementary measure for procedural problem to correct the defect of the registration statement before the registration statement's effect rather than a system for the investor protection in the active securities market.

3. Duty to Update

The duty to update in the U.S. applies to many different situations. However, it generally applies when the companies have previously disclosed information[8] that continues to be effective in the market and has become materially false or misleading as a result of subsequent events, although the information was accurate when it was made. In Korea, even though the timely disclosure system is similar to the duty to update in the U.S. from the point of view that the companies may additionally disclose information after their information is disclosed to the public in the market, however, since the duty to update in the U.S. may be implicated in previously made information that continues to be effective and has become materially false or misleading as a result of subsequent events and since the object and the subject of the duties in between the U.S. and Korea are quite different, timely disclosure duty is not like the duty to update in the U.S. As a result, there is no obligation of the companies to disclose any information that has become materially false or misleading as a result of subsequent events, if it was right when it was made.

VI. CONCLUSION

The main object of both the KSEA is to protect investors through fair and efficient securities market, which correctly prices the securities and secures the stability of investors' investment in the securities market[9]. In order to secure and maintain the fair and efficient securities market, wide and harmonious circulation

---

[1] Those matters are such as: matters on the issuer's results of operation such as size in sales and revenues, or other predictions or prospects on the results of operation; matters on the predictions or prospects for the issuer's financial status such as the size in capital stock and fund flows; matters on the issuer's results of operation or changes in financial status, and targeted levels at a certain point due to the occurrence of a particular event or the establishment of a particular plan; and some others as prescribed by Presidential Decree. See KSEA Art. 8(2), ED of KSEA Art. 5–7.

[2] See id.

[3] For the hard information, see Securities Act Release No. 6084 (1979).

[4] For more information about the duty to correct, see Electronic Specialty Co. v. International Controls Corp., 295 F.Supp. 1063 (S.D.N.Y. 1968), rev'd in part, 409 F.2d 937 (2d Cir. 1969); F. Philip Manns, Jr., Duty to Correct: A Suggested Framework, 46 Md. L. Rev. 1259 (1987).

[5] For the concept of the duty to correct, see Electronic Specialty Co. v. International Controls Corp., 295 F. Supp. 1063 (S.D.N.Y. 1968), rev'd in part, 409 F.2d 937 (2d Cir. 1969).

[6] KSEA Art. 11(1).

[7] KSEA Art. 11(3).

[8] The subject of the duty to update is generally soft information, such as the context of merger negotiations, rumors, and so forth.

[9] See Lawrence E. Mitchell & Lewis D. Solomon, Corporate Finance and Governance, Carolina Academic Press (1992), at 239

of securities should be achieved by protecting investors through the fair issuance, purchase, sale or other transactions of securities. For this reason, the KSEA minutely stipulate the mandatory disclosure system for timely disclosing the fair information, which is needed to make an impartial decision to invest, to the investors. As mentioned above, the Korean mandatory disclosure system under the KSEA has a similar structure to that of the 1933 Act with regards to the disclosure system in the issuing market, and that of the 1934 Act with regards to the disclosure system in the distribution market. However, the KSEA does not deal with an affirmative disclosure system, including such as the duty to correct, and the duty to update. Although, as we figured out from the above, the KSAE uses the similar terms of the duty to correct and the duty to update, the essence of the duties is quite different from the duties in the U.S. market. Namely, comparing it to the duty do correct in the U.S., the duty to correct in Korea is just rather a complementary measure for procedural problem to correct the defect of the registration statement. The duty to update in Korea is designed to have the companies to disclose some facts that can simply be happened in the future, not to help investors to make a good investment decision, using the forward-looking information, in the present time of making a decision. Therefore, the KSEA must take a consideration to accept the notion of the duty to correct and the duty to update in the U.S. as affirmative mandatory disclosure duties for the investor protection, and eventually for the fair and efficient securities market.

N.F. Kachur

A real estate concept in Russian and German legislation

Н.Ф. Качур

Понятие недвижимости по законодательству России и Германии: сравнительно-правовой анализ

Статья посвящена сравнительно-правовому анализу понятия недвижимости по законодательству России и Германии. Основное внимание уделено главному объекту недвижимости – земельному участку и его правовому режиму. Дана характеристика новейшим положениям российского законодательства по вопросам уточнения перечня объектов недвижимости и определению перспективы его развития с учетом опыта германской правовой системы.

The article deals with the comparative legal analysis of the real property according to the legislation of Russia and Germany. Greater attention is drawn to the main object of the real property – land lot and its legal regime. The characteristics of the modern Russian legislative regulations determining the list of real property objects and stating the perspective ways for its development using the experience of German legal system are presented in the article.

Недвижимость – понятие, появившееся, как и многое, ныне широко признанное, в Древнем Риме, прошедшее через столетия и обогатившееся под влиянием различных социально-экономических факторов и национальных особенностей, все чаще привлекает к себе пристальное внимание. Особо огромен интерес к этой правовой категории в России, что обусловлено ее относительно недавним закреплением после длительного периода забвения в новом современном российском законодательстве. Более того, законодатель не просто ввел недвижимость в гражданский оборот (ст. 130 Гражданского кодекса Российской Федерации[1] (далее – ГК РФ)), он сформировал и закрепил институт недвижимости, вобравший в себя нормы, определяющие понятие и виды недвижимости, устанавливающие специфику оборота недвижимости, и установил необходимость государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним[2].

Особенностью нашей правовой системы является то, что она формируется на основе не только собственного, но и многолетнего опыта западных стран и ориентируется на лучшие достижения континентальной системы права, ярким представителем которой выступает Германия.

С учетом того, что гражданское право Германии наиболее близко по духу конструктивному построению и содержанию правовых понятий и категорий российскому гражданскому праву, а также то, что рецепция римского права на протяжении столетий осуществляется через германское право, то становится понятным, почему наша правовая система находится под воздействием германской правовой системы.

Отмеченное обусловливает необходимость обращения к сравнительному анализу как методу научного познания основных положений института недвижимости в России и Германии, в свете многочисленных новелл, внесенных в российское законодательство в последнее время.

Основополагающим, ключевым, системообразующим понятием гражданского права во всех правопорядках является понятие недвижимости. Единой универсальной дефиниции недвижимости не существует. Все многообразные подходы к определению недвижимых вещей, начиная с традиционных, стандартных и заканчивая весьма своеобразными вариантами отнесения к недвижимости «экзотических» вещей (например, барельефов и картин при намерении постоянно содержать их в составе недвижимости; государственных кредитных билетов, обремененных условием об их неотчуждаемости), можно свести к двум концепциям: множественности объектов недвижимости с многочисленными модификациями и единства объекта недвижимости, под которым признается земельный участок[3].

© Н.Ф. Качур, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой гражданского права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor Head of Siberian Federal University Law institute Chair of civil law.

[1] Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 №51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст.3301.

[2] О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: ФЗ РФ от 21.07.1997 № 122-ФЗ (ред. от 31.12.2005) // СЗ РФ 1997. № 30. Ст. 3594. Далее – Закон о государственной регистрации.

[3] См. подробнее: Добаткин Д.А. Вещи, включаемые в состав недвижимости // Юридический мир. 1998. № 1; Бабкин С.А. Понятие «недвижимость» в зарубежном и отечественном законодательстве // Нотариус. 2001. № 5; Бокша

При всем разнообразии подходов к определению недвижимости аксиомой является то, что основным объектом недвижимости выступает земельный участок. Это доминирующий объект недвижимости. Все иные непосредственно связанные с ним объекты недвижимости находятся в состоянии фактической и (или) юридической связанности с ним. Характер этой связанности может быть различным, но он предопределяет специфику правового режима недвижимости. При этом законодатели разных стран используют различные юридико-технические приемы для определения видов или групп недвижимых вещей.

Германское гражданское уложение (Buergerliches Gesetzbuch-BGB) от 18 августа 1896 г.[1] (далее – ГГУ) вообще не упоминает термин «недвижимость». Все вещи делятся на движимые и земельные участки. Легальной дефиниции земельного участка в Германском гражданском уложении и в Положении о порядке ведения поземельной книги или Положении о поземельной книге (Grundbuchordnung-GBO) от 24 марта 1897 г. в ред. от 26 мая 1994 г.[2] (далее – ППК) не содержится. Это определение выводят из содержания норм (например, §§ 94, 873, 890 ГГУ, 3 ППК)[3]. Выделяют следующие определения земельного участка:

а) земельный участок в кадастрово-техническом смысле (Flurstueck) представляет собой ограниченную часть земной поверхности, отделенную от соседних участков межевыми знаками, которой в установленном порядке государственным кадастровым ведомством присвоен уникальный кадастровый номер;

б) земельный участок в вещно-правовом смысле (Grundstueck) представляет собой территориально ограниченную часть поверхности земли, которая в поземельной книге (Grundbuch) зарегистрирована под особым номером[4].

Наряду с двумя приведенными понятиями выделяют также экономическое понятие земельного участка (Wirtschaftsgrundstueck) – это часть поверхности земли, рассматриваемая как экономическая единица[5]. При этом во всех первоисточниках подчеркивается, что в дальнейшем под земельным участком понимается земельный участок в вещно-правовом смысле (или в смысле ГГУ).

Итак, в ГГУ назван единственный объект недвижимости – земельный участок, и лишь он подлежит государственной регистрации.

Характерно, что российское законодательство содержит аналогичное определение земельного участка. Согласно п. 2 ст. 6 ЗК РФ земельный участок как объект земельных отношений – часть поверхности земли (в том числе почвенный слой), границы которого описаны и удостоверены в установленном порядке. Следует подчеркнуть, что Гражданский кодекс РФ не содержит определения земельного участка.

В отличие от ГК РФ в ГГУ дано понятие вещи (§ 90), составных частей вещи (Bestandteil) (§ 93), существенных составных частей вещи (wesentliche Bestandteile) (§ 93), существенных составных частей земельного участка и строения (§ 94). Не признаются составными частями земельного участка вещи, связанные с землей лишь для временных, преходящих целей (Scheinbestandteil) (§ 95), а также принадлежности (Zubehoer) (§§ 97, 98). Гражданское уложение Германии предусматривает особую правовую фикцию, объявляя права, связанные с правом собственности на земельный участок, составными частями этого участка (§ 96).

Вещами в смысле закона (§ 90 ГГУ) признаются лишь телесные вещи, физические, материальные предметы (koerperliche Gegenstaende). Телесность вещи предполагает ее ограниченность в пространстве, ей не предшествует определенное агрегатное состояние. В силу недостаточной ограниченности в пространстве не рассматриваются в качестве вещей текущая вода, воздух, свет, лучи, энергия (другое дело: вода и газ в емкостях)[6]. Как подчеркивает Л. Эннекцерус, в силу положений закона не являются вещами ввиду того, что им не присуща природа телесного предмета:

– энергия, тепло, свет, иными словами, силы природы;

– совокупность вещей, имеется в виду сумма вещей, составляющих одно целое;

М.С. Регистрация прав на недвижимость служит интересам собственника и государства // Бюллетень Министерства юстиции Российской Федерации. 2002. № 5; Баранова Е.А. К вопросу о понятии недвижимости в гражданском праве Германии // Законодательство и экономика. 2004. № 12 и др.

[1] Статьи ГГУ приводятся в переводе по: Гражданское уложение Германии = Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz: Ввод. Закон к Гражд. уложению; Пер. с нем.; Науч. редакторы – А.Л.Маковский [и др.]. М.: Волтерс Клувер, 2004.

[2] RGBI. S. 139; BGBI. I S. 1114. В российской литературе приводятся разные переводы названия данного нормативного акта.

[3] Weirich H-A. Grundstuecksrecht. 2. Aufl. Muenchen. 1996. S. 14; Wolf. M. Sachenrecht. 15. Aufl. Muenchen. 1999. S. 182. Здесь и в последующем немецкие первоисточники даны в переводе автора.

[4] Holzer J., Kramer A. Grundbuchrecht. Muenchen. 1994. S. 7; Loeffler H. Grundbuch und Grundstuecksrecht. 6. Aufl., Frankfurt am Main. 1996. S. 11.

[5] Immobilienrecht: Handbuch / Hrsg. Klaus Sreiber. Berlin: Erich Schmidt, 2001. S. 1.

[6] Buergerliches Gesetzbuch. Handkommentar / Schulze R.(Schriftleitung). 4 Aufl. Baden -Baden. 2005. S. 39.

– права, совокупности прав и предприятие[1].

В этом смысле земельный участок – вещь телесная.

В российском законодательстве отсутствует подобная норма. Понятие вещи и его соотношение с понятием имущества относятся к доктринальным положениям, отсюда проблемы, связанные с понятием недвижимости. Действующий ГК РФ использует термины «недвижимая вещь», «недвижимое имущество», «недвижимость» в качестве синонимов (ст. 130). Тем самым закон не ограничивает возможность отнесения к недвижимому и иного имущества.

Права требования и нематериальные блага не регламентируются вещным правом Германии, не могут быть объектами права собственности, за некоторыми исключениями. Необходимо иметь в виду, что германская цивилистика восприняла римскую идею расширенного толкования понятия «вещь», которое охватывало помимо собственно вещи также и права, что нашло отражение в делении вещей на телесные (res korporales) и бестелесные (res inkorporales).

Помимо термина вещи (Sachen) в литературе используется другой термин (Gegenstaende). Это понятие вещи в формальном смысле, под которое подпадают физические вещи и бестелесные вещи (права требования, нематериальные права, прочие имущественные права)[2]. Поэтому в германской литературе вопрос о том, являются ли права наряду с вещами объектом права собственности, не вызывает сомнения и возражения. Конструкция «право на право» рассматривается в любом германском учебнике по вещному праву[3].

Наибольший интерес по законодательству Германии вызывают понятия составной части, существенной составной части и принадлежности. С их помощью выражается прочность связей отдельных вещей и определяется их правовая регламентация.

Понятие существенной составной части вещи дано в § 93 ГГУ, в котором говорится: составные части вещи, которые не могут быть отделены одна от другой без того, чтобы какая-либо из них не была разрушена или изменена в своей сущности (существенные составные части), не могут быть предметом отдельных прав.

К существенным составным частям земельного участка § 94 ГГУ относит вещи, прочно связанные с землей, в частности строения, а также продукты (производные) земельного участка, пока они соединены с почвой. Семя становится существенной составной частью с момента посева, растение – с момента посадки. К существенным составным частям строения относятся вещи, которые использованы для его возведения (строительные материалы, двери, окна, лифты и т.д.)

Категория “существенные составные части” условна, вызывает в литературе вопросы, так как нередко требует разграничения с совокупностью вещей, принадлежностями. Если несколько отдельных вещей настолько тесно связаны между собой, что возникает новая единая вещь, то в этом случае есть основания говорить о существенных составных частях. Практика применения § 93, 94 ГГУ придерживается двух позиций: соединение признается прочным, во-первых, если отделение невозможно без физического разрушения или повреждения отделяемой части и земельного участка или сущности, назначения вещей, во-вторых, если в соотношении со стоимостью отделяемой части отделение требует «значительных усилий и затрат»[4]. Составные части, не являющиеся существенными, следуют судьбе главной вещи, однако в порядке исключения допускается их юридическое отделение друг от друга, если это возможно без их повреждения либо изменения назначения.

Характерно, что подобные правовые категории имеются в законодательстве других стран. Так, в Гражданском кодексе Щвейцарии говорится о «неотъемлемых частях» объекта, которые следуют его судьбе (ст. ст. 642–644 ШГК). Согласно местным обычаям «неотъемлемая часть» является необходимым элементом объекта и не может быть отделена от него без риска его ухудшения, изменения или уничтожения[5].

Если движимая вещь связана с земельным участком лишь для временных, преходящих целей, то есть уже в момент соединения предполагается ее последующее отделение от земельного участка, то речь идет о временно присоединенной составной части или так называемой «мнимой составной

---

[1] См.: Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Полутом 2. М.,1950. С. 13.

[2] Buergerliches Gesetzbuch. Handkommentar / Schulze R.(Schriftleitung). 4 Aufl. Baden -Baden. 2005. S. 39.

[3] См.: Василевская Л.Ю. О специфике правовой конструкции вещного договора по германскому праву // Вестник ВАС. 2003. № 5. С.122–123.

[4] Баранова Е.А. К вопросу о понятии единого объекта недвижимости в гражданском праве Германии. С.76; Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии: Пер. с нем. М., 2001. С. 174–175.

[5] Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / Руководитель авторского коллектива – д. ю. н. В. В. Залесский. М., 2000. С. 225.

части» (Scheinbestandteil) (абз. 1 § 95 ГГУ). Вещи, присоединенные к строению лишь для временных целей, также не принадлежат к его составным вещам (абз. 2 § 95 ГГУ). Временно присоединенными к земельному участку считаются строительные леса, помосты, трибуны, выставочные павильоны, модульные гаражи и т.д.

Особый интерес вызывают положения § 96 ГГУ, согласно которому права, связанные с правом собственности на земельный участок, признаются его составными частями. Права как составные части земельного участка есть правовая фикция. Речь идет о субъективно-вещных правах, которые собственник господствующего земельного участка устанавливает в отношении другого земельного участка, например, согласно § 1018 земельный сервитут (Grunddienstbeirkeit), § 1094 II преимущественное право покупки (Vorkaufsrecht), § 1105 II вещное обременение (Reallast)[1].

Принадлежностями являются движимые вещи, которые, не будучи составными частями главной вещи, служат ее хозяйственному назначению и в соответствии с этим предназначением находятся в пространственных отношениях с главной вещью. Вещь не является принадлежностью, если она не рассматривается в обороте в качестве принадлежности (§ 97 ГГУ). Обычно в качестве принадлежностей выступает промышленный и сельскохозяйственный инвентарь (§ 98 ГГУ). Вещь признается принадлежностью, если стороны не договорились об ином. При отсутствии специальной договоренности сторон следует полагать, что вместе с земельным участком отчуждению подлежат и принадлежности, если не доказано иное (§ 926 ГГУ). При опровержении названной в законе презумпции принадлежность признается самостоятельным объектом, не подпадающим под режим недвижимости.

Таким образом, предметом сделки может быть земельный участок, его составные части и принадлежности.

Содержащееся в законодательстве России понятие недвижимости значительно шире, чем в Германии. Оно охватывает многочисленные, не связанные единством признаков, недвижимости по природе и по назначению. Необходимо отметить, что ни в законодательстве, ни в научной литературе нет единого, четкого определения понятия недвижимого имущества. При этом определение, содержащееся в ст. 130 ГК РФ, является базовым, методологическим в том плане, что в контексте ст. 3 ГК РФ все другие определения, упоминаемые в иных нормативных правовых актах, должны ему соответствовать.

Статья 130 ГК РФ к недвижимым вещам относит земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства. К недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество. В качестве иного недвижимого имущества ГК РФ называет предприятие как имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности (ст. 132).

Анализ ст. 130 ГК РФ свидетельствует, что российским законодательством выделяются следующие виды недвижимых вещей:

– недвижимость по природе или традиционная недвижимость;

– антропогенная недвижимость, то есть вещи, тесно связанные с землей в силу фактической связи;

– мобильные по своей природе вещи, объективно движимые вещи, объявленные законодателем недвижимыми вещами;

– иное имущество, отнесенное законом к недвижимым вещам.

Получается, что законодатель исходит из естественных (или фактических) и юридических свойств вещей. Фактической связью с земельным участком обладает лишь недвижимое имущество, созданное руками человека. Юридической связи зданий и сооружений с земельным участком не требуется. Владелец строения при наличии у него вещных или обязательственных прав на земельный участок, доказав прочную связь строения с землей и невозможность перемещения объекта без несоразмерного ущерба его назначению, вправе оформить документы на постройку как недвижимое имущество. Две последние группы недвижимых вещей признаны таковыми российским правопорядком. В данном случае можно говорить лишь о юридической связи с земельным участком.

[1] Buergerliches Gesetzbuch. Handkommentar / Schulze R.(Schriftleitung). 4 Aufl. Baden-Baden. 2005. S. 43.

В германской цивилистике определение земельного участка как части поверхности земли, которая занесена в качестве земельного участка под особым номером в поземельную книгу, является юридическим. Из него ясно прослеживается, как подчеркивает Е.А. Суханов, юридическая (а не одна лишь физическая) природа данного объекта[1]. Дефиниция не содержит указания на внутренние свойства и качества, без которых данное явление не признается земельным участком. Связь между земельным участком и его существенными составными частями главным образом также носит юридический характер.

И, как далее пишет Е.А. Суханов, отсюда и рассмотрение строений в качестве «составных частей», то есть принадлежностей земельного участка (§94 ГГУ). При таком подходе земельный участок является не только недвижимостью в юридическом смысле, но и всегда главной вещью, а возведенные на нем строения – принадлежностями, следующими его судьбе в соответствии с известным принципом римского частного права «superficies solo caedit»[2].

С учетом приведенных выше со ссылкой на ГГУ определений составной части и принадлежности заметим, что высказывание автора далеко не бесспорно. Понятие «составная часть» следует отличать от понятия «принадлежность»[3]. Внешне эти вещи тесно связаны с другой вещью – главной (земельным участком) и предназначены для ее обслуживания. У них одинаковый правовой режим: они следуют юридической судьбе главной вещи. Но по существу это разные, не совпадающие в полном объеме понятия[4]. Во-первых, составные части вещи вместе с земельным участком образуют юридически единую вещь, для главной вещи и принадлежности такое единство не характерно. Это две самостоятельные вещи: принадлежность связана с главной общим назначением и предназначенностью для ее обслуживания (например, скот, сельскохозяйственный инвентарь). Во-вторых, составные вещи по законодательству Германии тесно связаны с основной вещью, их отдельный гражданский оборот невозможен. Они, как правило, неразрывны и фактически. Главная вещь и принадлежность могут существовать и участвовать в обороте раздельно. Кроме того, закон допускает временное отделение принадлежности от главной вещи (абз. 2 § 97 ГГУ). В-третьих, составные части земельного участка – это недвижимые вещи, принадлежности к главной вещи – вещи движимые (машины, оборудование). В абз. 1 § 97 ГГУ прямо говорится – принадлежностями являются движимые вещи, которые, не будучи составными частями главной вещи, служат ее хозяйственному назначению и в соответствии с этим предназначением находятся в пространственных отношениях с главной вещью. Таким образом, следование и составной части, и принадлежности судьбе главной вещи не дает оснований для их отождествления.

Современное российское законодательство содержит общее понятие главной вещи и принадлежности (ст. 135 ГК РФ), но в отличие от немецкого законодательства не определяет – какие конкретно вещи относятся к принадлежностям. Характерно, что дореволюционное российское законодательство четко устанавливало принадлежности земель, к которым в силу ст. 387 тома 10 части 1 Свода законов Российской Империи относило стоящие на них церковные и другие строения, дворы, мельницы, перевозы, гати, реки, озера, пруды, дороги, источники и другие места, им подобные… Содержалась в законе конкретизация принадлежностей фабрик и заводов (ст. 388), принадлежностей домов (ст. 389) и других объектов[5]. Исходя из приведенных определений, можно заключить, что закон допускал раздельный правовой режим земельных участков и строений, что впоследствии в советское время превратилось в историческую традицию, не изжитую в полной мере и в настоящее время.

Говоря о составных частях, существенных составных частях вещи по законодательству Германии, следует отметить, что российское гражданское законодательство содержит термин «составные части» применительно к сложной вещи (ст. 134 ГК РФ). Согласно данной норме, если разнородные вещи образуют единое целое, предполагающее использование их по общему назначению, они рассматриваются как одна сложная вещь. Разнородные вещи обычно образуют единый имущественный комплекс, но они представляют собой самостоятельно оборотоспособные вещи. Вопрос об их юридической

---

[1] Суханов Е.Ф. Гражданское право России – частное право / Отв.ред.В.С.Ем. М., 2008. С. 222–223.

[2] Там же. С. 223.

[3] Такое совмещение составных частей и принадлежностей критиковалось в свое время в русской дореволюционной литературе. Составные части не могли быть предметом отдельных прав, а принадлежности, напротив, по воле собственника могли утрачивать зависимость от главной вещи. См. подробнее: Кассо Л.А. Русское поземельное право. М., 1906. С. 6.

[4] На различие данных понятий указывает Е.А. Баранова. См.: Баранова Е.А. К вопросу о понятии недвижимости в гражданском праве Германии // Законодательство и экономика. 2004. № 12. С. 76.

[5] Свод законов Российской Империи, издание 1857 года. Том 10. Часть 1. Законы гражданские. СПб., 1857.

судьбе зависит от усмотрения их собственника и решается им при регистрации прав на отдельные разнородные вещи либо на сложную вещь в целом в рамках действующего законодательства. Таким образом, наше понятие составной вещи существенно отличается от германского.

Сопоставляя далее определения недвижимости по законодательству двух стран, следует отметить, что у нас земельный участок и другие объекты недвижимого имущества – однопорядковые правовые явления, каждый из них имеет соответствующий правовой режим. По законодательству Германии правовая судьба земельного участка предопределяет правовой режим всех его существенных составных частей. Там провозглашен и действует принцип «единого объекта» земельного участка и строения, расположенного на нем. Все, что возведено на земельном участке и неразрывно с ним связано, подчиняется правилам «существенной составной части» и следует его судьбе[1]. В данном случае действует непреложное правило: земельные участки и стоящие на них здания и сооружения рассматриваются как единый объект недвижимости, подлежащий регистрации в кадастре недвижимости (регистре) и поземельной книге (реестре). Отсюда объекты, прочно связанные с землей (составные части), следуют судьбе земельного участка по принципу: один объект – одно вещное право. Они не могут быть объектами самостоятельных вещных прав. Сведения о них вносятся в поземельную книгу вместе с земельным участком. Стоящие на земельном участке здания включаются в договор об отчуждении земельного участка, влияют на оценку земельного участка, по общему правилу повышая его стоимость.

Данная конструкция берет свое начало в римском праве, где недвижимостями считались не только земельные участки и недра земли, но и все созданное чужим трудом на земле собственника. Оно признавалось естественной или искусственной частью поверхности земли – res soli. Все предметы, связанные с землей или фундаментально скрепленные с ее поверхностью, считались ее составными частями. Невозможной представлялась отдельная собственность на дом и на землю. Воздушное пространство над участком тоже рассматривалось как часть поверхности[2].

В России модель «единого объекта» в том виде, в котором она была закреплена в римском праве и наиболее последовательное развитие получила в германском праве, не воспринята. В отечественном земельном праве продекларирован принцип «единства судьбы земельного участка и прочно связанных с ними строений» (ст.ст. 1, 35 ЗК РФ). Его суть – все прочно связанные с земельным участком объекты следуют судьбе земельного участка, за исключением случаев, установленных федеральными законами. К сожалению, в законе нет четкого механизма претворения данного принципа в жизнь, его установлению не способствует принятая нашим законодателем концепция множественности объектов недвижимости.

Вместе с тем, как обоснованно подчеркивается в литературе, германская конструкция единого объекта – наиболее рациональная модель юридического соединения земельного участка с недвижимыми вещами[3]. Идею «единого объекта» поддерживают многие авторы, но ее внедрение считают преждевременным по экономическим и правовым основаниям[4].

Понятие недвижимости, отличающееся завидной стабильностью, как и большинство правовых конструкций в Германии, претерпело в XX в. некоторые изменения. В условиях меняющейся социально-экономической и правовой действительности концепция единого объекта получила последующее развитие. Произошло расширение круга объектов недвижимости за счет введения так называемых «юридических земельных участков» в виде прав на недвижимое имущество. Эти права называются правами, приравненными и аналогичными земельным участкам (Grundstuecksgleiche und aehnliche Rechte). Таким образом, в настоящее время германская цивилистика к недвижимости относит два вида объектов: земельные участки и так называемые юридические земельные участки или права, приравненные к земельным участкам. К их числу относятся наследственное право застройки, право собственности на квартиру и др.

Наследуемое право застройки (Erbbaurecht) регулируется Положением о наследственном праве застройки (Verordnung uber das Erbbaurecht) от 15 мая 1919 г. в ред. от 9 июня 1998 г.[5] Это

[1] См. подробнее: Баранова Е.А. К вопросу о понятии недвижимости в гражданском праве Германии // Законодательство и экономика. 2004. № 12. С. 73–76; Баранова Е.А. Оборот недвижимости в российском и германском праве: сравнительное исследование: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2005. С. 10–11.

[2] Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. М., 1997. С. 148.

[3] См.: Баранова Е.А. К вопросу о понятии единого объекта недвижимости в гражданском праве Германии / Законодательство и экономика. 2004. № 12. С. 81.

[4] См., напр.: Козырь О.М., Маковская А.А. Пути совершенствования правового регулирования оборота недвижимости // Вестник ВАС РФ. 2003. № 3. С. 9.

[5] RGBI. S. 72; BGBI I S. 1242.

ограниченное вещное право на земельный участок (суперфиций) приравнивается к праву собственности, его можно свободно продавать, обременять и передавать по наследству. На его основании суперфициар возводит строение на чужом земельном участке, которое не становится его существенной составной частью. Согласно § 94 ГГУ строение становится существенной составной частью наследуемого права застройки и не может быть объектом отдельного права. Данное право подлежит двойной регистрации в поземельной книге. Это право как обременение указывается на листе книги, на котором зарегистрирован собственник земельного участка. Кроме того, для наследуемого права застройки заводится отдельный лист в поземельной книге, где оно регистрируется в качестве самостоятельного объекта прав.

Наследуемое право застройки предоставляется лицу обычно на длительный срок, например, 49, 74, 99 лет. По истечении указанного в договоре срока собственник земельного участка, как правило, выкупает построенное лицом, имеющим наследуемое право застройки, здание по остаточной стоимости (право собственности на обратное получение имущества). Либо собственник вправе, если это определено договором, потребовать от суперфициара выкупа всего или части земельного участка, на котором расположено строение.

К числу приравненных к земельным участкам прав относится также право собственности на квартиру или жилищная недвижимость (Wohnungseigentum), которая урегулирована Законом о праве собственности на жилое помещение и о праве длительного пользования жилой площадью (Закон о праве собственности на жилье) (Gesetz uber das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)) от 15 марта 1951 г. в ред. от 26 марта 2007 г.[1]

Право собственности на жилое помещение – это индивидуальное право собственности, соединенное с правом общей долевой собственности на земельный участок и общее имущество жилого дома, частью которого это помещение является. Собственность на земельный участок в единстве с индивидуальной собственностью на квартиру во многих отношениях подчиняется правилам оборота земельного участка. Для каждого права на квартиру, как правило, открывается особый лист в реестре квартир (§ 7, 8 II Закона о праве собственности на жилье). Его структура соответствует структуре листа поземельной книги[2].

Выделяют и другие права, приравненные к земельным участкам, например, право собственности на горнопромышленное предприятие (Bergbaurecht)[3].

Российское законодательство также в ряде нормативных правовых актов уточняет перечень объектов недвижимого имущества. Так, ст. 1 Закона о государственной регистрации прав расширяет перечень объектов недвижимого имущества, включая в него жилые и нежилые помещения, не упоминаемые в ст. 130 ГК РФ, и предприятия как имущественные комплексы, выделяемые в ГК РФ в качестве особого объекта недвижимости.

Следует подчеркнуть, что в Германии предприятие (Unternehmen) не относится к недвижимому имуществу. Для гражданского права характерно понимание предприятия как организационного единства вещей (совокупности вещей), прав и иных имущественных ценностей (клиентелла, товарные знаки и т.д.), включая цели, которые преследует носитель прав предприятия. Цели могут носить как экономический, так и социальный характер[4]. Предприятие в смысле германского гражданского и торгового законодательства определяется шире, чем в ГК РФ, так как в его содержание включается и субъективный фактор – деятельность носителей прав предприятия. Компания, владеющая земельным участком и расположенными на нем зданиями и строениями, может продать их вместе, сохранив за собой бизнес. Либо может продать бизнес, сохранив за собой земельный участок со зданиями и строениями.

Таким образом, предприятие не признается недвижимым имуществом. Недвижимыми по общему правилу могут быть только отдельные телесные вещи, названные таковыми в законе и входящие в состав предприятия, права на которые подлежат внесению в поземельную книгу.

В отличие от России в Германии морские суда и суда внутреннего плавания не признаются объектами недвижимости, они относятся к движимым вещам. В определенных случаях они могут, а в других случаях должны быть внесены в судовой регистр (реестр), который аналогичен поземельной книге. Регистрация судна или права на него производится в зависимости от категории судна в морском регистре, регистре судов внутреннего плавания или регистре строящихся судов.

[1] BGBI. I S. 175.
[2] Weirich H-A. Grundstuecksrecht. 2. Aufl. Muenchen. 1996. S. 16.
[3] Там же.
[4] Handelsrecht / von Herbert Wagner. Weinheim: VCH, 1997. S. 254.

В равной степени в эти же регистры вносятся записи об ипотеке судна, узуфрукте и предварительные записи. Аналогично не относятся к объектам недвижимости и воздушные суда, которые федеральной службой воздушных судов подлежат регистрации в соответствующем регистре[1].

Более подробный перечень объектов недвижимости содержится в обновленном ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ[2] (далее – Закон об ипотеке). Названный закон к недвижимому имуществу, права на которое могут быть заложены, относит, помимо перечисленных в ст.130 ГК РФ недвижимых вещей, следующие объекты: жилые дома, квартиры и части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат; дачи, садовые дома, гаражи и другие строения потребительского назначения (ст. 5).

Согласно п.1 ст.74 данного закона правила об ипотеке применяются к ипотеке индивидуальных и многоквартирных жилых домов и квартир, принадлежащих на праве собственности гражданам и юридическим лицам. В п. 3 этой статьи упоминаются в качестве предмета договора об ипотеке гостиницы, дома отдыха. Перечисленные в ст.74 Закона об ипотеке вещи прямо этим законом не названы объектами недвижимости. Но в силу того, что предметом договора об ипотеке являются объекты недвижимости, более того, права на которые зарегистрированы в установленном законом порядке, законодатель косвенно названные вещи отнес к числу таковых.

В Закон о государственной регистрации прав введено новое понятие «линейные сооружения – объекты недвижимого имущества, являющиеся сложными или неделимыми вещами» – это объекты недвижимости, расположенные на территории более одного регистрационного округа (п. 2 ст. 9). Помимо указания на пространственную протяжённость таких объектов, законодатель определил их через понятие сложной или неделимой вещи. Возникает вопрос: почему законодатель использовал союз «или»? Исходя из содержащейся в ст. 134 ГК РФ дефиниции, сложная вещь – это совокупность разрозненных вещей, образующих единое целое, предполагающее использование их по общему назначению, а потому сложная вещь неделима. Правда, не всякая неделимая вещь относится к числу сложных вещей. Неделимыми могут быть простые, единичные вещи.. Можно лишь предположить, что законодатель хотел подчеркнуть, что неделимая вещь – это простая (единичная) недвижимая вещь, отличная от сложной. В таком случае более уместным представляется использование союзов «и (или)».

Особо в ст. 9 Закона о государственной регистрации прав (в ред. Федерального закона от 08.11.2007 № 257-ФЗ) выделены объекты недвижимого имущества, включенные в состав автомобильной дороги и расположенные на территориях более одного регистрационного округа, которые, как и линейные сооружения, подлежат регистрации федеральным органом в области государственной регистрации прав. Кроме того, из ст. 1 Закона о государственной регистрации исключено понятие кондоминиума как объекта недвижимости. Законодатель отказался от этой правовой категории, сравнительно недавно вошедшей в юридический оборот, под которой первоначально понималось товарищество собственников жилья, а в последующем – комплекс недвижимого имущества в жилищной сфере.

Федеральный закон «О связи»[3] ввёл понятие, аналогичное линейным сооружениям, – линейно-кабельные сооружения связи, отнеся их к объектам недвижимости (ст. 8). Толкование того, что представляют собой линейно-кабельные сооружения связи, дано в Положении об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи[4]. Это достаточно сложные технологические объекты.

Кроме того, ФЗ «О связи» дополнил перечень объектов недвижимости указанием на следующие вещи: опоры линий электропередачи, контактные сети железных дорог, столбовые опоры, мосты, коллекторы, туннели, в том числе туннели метрополитена, железные и автомобильные дороги и другие инженерные объекты и технологические площадки и т.д. (п. 3 ст. 6).

Таким образом, законодатель впервые в состав объектов недвижимости включил сложную вещь (линейные сооружения, линейно-кабельные сооружения), хотя на практике во многих отраслях экономики, в частности энергетики, железнодорожного транспорта, на основании ведомственных методических указаний и инструкций их регистрация осуществляется достаточно активно и давно.

Появились в законодательстве и другие новеллы. В новом Жилищном кодексе РФ (далее – ЖК РФ) жилые помещения прямо названы недвижимым имуществом (п. 2 ст. 15 ЖК РФ), что означает

---

[1] Weirich H-A. Grundstuecksrecht. 2. Aufl. Muenchen. 1996. S. 17–18.

[2] Об ипотеке (залоге недвижимости): ФЗ РФ от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ (в ред. от 13.05.2008 г. № 66-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

[3] О связи: ФЗ РФ от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ (в ред. от 29.04.2008 г. № 58-ФЗ) // СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895.

[4] Об особенностях государственной регистрации права собственности и других вещных прав на линейно-кабельные сооружения связи: Постановление Правительства РФ от 11.02.2005 г. № 68 // СЗ РФ. 2005. № 8. Ст. 650.

признание их объектами недвижимости без государственной регистрации прав на них[1]. Введено новое понятие – «комплекс недвижимого имущества в многоквартирном доме» (п. 1 ст. 135 ЖК РФ). Однако неясно, что он из себя представляет и как соотносится с понятиями «многоквартирный дом» и «общее имущество многоквартирного дома», которые также должны быть отнесены к недвижимому имуществу.

Дополнил перечень объектов недвижимости и Федеральный закон «О концессионных соглашениях»[2], причём весьма своеобразно. В силу ст. 4 названного Закона объектом концессионного соглашения является недвижимое имущество, входящее в состав другого имущества, например, автомобильные дороги, стоянки автотранспортных средств, аэродромы, гидротехнические сооружения, метрополитен, объекты здравоохранения, образования и культуры и др. Перечисленные объекты представляют собой разнородные понятия, не отвечающие единому критерию. К их числу отнесены и отдельные объекты недвижимости, и сложные недвижимые вещи, и объекты недвижимого имущества целых отраслей социальной и экономической сферы.

Из числа объектов недвижимости, предусмотренных ст. 130 ГК РФ, исключены леса и многолетние насаждения (ст. 16 Федерального закона «О введении в действие Лесного кодекса Российской Федерации» от 4 декабря 2006 г. № 201-ФЗ (в ред. от 13 мая 2008 г.))[3], а также обособленные водные объекты (ст. 9 Федерального закона «О введении в действие Водного кодекса Российской Федерации» от 3 июня 2006 г. № 73-ФЗ (в ред. от 14 июля 2008 г.))[4]. Данные нововведения представляются своевременными и обоснованными, хотя и вызывают ряд вопросов о правовой судьбе данных объектов.

Таким образом, на основе анализа новейших российских нормативных правовых актов можно сделать следующие выводы.

1. Прослеживается противоречивая тенденция – законодатель, с одной стороны, расширяет перечень объектов недвижимости, стремясь максимально охватить категорией недвижимости все новые и новые объекты, с другой – исключает из него некоторые объекты недвижимости.

2. Понятие недвижимости, уточненное и дополненное в последнее время путем значительного расширения перечня недвижимого имущества, стало достаточно размытым и неопределённым.

3. Введённые законодательством новые понятия (например, линейные сооружения, линейно-кабельные сооружения связи как сложные вещи) не отличаются чёткостью и логичностью их конструктивного построения, а потому требуют пристального внимания и серьезного научно-практического анализа.

4. Фактическое многообразие объектов недвижимого имущества и их разобщенность порождают многочисленные и не всегда обоснованные особенности оборота недвижимости.

Резюмируя все изложенное, можно заключить, что как и в России, так и в Германии понятие недвижимости относится к числу доктринальных. Недвижимость – это обобщающая правовая категория, предназначенная для обозначения реальных, физически осязаемых, различных материальных объектов недвижимости, а также вещных прав на них. Единого определения понятия недвижимости быть не может, поскольку многообразие объектов недвижимости, их специфические особенности, установленный законом различный правовой режим, не позволяют его выработать. Более плодотворной кажется идея определения в законе понятия каждого конкретного объекта недвижимого имущества, к чему в последнее время стремится российский законодатель.

Но более последовательным и логичным представляется подход Гражданского уложения Германии, оперирующего главным образом понятием «земельный участок», устанавливая для него особый правовой режим. Деление вещей на движимые и на недвижимые предопределено их естественными свойствами, самой природой. Недвижимы только земельные участки, все остальные вещи движимы.

---

[1] Вопрос о том, требуется ли для признания того или иного объекта объектом недвижимости его государственная регистрация, или фактическим или юридическим понятием является недвижимость, относится в юридической литературе к числу дискуссионных.

[2] О концессионных соглашениях: ФЗ РФ от 21.07.2005 г. № 115-ФЗ (в ред. от 29.04.2008 г. № 58-ФЗ) // СЗ РФ. 2005. № 30 (2 ч.). Ст. 3126.

[3] СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5279.

[4] СЗ РФ. 2006. № 23. Ст. 2380.

N.L. Klik

Significance of German property law concept in the development of the domestic property and obligation law regulation of property relations doctrine

Н.Л. Клык

Значение конструкции германского вещного права в развитии отечественного учения о вещно- и обязательственно-правовом регулировании имущественных отношений

При отсутствии в современной доктрине общепризнанных научных подходов по вопросу разграничения вещных и обязательственных прав, практическим результатом чего становиться торжество конкуренции исков и наличие правовых предпосылок для процветания в экономике коррупционных процессов, исключающих в итоге развитие малого и среднего бизнеса, именно конструкция Германского вещного договора является тем самым онтологическим оселком, позволяющим, с одной стороны, сохранить нарушенную внерыночный период хозяйствования преемственность в развитии дореволюционной отечественной цивилистики, а с другой - внести ясность и определённость в практику рассмотрения споров, связанных с защитой права собственности на различные виды имущества. В качестве основы для восприятия Российской наукой вещного договора в данной статье называются обстоятельства фактического плана в виде актов товарообмена, которые, как известно, имеют наднациональный характер.

The role of the German conception of the real property law contract in the development of Russian national doctrine of the real property law and law of obligations, which regulates the economic relations. While there are no universal scientific points of view on the division of the rights of real property and obligation rights, the practical result of it is the triumph of the competition of claims and legal possibilities for the development of the corruption processes in the economic sphere, because of which the small and mid-size firms cannot act, the construction of the German real property law contract is the "ontological blade", which gives chance to rebuilt and preserve the succession in the Russian national civil law science, crashed during the communistic period, and also adds clarity to the court settlement of the legal disputes, deals with the defense of the right of ownership on the different types of property. As the basis for the incorporation of the theory of a real property contract into the Russian legislation the article presents circumstances of the real plan in the form of the acts of exchange of goods which commonly known to have an abovenational character.

Опыт регулирования экономических отношений, существовавших в России в нерыночный период хозяйствования, не мог не отразиться в современных дискуссиях российской цивилистики, в первую очередь по вопросу разграничения вещных и обязательственных прав, а тем самым и в использовании в хозяйственной практике вещных и обязательственных исков при защите имущественных прав.

Противоречивость научных подходов вызвала появление наиболее пагубной для юриспруденции конкуренции исков при защите права собственности на различные виды имущества, ибо и законодательная, и правоприменительная практика «говорят» на языке доктрины, отражая её плоды.

Вольно или невольно, но такое положение дел создаёт идеальные условия для процветания коррупционных процессов в стране, когда именно за счёт правовой неопределённости так называемым экономическим феодалам не составляет особого труда подминать под себя малый и средний бизнес, препятствуя тем самым поступательному развитию собственно рыночных отношений в стране.

Поскольку восприятию вещного договора отечественной цивилистикой противостоят научные позиции весьма авторитетных учёных, следует обратить особое внимание на характер выдвигаемых при этом соображений.

Справедливо отмечая тот факт, что в отличие от западноевропейских правопорядков в России не было рецепции римского права и восприятие опыта римских юристов произошло путём переноса в XIX в. пандектного учения, Е.А. Суханов вместе с тем пишет: «Появляется принципиальный вопрос: в какой мере для современного российского гражданского права подходят периодически, но всегда активно навязываемые ему зарубежные конструкции и институты»[1]?

© Н.Л. Клык, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой коммерческого, предпринимательского и финансового права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor, head of Siberian Federal University Law institute chair of commercial, entrepreneurial and financial law.

[1] Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском праве // Вестник гражданского права. 2006.№ 2. С. 6.

Правда, анализируя признаки вещного договора и свойство его абстрактности, в силу которого приобретатель остаётся собственником полученной вещи, несмотря на недействительность основного договора, автор приходит к выводу, что это «серьёзно усиливает *стабильность имущественного (гражданского) оборота»*[1].

В аспекте данной позитивной оценки вряд ли имеет принципиальное значение вывод Е.А. Суханова, что «введение таких «сделок» ещё более усложнит организацию гражданского оборота, ибо значительно расширит возможности оспаривания не только заключенных сделок, но и актов (действий по их исполнению)»[2], и прежде всего потому, что именно с оспариванием действий по исполнению как раз и связана история появления в современный период особого рода распорядительных сделок, к которым и относится вещный договор.

Являясь наиболее совершенным образцом абстрактной сделки в континентальной системе права, конструкция вещного договора была разработана германской цивилистикой именно в процессе стремления научной мысли преодолеть пагубный характер социально-экономических последствий конкуренции исков.

Для того, чтобы наглядней продемонстрировать совместимость с российским гражданским законодательством концептуальных положений вещного договора, следует прежде всего обратить внимание на две его основные разновидности в германском праве, когда наряду с совершаемой в письменной форме сделкой по передаче вещи к нему относят также и цессию[3], то есть сделку по передаче обязательственных прав.

Появление в римской истории понятия бестелесной вещи, в том числе признание прав требования предметом купли-продажи, состоявшееся в условиях официального запрета оборота прав требования, преодолеваемого сначала путём обращения к форме стипуляции, а затем судебного представительства[4], как известно, не привело и не могло привести к появлению специального вида распорядительной сделки по передаче обязательственных прав[5].

Но допускаемая римскими юристами возможность использования купли-продажи при отчуждении обязательственных прав показательна сама по себе, поскольку отражала фактическое положение дел в актах товарооборота, а тем самым возможность использования правил, выработанных для оборота вещей в отношении обязательственных прав.

Из множества проблемных вопросов отечественной доктрины, разрешаемых конструкцией вещного договора, возможность использования договора купли-продажи при отчуждения обязательственных прав[6] представляется как раз наиболее принципиальной, так как затрагивает общее и особенное правового регулирования оборота вещных и обязательственных прав.

Некритический перенос в современную цивилистику дореволюционных воззрений об отчуждении обязательственных прав и ценных бумаг «сообразно своему существу» привёл к появлению, с одной стороны, предложений об исключении обязательственных прав из предмета договора купли-продажи, а кроме того, к квалификации прав на ценные бумаги в качестве вещных. Это породило тупиковую проблему бездокументарной формы ценных бумаг, в итоге отражающих суть одной и той же проблемы – о пределах использования правил, созданных историческим опытом для отчуждения вещей, при обороте обязательственных прав.

При этом практически не принимается во внимание, что предложения об исключении обязательственных прав из предмета договора купли-продажи (п. 4 ст. 454 ГК РФ) есть не что иное, как своеобразный уход в тот период римской истории, когда официально имеющие статус «неподвижных»

---

[1] Суханов Е.А. О видах сделок в германском и в российском праве // Вестник гражданского права. 2006.№ 2. С. 6.

[2] Там же. С. 15.

[3] Автор наиболее полного исследования, посвящённого анализу сделок-основания и сделок-способа при отчуждении вещей, В.В. Бердников (Бердников В.В. Распорядительная сделка как способ изменения имущественно-правового положения лица // Законодательство. 2002. № 2. С. 16–22. № 3; С. 36–39), исследуя проблему на примере передачи вещи, отмечает при этом крайне затруднительный характер возможности анализа цессии в силу её многоаспектной спорности в литературе.

[4] Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. М.: Статут, 1998. С. 147.

[5] В самом же названии сделки «цессия», используемом в новые времена с появлением оборота обязательственных прав, находит отражение название в римском праве процедуры мнимой виндикации вещи в виде in jure cessio, а тем самым не специфика объекта права, а специфика сходного правового средства.

[6] Следует отметить наличие в настоящий период определённой готовности признавать в качестве вещного договора действий-сделок по передаче лишь прав на вещи (см.: Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового регулирования: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2006. http://diss.rsl.ru.), но не обязательственных прав.

обязательственные права в качестве одной из разновидностей res corporales ещё не признавались предметом купли-продажи.

К чести отечественной дореволюционной цивилистики, при отсутствии сложившегося учения об абстрактных сделках исключение из предмета договора купли-продажи прав требований диктовалось выбором предпочтений в пользу их оборота в силу несовместимости с порядком, присущим консенсуальной модели перехода права собственности, ибо недействительность основной сделки неизбежно влекла прекращение прав требования у приобретателя.

Осознание российскими учёными социально-экономических преимуществ абстрактных сделок следует признать главной причиной существования предложений о неприменимости купли-продажи при отчуждении обязательственных прав, в том числе закрепляемых ценными бумагами. Обеспечиваемая независимостью от пороков основания, бесповоротность перехода прав требования к приобретателю становится возможной лишь в условиях действия реальной модели, когда лишь и мыслимо разграничение в актах отчуждения двух сделок – основной (обязательственной) и распорядительной (вещной).

Обращение к опыту научной квалификации цессии в случаях обоснования её «естественной» абстрактности[1] позволяет отметить наиболее важные моменты безусловной ценности германского вещного договора в преодолении научных разногласий в современной российской цивилистике относительно различения вещных и обязательственных прав.

Принимая во внимание фактические отношения в сфере торгового оборота (как известно, его закономерности имеют решающие значение в развитии гражданского законодательства), отчуждение товара в котором чаще всего производится *не путём вручения* товара (вещей) приобретателю, а *путём цедирования* требования к лицу, у которого он находится во владении, нельзя не заметить функциональную однородность традиции и цессии. Само по себе это обстоятельство предполагает необходимость отнесения их к одному типу распорядительных сделок, а тот факт, что кроме денежных цессией опосредствуется оборот и натуральных требований[2], позволяет говорить об её универсальном характере (включая независимость перехода прав от основания), выработанном в процессе товарооборота и отраженном в нормах ГК РФ[3].

Учёт закономерностей именно торгового оборота[4] как разновидности делового оборота позволяет понять причину, почему германская цивилистика отказалась от признания значения сделки за тради-

---

[1] Не касаясь всех характеристик абстрактных сделок и ограничившись лишь их разделением на необходимо абстрактные и абстрактные по общему правилу, следует отметить, что если переход права собственности на вещь может быть поставлен в зависимость от основания (скажем, оплаты её приобретения), то подобное положение дел в отношении перехода к приобретателю обязательственных прав практически невозможно, если только иное не предусмотрено законом или же при наличии согласия должника, когда это отвечает его имущественным интересам.

[2] При всех спорных аспектах цессии в научных взглядах особое значение имеют её оценки в учебной литературе. В учебнике МГУ говорится, что «всякая возмездная уступка имущественных прав (цессия) является продажей» (см.: Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1/ Отв. ред. Е.А. Суханов (автор главы В.В. Витрянский). М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 208), то есть цессии придаётся значение основной сделки. В учебнике СБГУ подобная оценка дана уступке денежных требований (ст. 824 ГК), но вместе с тем утверждается, что предметом продажи могут быть права требования натурального характера и права, вытекающие из внедоговорных обязательств (см.: Гражданское право. Т. 2 / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой (автор главы И.В. Елисеев). М.: Проспект, 2005. С. 14).

[3] Главное свойство абстрактной сделки в виде бесповоротного характера перехода прав на различные виды имущества, включая вещи, более всего просматривается при анализе соответствующих положений гл. 30 ГК (п. 3 ст. 486, ст. 487–489 ГК), в связи с чем убедительными представляются позиции учёных, определяющих цель купли-продажи не как возмездную передачу товара в собственность, а передачу в собственность (см.: Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой (автор главы — М. В. Кротов). М., 2005. С. 282; Советское гражданское право / Под ред. О. А. Красавчикова. Т. 1 (автор — О. А. Красавчиков). М., 1972. С. 167–168; Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1980. С. 15; Гражданское право: Учебник для вузов. Ч. 1 / Под ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало (автор главы — Ю. Е. Добрынин). М., 2001. С. 197–198).

[4] Не последнее место в дискуссиях по вопросам вещно- и обязательственного правового регулирования занимает явление несмирения перед необходимостью подчинения актов отчуждения имущества гражданами правилам, рассчитанным на деловой оборот, ибо подобного рода конфликты интересов были известны всем странам континентальной системы права. Более зримо подобное несогласие в современный период имело место в период с момента принятия постановления Пленума ВАС РФ от 25.02. 1998 г. № 8 (п. 25) «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» до принятия постановления Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации….», когда сделки по отчуждению имущества, совершённые неуправомоченными лицами, признавались в судах общей юрисдикции недействительными, в то время как при рассмотрении таких споров в арбитражных судах это исключалось. Нельзя не отметить, что без появления

цией, квалифицируя её в качестве фактического действия и придав значение сделки письменному волеизъявлению сторон при передаче вещи.

Как отмечает Л.Ю. Василевская, гражданский оборот не может базироваться на фактической доказательственной презумпции, в связи с чем в германской юриспруденции вещному договору отводится роль юридической презумпции[1].

Преимущества письменной формы сделки не нуждаются в специальном обосновании, ибо достаточно обратиться к анализу российской практики рассмотрения споров о праве собственности, чтобы убедиться в этом.

Правда, ГК РФ не предусматривает обязательность сторон отчуждательных сделок оформлять передачу движимого имущества в письменной форме, в связи с чем следует выявить соответствующие легальные предпосылки для ответа на вопрос: почему при обосновании в суде титула собственника или статуса добросовестного приобретателя недостаточно доказательств владения имуществом?

Рекомендованные на заре перестройки в качестве обычая делового оборота Инструкции о приёмке продукции и товаров по качеству и количеству (обычно именуемые П-6 и П-7), как ни странно, представляют ту самую фактологическую основу для вживания вещного договора в современную российскую цивилистику, ибо сквозь призму ст. 5 и ст. 6 ГК приобретают юридическое значение не только по спорам между субъектами предпринимательской деятельности, но и между иными субъектами, включая граждан.

Отсутствие научной квалификации предусмотренных данными Инструкциями актов приёма-передачи, представляющих письменное волеизъявление продавца и покупателя о факте состоявшей передачи товара в собственность[2], едва ли может быть проигнорировано при оценке соответствующих споров в судебной практике. В условиях многообразия договорных условий перехода права собственности от продавца к покупателю единственным фрагментом, связующим основную и распорядительную сделку, является именно акт приёма-передачи товара, если только речь не идёт о розничной торговле.

Известная проблемность организации оптовой торговли в стране, порождаемая наличием массы звеньев так называемых «перепродавцов», что приводит к необоснованному увеличению цен на розничном рынке, может быть преодолена на уровне специального урегулирования, центральное место в котором должно найти научное обсуждение вопроса о совместимости условий осуществления оптовой торговли с общим правилом п. 1 ст. 223 ГК о моменте перехода права собственности. Явно излишне приводить доводы о том, что при исполнении заключаемых при этом договоров нет смысла *в передаче* отчуждаемого товара *во владение* приобретателю.

Предусмотренный п. 3 ст. 224 ГК порядок, когда вместо вещи передаётся коносамент или иной товарораспорядительный документ на нее, практически мало известен. Закрепляя, что моментом исполнения обязанности продавца передать товар (п. 1 ст. 458 ГК) является не только вручение товара покупателю, но и предоставление товара в распоряжение покупателя, законодатель предоставляет выбор правовых форм самим субъектам торгового оборота.

Не секрет, что наиболее распространённой формой такого распоряжения (когда речь идёт о масштабных продажах в отдалённые регионы, включая район Крайнего Севера) является придание продавцом-оптовиком покупателю статуса третьего лица (п. 3 ст. 430 ГК), что в значительной мере осложняет характер взаимоотношений сторон[3].

Поскольку чаще всего в регионах отсутствуют принадлежащие оптовым продавцам складские помещения, в связи с чем товар хранится на складах общего пользования, наиболее адекватным решением проблемы предоставления *права распоряжения* товаром является установление в договоре купли-продажи момента перехода права собственности с момента его заключения, а способом передачи товара – совершение уступки требования.

данных постановлений едва ли был бы возможен разговор о значении германского вещного договора для российской цивилистики.

[1] Там же. С. 322.

[2] Пусть и не в сфере товарного оборота, а в сфере корпоративного строительства, но именно передаточный акт Н.В. Козлова называет вещным договором. См.: Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица // Законодательство. 2004. № 1. С.19.

[3] В литературе справедливо отмечается, что при отсутствии закона об оптовой торговле на практике чаще всего используется совсем не пригодный в этих случаях договор поставки.

Используемая в настоящее время в редчайших случаях форма предоставления покупателю возможности распорядиться проданным товаром путём совершения в его пользу цессии должна в определённой степени снизить непроизводительные расходы, в том числе уменьшить «накрутку» цен, чем как раз и страдает российский опт.

Именно акты товарообмена, не имеющие национальной специфики, а точнее – существующие в нём элементы неупорядоченности, являются, по всей вероятности, наиболее весомым аргументом в пользу совместимости вещного договора с российскими правовыми традициями. К этому взывает опыт длительного использования в российском правоприменении более чем сомнительной практики защиты права собственности на различные виды имущества путём реституции, практически исключившей проявление позитивных социально-экономических свойств абстрактных сделок в экономике, более всего наглядных в отношении векселей, акций и других ценных бумаг.

Что же касается использования вещно-правовых средств для защиты права собственности в отношении обязательственных прав, то в данном случае неизбежно обращение к опыту тех научных исследований, в которых право на защиту не включается в содержание субъективного гражданского права, а стало быть, не может влечь его переквалификации в случае использования защитных свойств вещного иска. Лишь при таком подходе появляется возможность различать понятия «вещное право» и «вещное притязание»[1], как это присуще для германской цивилистики.

В этой связи непринципиальным представляется научный подход, в силу которого отстаивается неприемлемость использования термина «вещный» для обозначения договора, если обратить внимание на правовую природу распорядительных сделок в целом.

На первый взгляд, возможность использования вещного (виндикационного) иска для защиты обязательственных прав (как это имеет место в случае утраты ценных бумаг документарной формы выпуска или незаконного списания в учётной системе записи о принадлежности ценных бумаг бездокументарной формы выпуска) позволяет расценить вещный договор как универсальный правовой инструмент, вобравший в себя общие правовые условия оборота вещных и обязательственных прав.

Вместе с тем, по всей вероятности, гораздо логичней исходить в этом случае из более простых и доступных для восприятия российскими юристами посылок, первой из которых следует назвать распорядительный (или вспомогательный к основной сделке) характер вещного договора, а второй – его реальный характер, когда возникновение вещного или обязательственного права у приобретателя происходит лишь в случае совершения отчуждателем в порядке, установленном законом, действия и не ранее того.

Не нуждается в особом доказывании то, какого рода сумятицу такой подход может внести в традиционную (в основе своей зародившуюся еще во времёна Рима) классификацию гражданско-правовых сделок, если допустить пополнение реальных сделок основного вида реальными распорядительными сделками[2]. Правда, нельзя обойти вниманием и тот факт, что понятие «реальный» происходит от латинского слова *re*, то есть вещь, поэтому исходные начала обозначения исследуемой конструкции не так уж и неясны.

В заключение, исходя в целом из совместимости германского вещного договора с российскими правовыми традициями и его значения в упорядочении практики рассмотрения имущественных споров, следует отметить необходимость развития отечественной теории гражданско-правовой сделки, одно из направлений в которой должен занять аспект обоснованности обжалований в судебной практике распорядительных сделок, злоупотребление чем, несомненно, относится как раз к явлениям сугубо национального плана, ибо они составляют одно из самых страшных зол юриспруденции нашего времени.

---

[1] Следует полагать, что именно этот аспект не должен игнорироваться в учении о вещных правах, которое, по справедливому утверждению Е.А. Суханова, пока ещё находится в начале своего развития. См.: Суханов Е.А. Ограниченные вещные права // Учёные-юристы о современном праве / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец, 2005. С. 201.

[2] Наличие подобного смешения отчасти можно отметить в ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах» (п. 1 ст. 8), когда среди *оснований*, в соответствии с которыми ипотечный агент может приобретать требования по кредитам (займам), обеспеченным ипотекой, и (или) закладные, наряду с куплей-продажей и меной названа также цессия.

M.V. Kratenko

Unfair terms in consumers' contracts: Russia and foreign countries' experience

М.В. Кратенко

Несправедливые условия в договорах с потребителями: российский и зарубежный опыт

Включение в договор условий, ущемляющих законные права потребителя, является частью более широкой проблемы злоупотребления свободой договора в форме навязывания контрагенту «несправедливых» условий договора (unfair terms). Специфика несправедливых условий договора заключается в том, что они не противоречат закону в явной форме, но в конкретной ситуации могут лишать одного из контрагентов прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключать или ограничивать ответственность другой стороны за нарушение обязательств и т.п. Зарубежному законодателю институт несправедливых условий договора уже давно известен. Обширная судебная практика по спорам между кредитными, страховыми организациями и потребителями их услуг послужила основой для принятия специальных законов, ограничивающих использование несправедливых оговорок в договорах на стандартных условиях: Закон об общих условиях сделок Германии 1976 г., Акт о несправедливых договорных условиях Великобритании 1977 г. В 1993 г. Совет Европы утвердил Директиву 93/13/EEC «О несправедливых условиях в договорах с потребителями», положения которой должны стать основой для реформирования внутреннего (национального) законодательства о защите прав потребителей стран Евросоюза.

Adding the conditions, which discriminate the lawful rights of the buyer, into the contract is the part of the bigger problem of abuse of the freedom of contract in the form of forcing the other party to accept the unfair terms. The special character of the unfair terms is that they are not unlawful in the direct form, but in certain situations they could prevent one of the parties from his/her rights, which are commonly exist in the contracts of such type, exclude or limit the liability of the other party for the breach of contract and so on. Foreign legislator has known the institute of the unfair terms for a long time. The vast court practice over matters involving the disputes between the lending and secure agencies and its clients becomes the basis for the special laws, which restrict the usage of the unfair clauses in the contracts on the standard terms: The common terms of contracts act – Germany 1976, The unfair terms of contract act – Great Britain 1977. The European Council accepted the Directive 93\13\EEC «The unfair terms of contracts", regulations of which should become the basis for the reform of the national legislation, protecting the rights of buyers in the EU.

1. Понятие несправедливых условий договора в российском и зарубежном праве

Развитие сферы обслуживания в современной России, равно как и повышение уровня правовой культуры россиян, стало причиной многочисленных судебных споров о защите прав потребителей. В настоящее время это едва ли не самая распространенная категория дел, рассматриваемых мировыми судьями и судами общей юрисдикции.

Закон РФ от 07.02.1992 № 2300/1-1 «О защите прав потребителей»[1] закрепляет систему гарантий для потребителя, в частности: право на информацию об изготовителе (продавце, исполнителе) и о товарах; право на безопасность товара; недействительность условий договора, ущемляющих права потребителя; запрет навязывания потребителю дополнительных работ и услуг и пр.

Проблема включения в договор условий, ущемляющих законные права потребителя (ст. 16 Закона), по-прежнему является мало исследованной. Подобное злоупотребление со стороны продавца (исполнителя, изготовителя) образует состав не только гражданского, но и административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 Кодекса РФ об административных правонарушениях[2], и влечет наложение штрафа на должностных лиц в размере от одной тысячи до двух тысяч рублей, на юридических лиц – от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей. Органом, уполномоченным рассматривать дело об административном правонарушении, предусмотренном вышеуказанной статьей, является Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор)[3] и её территориальные органы (ст/ 23.48 КоАП РФ).

© М.В. Кратенко, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права ЮИ СФУ.
Candidate of legal sciences , associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of civil law.

[1] Далее по тексту – Закон о защите прав потребителей, Закон.

[2] Далее по тексту – КоАП РФ.

[3] Положение о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека: утв. Постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 № 322 (в ред. от 14.12.2006 № 767) // Собрание законодательства РФ. 2004. № 28. Ст. 2899.

Включение в договор условий, ущемляющих законные права потребителя, является частью более широкой проблемы злоупотребления свободой договора в форме навязывания контрагенту «несправедливых» условий договора (unfair terms)\[1].

В действующем законодательстве содержится ряд положений, направленных на противодействие этому явлению. Так, ничтожными признаются предварительные соглашения об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства (п. 4 ст. 401 ГК РФ). Запрещается злоупотребление доминирующим положением на рынке в форме навязывания контрагенту невыгодных или не относящихся к предмету договора условий (подп. 3 п. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»[2]). Некоторые положения закона рассчитаны, прежде всего, на защиту интересов граждан-потребителей: возможность потребовать изменения или расторжения договора, заключенного путем присоединения к формуляру или иной стандартной форме и содержащего обременительные условия (ст. 428 ГК РФ)[3]; ничтожность предварительных соглашений об ограничении размера ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законом (п. 2 ст. 400 ГК РФ).

Специфика несправедливых условий договора заключается в том, что они не противоречат закону в явной форме (по крайней мере, императивным нормам), но в конкретной ситуации могут лишать одного из контрагентов прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключать или ограничивать ответственность другой стороны за нарушение обязательств и т.п.

Использование законодателем оценочных признаков при описании форм злоупотребления свободой договора – «невыгодные», «явно обременительные условия» (подп. 3 п. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции», ст. 428 ГК РФ) – не способствует широкому применению данных норм. Крайне бедна практика применения судами ст. 428 ГК РФ в качестве основания для изменения или расторжения договора, содержащего несправедливые условия. Отчасти это объясняется несовершенством самой статьи. Её буквальное толкование приводит к мысли, что договор присоединения имеет место лишь в тех случаях, когда все его условия определены одной из сторон[4].

Обязательной предпосылкой предъявления иска по ст. 428 ГК РФ является и то, что присоединяющаяся сторона не имела возможности повлиять на содержание договора. При заключении договора с организацией, формально не являющейся «монополистом» (то есть не включенной в список организаций, занимающей доминирующего положения на рынке товара), доказывание данного обстоятельства затруднено.

Гражданин К. предъявил иск к ООО «А.» об изменении условий договора о предоставлении услуг кабельного телевидения от 08.04.2002 г. в соответствии со ст. 428 ГК РФ. Требование мотивировано тем, что заключенный договор содержит обременительные для истца условия:

- условие п. 3.1 договора, согласно которому размер абонентской платы определяется в соответствии с прейскурантом цен ответчика, при этом ответчик вправе периодически пересматривать прейскурант и увеличивать стоимость услуг с учетом инфляционных процессов и пр.;
- условие п. 2.1.5 договора о том, что срок для устранения исполнителем дефектов (неисправностей) определяется по соглашению сторон.

Истец потребовал указать в п. 3.1 договора фиксированный размер абонентской платы – 20 р. (согласно текущему прейскуранту ответчика), а в п. 2.1.5 договора установить срок для проведения ремонта продолжительностью не более 3 дней с момента подачи заказчиком заявки.

Ответчик иск не признал и пояснил, что права истца при заключении договора нарушены не были: истец добровольно подписал договор, включая условие, предоставляющее исполнителю право на корректировку размера абонентской платы; а предлагаемое истцом условие о проведении ремонта в трехдневный срок неприемлемо для исполнителя (невозможно по техническим причинам).

Суд признал обоснованными возражения ответчика и отказал в иске, дополнительно сославшись на положения ст. 421 ГК РФ о свободе заключения договора и формулирования его условий. По мнению суда, истец не представил доказательств нарушения его прав, равно как и доказательства явной обременительности

---

1 *Unfair* – нечестный, несправедливый (англ.).

2 Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

3 В соответствии с п. 3 ст. 428 ГК РФ требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.

4 В литературе предлагается внести уточнение в ст. 428 ГК РФ о том, что принять путем присоединения можно не только все условия договора, но и какую-либо их часть. См.: Цыпленкова А.В. Договор присоединения как особая категория гражданского права: автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002. С. 16–17.

условий оспариваемого договора. Кроме того, истец добровольно заключил договор с ответчиком, хотя вправе был отказаться от его заключения и заключить договор на получение услуг кабельного телевидения с другой организацией, оказывающей подобные услуги, поскольку ответчик не является монополистом на рынке услуг кабельного телевидения[1].

Интересно, что спустя три года ООО "А." было привлечено к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ за включение в договор условий, ущемляющих законные права потребителей, в том числе условия о праве исполнителя в одностороннем порядке изменять размер абонентской платы за услуги.

ООО "А." обратилось в арбитражный суд с заявлением к Управлению Роспотребнадзора по Красноярскому краю (далее – Управление) о признании незаконным и отмене постановления по делу об административном правонарушении. Как установлено материалами дела, при проведении внепланового мероприятия по контролю в отношении ООО "А." по коллективной жалобе граждан должностным лицом Управления составлен протокол об административном правонарушении, в котором зафиксирован факт одностороннего изменения обществом условий договора на предоставление услуг кабельного вещания, а именно размера абонентской платы за услуги, что противоречит ст. 310 ГК РФ. Постановлением административного органа ООО "А." привлечено к административной ответственности, предусмотренной ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ, в виде штрафа.

Удовлетворяя заявленные требования ООО "Астрон" о признании указанного постановления незаконным и его отмене, суд первой инстанции исходил из следующего. В соответствии с п. 4 Правил оказания услуг, являющихся неотъемлемой частью договора об оказании услуг кабельного вещания, общество вправе в одностороннем порядке изменять условия договора о размере абонентской платы.

Суд первой инстанции посчитал, что добровольное подписание договоров гражданами-потребителями свидетельствует о том, что в данном случае нет ущемления их прав, а следовательно, в действиях ООО "А." нет состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ.

Рассмотрев кассационную жалобу Управлении, ФАС Восточно-Сибирского округа отменил решение суда первой инстанции по следующим основаниям.

Согласно пункту 4 Правил предоставления услуг предприятие имеет право в одностороннем порядке изменять тарифы в случае вступления в силу законов Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации и иных нормативных актов, вводящих новые или изменяющих существующие налоги, сборы, иные обязательные для предприятия платежи, а также по причине инфляции в случае удорожания расходных материалов, повышения оплаты персонала предприятия. Предприятие вводит в действие измененные тарифы после вступления в силу указанных оснований, известив об этом абонента не менее чем за 30 дней до введения указанных изменений.

Названные условия свидетельствуют о включении в договоры условия о праве ООО "Астрон" в одностороннем порядке изменять цену оказываемых услуг. В силу ст. 310 ГК РФ односторонний отказ от исполнения обязательств и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом. Односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение условий такого обязательства допускаются также в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. При таких условиях в отношениях с гражданами одностороннее изменение условий гражданско-правового договора допускается только в случаях, предусмотренных законом.

Ссылка суда первой инстанции на то, что граждане-потребители добровольно подписали договор на оказание услуг, хотя могли отказаться от его заключения, что свидетельствует об отсутствии в действиях общества состава административного правонарушения, не может быть признана правильной. Указанное обстоятельство не влияет на квалификацию действий общества, поскольку вменяемый ему состав административного правонарушения состоит не в ущемлении прав потребителя, а во включении в договор условий, ущемляющих установленные законом права потребителей (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 18.07.2007 по делу № А33-13138/06-Ф02-4353/07).

Зарубежному законодателю институт несправедливых условий договора знаком гораздо лучше. Обширная судебная практика западноевропейских стран по спорам между кредитными, страховыми организациями и потребителями их услуг послужила основой для принятия специальных законов, ограничивающих использование несправедливых оговорок в договорах на стандартных условиях: Закон об общих условиях сделок Германии 1976 г.[2], Акт о несправедливых договорных условиях Великобритании 1977 г.[3] и др.

В 1993 г. Совет Европы утвердил Директиву 93/13/ЕЕС «О несправедливых условиях в договорах с потребителями»[4] (далее Директива), в соответствии с которой *несправедливым* является такое условие, которое

---

[1] См.: Кратенко М.В. Оспаривание невыгодных условий договора // Арбитражная практика. 2006. № 10. С. 6.

[2] См.: Германское право. Ч. 3/ Науч. ред. Р.И. Каримуллин. М., 1999. С. 32 и сл.

[3] Unfair Contract Terms Act 1977. Available on: http://www.john.antell.name/UCTA1977.htm.

[4] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumers contracts. Available on: http:// europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/ust01_en/pdf.

вносит значительный дисбаланс в права и обязанности сторон по договору в ущерб потребителю. Несправедливым может быть признано лишь то условие, которое не было предметом специального согласования с потребителем (п. 1 ст. 3). То обстоятельство, что отдельные условия договора или их некоторые аспекты были индивидуально согласованы, не исключает применение Директивы к оставшейся части договора.

Директива содержит примерный (не исчерпывающий) перечень условий, которые могут рассматриваться как несправедливые:

– исключающие или ограничивающие ответственность продавца (поставщика) в случае причинения вреда здоровью потребителя или смерти вследствие действия или бездействия продавца (поставщика);

– исключающие или ограничивающие права потребителя в отношении продавца (поставщика услуг) в случае полного или частичного неисполнения или ненадлежащего исполнения продавцом (поставщиком) какого-либо из договорных обязательств, включая возможность предъявления к зачету встречных требований в отношении продавца (поставщика);

– возлагающие на потребителя, не исполнившего обязательство по оплате товара (услуги), несоразмерно высокие суммы неустойки;

– наделяющие продавца (поставщика) правом расторгнуть договор по произвольному основанию, если аналогичная возможность не предоставляется потребителю;

– наделяющие продавца (поставщика) правом изменять условия договора в одностороннем порядке, вне связи с какими-либо уважительными обстоятельствами, четко определенными в договоре и пр.

Поскольку целью Директивы является обеспечение минимального уровня защиты интересов потребителей, вышеуказанный перечень носит примерный характер и может быть расширен или ограничен в национальном законодательстве государств-участников Евросоюза.

В немецком Законе об общих условиях сделок проводится разграничение двух типов несправедливых условий: допускающих возможность оценки, то есть оспоримых (§ 10), и не допускающих возможность оценки, то есть ничтожных (§ 11). К числу последних закон относит:

– условие о праве пользователя (лица, использующего стандартную форму договора) требовать возмещения убытков или расходов в заранее определенном размере, если другая сторона (присоединившаяся) лишается возможности доказывать, что убытки или расходы отсутствуют или существенно ниже твердой суммы;

– условие об исключении или ограничении ответственности пользователя за нарушение договора по грубой неосторожности;

– условие, ограничивающие гарантийные требования к пользователю только правом на устранение недостатков или замену (исключаются требования об уменьшении цены, расторжении договора) и пр.[1]

2. Виды несправедливых условий договора

Несправедливые условия договора (оговорки) могут быть классифицированы по различным основаниям. Например, можно выделить оговорки, имеющие материально-правовое и процессуальное значение.

Если первые ущемляют конкретные субъективные права потребителя (на получение товара надлежащего качества, на досрочное расторжение договора и пр.), либо возлагают на потребителя экономически не оправданные обязанности (не связанные с предметом договора и пр.), то вторые ограничивают потребителя в средствах и способах защиты нарушенных прав (в том числе в их выборе), в представлении тех или иных доказательств, либо перелагают на потребителя обязанность по доказыванию определенных обстоятельств. *Несправедливые условия процессуального характера* могут затруднять для потребителя обращение за судебной защитой: вследствие установления обязательного досудебного (претензионного) порядка разрешения споров по договору, изменения территориальной подсудности для рассмотрения споров и пр.

Несправедливые оговорки материально-правового характера, в свою очередь, могут быть разделены на следующие подгруппы:

[1] После реформы обязательственного права Германии положения Закона об общих условиях сделок включены в Германское гражданское уложение. См.: Гражданское уложение Германии: Пер. с нем. / Науч. ред. – А.Л. Маковский и др. М., 2004. С. 62 и сл.

– наделяющие продавца (исполнителя) правами на односторонние действия, связанные с исполнением обязательств по договору: правом на односторонний отказ от договора без уважительных причин, правом на изменение потребительских свойств товара (работы, услуги), правом на изменение цены по договору;

– ограничивающие ответственность продавца (исполнителя) за нарушение обязательств по договору, например: только случаями умышленного нарушения обязательств, возмещением потребителю лишь реального ущерба или выплатой исключительной неустойки и пр.;

– возлагающие на потребителя дополнительные обременения, не связанные с предметом договора: вследствие одновременного заключения договора о техническом обслуживании приобретенного товара, договора об установке программного обеспечения на приобретенный товар и т.п.;

– ограничивающие потребителя в реализации законных прав и гарантий: включение в договор купли-продажи условий, ограничивающих возможность обмена товара ненадлежащего качества; установление в договоре возмездного оказания услуг санкций за досрочное расторжение договора[1].

Квалификация условий договора в качестве несправедливых – процесс достаточно сложный, предполагающий выявление и оценку обычной деловой практики, сложившейся по тому или иному вопросу. Невыгодное и обременительное, на первый взгляд, условие суд может признать вполне приемлемым, если им обеспечиваются определенные хозяйственные или деловые цели.

Учитывая эту особенность несправедливых условий (их неочевидный характер), Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей регулярно разрабатывает рекомендации по вопросам защиты прав потребителей при заключении отдельных видов договоров, в частности: договоров об оказании туристских услуг[2], платных образовательных услуг[3] и платных медицинских услуг[4] , договора об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов[5], договора о предоставлении жилищно-коммунальных услуг[6] и пр.

3. Анализ судебной практики по спорам, связанным с включением в договор условий, ущемляющих права потребителя

Судебные споры, связанные с включением в договор условий, ущемляющих законные интересы потребителей, довольно многочисленны. В первую очередь, это результат работы Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей, которая на основании жалоб граждан проводит правовую экспертизу договоров отдельных хозяйствующих субъектов и при выявлении в договорах несправедливых условий – привлекает субъектов к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ. Критерием оценки условий договора в качестве ущемляющих права потребителей, как правило, выступает несоответствие условий договора положениям соответствующего закона или подзаконных актов (правилам оказания услуг, правилам продажи товаров и пр.).

Анализ арбитражной практики по применению ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ позволяет говорить о достаточно высоком проценте судебных решений, вынесенных в пользу Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей.

Судебная практика по искам отдельных потребителей об оспаривании несправедливых условий договора складывается прямо противоположным образом, что можно объяснить, во-первых, неумением потребителя обосновать несправедливый (ущемляющий) характер условий договора и,

---

[1] Подробнее см.: Кратенко М.В. Односторонний отказ заказчика услуг от исполнения договора // Арбитражная практика. 2006. № 7. С. 26 и сл.

[2] См.: Письмо Роспотребнадзора от 31.08.2007 № 0100/8935-07-32 «Об особенностях правоприменительной практики, связанной с обеспечением защиты прав потребителей в сфере туристического обслуживания» // СПС КонсультантПлюс.

[3] Решение Министерства по антимонопольной политике РФ от 24.11.1999 г. «О соблюдении законодательства о защите прав потребителей при оказании платных образовательных услуг» // Бюллетень Минобразования РФ. 2000. № 4.

[4] Письмо Роспотребнадзора от 18.04.2007 № 0100/3996-07-32 «О проведении мероприятий по контролю за соблюдением законодательства о защите прав потребителей в сфере предоставления платных медицинских услуг гражданам» // СПС КонсультантПлюс.

[5] Приказ Роспотребнадзора от 03.08.2006 № 228 «О мерах, направленных на повышение эффективности работы, связанной с защитой прав потребителей в сфере долевого строительства жилья» // Российская газета. 2006. № 201.

[6] Методические рекомендации по вопросам защиты прав потребителей в сфере жилищно-коммунального хозяйства, утв. руководителем Роспотребнадзора 28.12.2004 // Журнал руководителя и главного бухгалтера ЖКХ. 2005 (ч. II). № 6.

во-вторых, относительной новизной подобных споров для судов общей юрисдикции. Правильное разрешение подобных дел предполагает исследование судом не только законодательства, относящегося к содержанию спорных условий договора, но и обычной деловой практики в соответствующей сфере отношений.

В подтверждение вышесказанному рассмотрим два дела об оспаривании условий кредитного договора, одно из которых было рассмотрено арбитражным судом, а другое – судом общей юрисдикции.

А) Банк обратился в Арбитражный суд Свердловской области с заявлением о признании незаконным и отмене постановления территориального управления Роспотребнадзора по Свердловской области (далее – управление) от 17.08.2006 № 22/391 о привлечении к ответственности по ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ.

Решением суда первой инстанции в удовлетворении заявления отказано. Изучив кассационную жалобу банка, ФАС Уральского округа не нашел оснований для отмены или изменения решения по делу.

Судом установлено, что основанием для проведения мероприятия по контролю за соблюдением банком законодательства в области защиты прав потребителей послужило заявление гр. Д. о нарушении банком ее прав на получение необходимой и достоверной информации об условиях предоставления кредита. Между банком и гр. Д. был заключен кредитный договор от 23.06.2006 (далее – договор). Согласно п. 2.4 договора для учета задолженности заемщика банк открывает ссудный счет. В силу п.п. 2.5, 9.6, 9.7 договора заемщик обязан уплатить банку комиссионное вознаграждение за открытие ссудного счета в размере 4 % от суммы предоставленного кредита единовременно (при выдаче кредита) и выплачивать ежемесячное комиссионное вознаграждение за обслуживание ссудного счета в размере 2 % от суммы предоставленного кредита в течение срока действия договора. Из положений договора также следует, что без открытия и ведения ссудного счета кредит гражданам не выдается, то есть приобретение услуги по кредитованию обусловлено приобретением услуги по открытию и обслуживанию ссудного счета. Пунктом 7.2 договора предусмотрено, что при досрочном погашении задолженности по договору заемщик обязан в полном объеме уплатить оставшуюся часть суммы комиссии за обслуживание и сопровождение кредита, не погашенную на дату досрочного погашения, что противоречит ст.ст. 810, 819 ГК РФ.

В соответствии со ст. 16 Закона о защите прав потребителей продавцу товаров (работ, услуг) запрещено обусловливать приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением других товаров (работ, услуг). В силу п. 2.1.2 Положения Центрального банка РФ от 31.08.1998 № 54-П "О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)" и по смыслу положений гл. 42, гл. 45 ГК РФ предоставление кредита физическому лицу не поставлено в зависимость от открытия расчетного или иного счета заемщику и не влечет автоматического заключения договора банковского счета. Согласно ст. 30 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 "О банках и банковской деятельности" открытие банковского счета является правом, а не обязанностью заемщика.

В ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ указано, что включение в договор условий, ущемляющих установленные законом права потребителя, влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от ста до двухсот минимальных размеров оплаты труда. Таким образом, выводы суда о нарушении банком положений ст. 16 Закона о защите прав потребителей, ст.ст. 810, 819 ГК РФ и наличии оснований для привлечения банка к административной ответственности являются законными и обоснованными (постановление ФАС Уральского округа от 13.12.2006 по делу № Ф09-11016/06-С1)[1].

В) В ноябре 2007 г. Ц-м районным судом г. Красноярска было рассмотрено дело по иску гр. К. к акционерному коммерческому банку "Е." о признании недействительным кредитного договора. По мнению истца, он заключил с банком договор присоединения на стандартных условиях (ст. 428 ГК РФ), что лишало его возможности высказать свои возражения по отдельным пунктам договора. В частности, в п. 5.1 кредитного договора предусмотрено право коммерческого банка "Е." изменять в одностороннем порядке размер процентной ставки за пользование кредитом в случае изменения Банком России ставки рефинансирования. Кроме того, выдачу кредита банк "Е."обусловил открытием ссудного счета заемщику и взиманием с последнего платы за обслуживание ссудного счета, то есть навязал заемщику дополнительную услугу.

Ответчик иск не признал и пояснил, что кредитный договор не может считаться договором присоединения, поскольку его условия не являются стандартными и одинаковыми для всех заемщиков: банк предлагает различные программы кредитования физических лиц, включая различные процентные ставки, срок предоставления кредита и пр. В соответствии с положением Банка России от 31.07.1998 г. № 54-П «О порядке предоставления (размещения) кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)» открытие и ведение ссудного счета является составной частью кредитного договора; банк не вправе осуществлять предоставление кредита без открытия ссудного счета и последующего его ведения. При заключении кредитного договора гр. К. был ознакомлен со всеми его условиями и возражений не высказывал.

Суд согласился с доводами ответчика и отказал в удовлетворении иска гр. К., отметив следующие обстоятельства. Применительно к кредитному договору модель договора присоединения не приемлема: условия кредитного договора определяются с учетом финансового положения конкретного заемщика и его возможностей по возврату кредита. Оспариваемый истцом кредитный договор по своей природе является смешанным, соединяющим в себе элементы договора банковского счета и кредитного договора. В силу принципа свободы договора стороны вправе заключать смешанные договоры (ст. 421 ГК РФ), следовательно, взимание банком платы за обслуживание ссудного счета является обоснованным. Не противоречит закону и условие кредитного договора, предусматривающее право банка "Е." изменять размер процентной ставки по кредиту в одностороннем

[1] См. также: Постановление ФАС Уральского округа от 08.09.2006 по делу № Ф09-6703/06-С1.

порядке. В соответствии с п. 2 ст. 424 ГК РФ изменение цены после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором.

Изложенные примеры свидетельствуют о том, что суды по-разному определяют баланс между принципом свободы договора (ст. 421 ГК РФ) и защитой интересов экономически слабой стороны (ст. 428 ГК РФ). В результате судебная практика по данной категории дел становится непредсказуемой.

Пресечение недобросовестных условий в договорах с потребителями – одно из наиболее востребованных направлений в деятельности Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Логичным продолжением этой работы могло бы стать принятие специального *Закона о недобросовестных условиях в договорах с потребителями*, содержащего примерный перечень наиболее распространенных несправедливых условий договора.

E.N. Petrova

The managing organization of an economic society: historical-comparative aspect

Е.Н. Петрова

Управляющая организация хозяйственного общества: историко-сравнительный аспект

В статье рассматривается история правового регулирования отношений по привлечению к управлению деятельностью организации другого самостоятельного субъекта. Проводится сравнительное исследование соответствующих положений, существовавших в Римском праве, праве Германии и ряда других государств, а также дореволюционном, советском и современном законодательстве России.

In the article the history of legal regulation of relationships on attraction to management of activity of the organization by other independent subject is considered. The corresponding positions existed in the Roman right, the right of Germany and of some other states, and also the prerevolutionary, Soviet and modern legislation of Russia are investigated and compared.

Участие управляющей организации в управлении хозяйственными обществами в современной России отмечается достаточно часто.

Известно много примеров, когда организации передаются в руки профессиональных управляющих, обладающих не только высококвалифицированным персоналом, но и know-how. Часто управляющие организации привлекаются для вывода предприятия из кризиса[1]. Распространено также осуществление функций единоличного исполнительного органа одного хозяйственного общества другим юридическим лицом незадолго до реорганизации в виде их присоединения или слияния.

Привлечение профессионального управленца для ведения дел другого лица (физического или юридического) имеет давнюю историю.

Известно, что развитие российской правовой системы в X–XIX вв., восприятие ею византийской культуры, православия, духа позднеримского права, а также североевропейских влияний позволяют сделать вывод о вхождении ее в романо-германскую семью правовых систем[2].

Свое историческое и генетическое начало романо-германская правовая семья берет в Древнем Риме, а ее истоки находятся в римском праве[3]. Изучив некоторые источники права того времени, можно сделать вывод, что привлечение хозяином торгового предприятия управляющего для ведения дел было известно еще римскому праву. Например, господин нередко назначал раба управляющим каким-нибудь предприятием[4]. Таким образом, юридическое лицо могло действовать посредством институра, то есть управляющего или приказчика, которому поручалось какое-либо предприятие (лавка) и который тем самым уполномочивался на заключение целого ряда обязательственных сделок[5].

Положение таких управляющих было подробно описано в «Дигестах Юстиниана»[6]. Институром могло быть любое лицо: мужчина, женщина, свободный, раб (не только свой, но и чужой, взятый в аренду или в соответствии с имеющимся на него узуфруктом) (Dig. XIV. 3.7.1.). При этом институр, как лицо, заведовавшее ведением чужих дел (Dig. XIV.3.3.pr), имел право заключать договоры не от собственного лица, а от лица хозяина данного торгового предприятия (Dig. XIV. 3.11.6.). Ответственность по обязательствам нес тот, кто получал выгоду от деятельности институра – хозяин таберны (торгового предприятия, лавки) (Dig. XIV. 3.5.1.).

© Е.Н. Петрова, 2008

Старший преподаватель кафедры гражданского права ЮИ СФУ.
Senior lecturer of Siberian Federal University Law institute chair of civil law.

[1] Семенов А.С., Тарановский Ю.Э. Управляющая компания // Акционерное общество: вопросы корпоративного управления. 2006. № 9 (28). С. 21.

[2] Теория государства и права: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. М., 1998. С. 477.

[3] Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. Т. 2 Теория права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1998. С. 109.

[4] Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 63.

[5] Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000. С. 215.

[6] Дигесты Юстиниана: Пер. с лат. В 8 т. Т. 3: Кн. 12-19 / Отв. ред. Л.Л. Кофанов М., 2003.

Весьма распространено привлечение управляющего в Германии. Выражается это в различных видах представительства: торговое представительство, прокура и пр.[1]

Закон об акционерных обществах ФРГ 1965 г. (§ 76)[2] прямо исключает возможность для юридического лица участвовать в правлении – органе, который осуществляет управление делами и представительство общества вовне. Германский кодекс корпоративного управления 2002 г.[3] также не дает оснований полагать, что полномочия правления могут быть переданы по договору другому юридическому лицу. Однако в уставе акционерного общества может быть установлено, что отдельные члены правления уполномочены представлять общество … совместно с так называемым прокуристом (§ 78 Закона об акционерных обществах ФРГ). Прокура выдается владельцем торгового предприятия или его законным представителем для участия в судебных и внесудебных делах, а также иных юридических действиях, связанных с ведением коммерческой деятельности (§ 48, 49 Торгового уложения Германии[4]). Прокура – особый правовой статус служащего предприятия, предоставление и отзыв которого подлежат занесению в торговый реестр[5]. Заметим, что члены правления с появлением фигуры прокуриста остаются и продолжают свою деятельность, в отличие от ситуации, которая имеет место в российском законодательстве – одновременное осуществление функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества управляющей организацией и физическим лицом – директором не предусмотрено.

В одной из своих работ В.А. Дозорцев писал о неразумности игнорирования опыта тех стран, где имеется долголетняя практика рыночной экономики и ее правовой регламентации. Однако использование этого опыта должно проходить с учетом наших особенностей, определяемых как уровнем развития экономики, так и национальными традициями[6]. В связи с этим отметим, что законодательное признание дееспособности юридических лиц в Гражданском уложении Германии отсутствует. Более того, § 26 ГГУ предусматривает, что правление занимает место законного представителя, что подкреплено положениями § 30 ГГУ[7]. Однако подобная трактовка положений ГГУ подвергается сомнению. Так, «в настоящее время и в доктрине, и в практике правление квалифицируется не как представитель, а как орган, обладающий фактически неограниченными полномочиями на представительство союза вовне»[8].

Российское же гражданское законодательство, наука, а также арбитражная практика преимущественно исходят из обратного: орган юридического лица не является его представителем. Следовательно, и управляющую организацию как лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа, рассматривать в качестве представителя хозяйственного общества нецелесообразно.

Обратимся к законодательству других европейских стран для поиска примеров привлечения управляющих в целях руководства текущей деятельностью юридических лиц.

Так, § 197 Закона о хозяйственных обществах Венгрии предоставляет право юридическим лицам, которые не являются участниками товарищества с ограниченной ответственностью, управлять его делами по решению общего собрания участников такого товарищества[9].

В Италии, например, акционерное законодательство предусматривает единственный орган управления – правление директоров, избираемое акционерами на срок до трех лет. В небольших

---

[1] Подробнее см.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1997. С. 93–100.

[2] Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: Сборник зарубежного законодательства / Под ред. В.А. Туманова. М., 1995. С. 113.

[3] http://arbitr.msk.ru

[4] Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах: Пер. с нем. / Сост. В. М. Бергманн. 2005. С. 28.

[5] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1997. С. 97.

[6] Дозорцев В.А. Тенденции развития российского гражданского права при переходе к рыночной экономике // Международная научно-практическая конференция «Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы». Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов. М., 1994. С. 20.

[7] Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Германскому уложению: Пер. с нем. / Под ред. А.Л. Маковского. М., 2004. С. 3–4.

[8] Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. М., 1993. С. 90.

[9] Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: Сборник зарубежного законодательства. М., 1995. С. 57.

акционерных обществах обязанности по управлению могут быть возложены на одного директора. Специализация управленческих функций обеспечивается путем назначения правлением директоров профессионального управляющего директора и исполнительного комитета, которым и вверяется обязанность по повседневному руководству делами акционерного общества[1].

В соответствии с законодательством Англии единственным органом, на который возлагается обязанность осуществлять управление компанией, является совет директоров[2]. При этом членом совета директоров может быть работник компании или агент[3]. Все члены совета директоров не являются исполнительными директорами. Они занимаются лишь общими стратегическими вопросами развития компании, выполняют контролирующие и консультационные функции в отношении исполнительных директоров. В качестве исполнительного директора назначается лицо (физическое или юридическое) для ежедневного сопровождения деятельности компании. Оно должно быть профессионалом в области той сферы бизнеса, которой занимается управляемая компания. Делегирует исполнительному директору полномочия для управления, а также определяет срок такого управления совет директоров[4]. Отношения исполнительного директора и управляемой компании, как правило, оформляются путем заключения контракта на оказание услуг в области управления и консалтинга (дело Multinational Gas and Petrochemical Co Ltd v Multinational Gas and Petrochemical Services LTD [1983])[5]. В литературе даже предлагается образец Agreement by Company to Supply Services of Director (Соглашение компании оказывать услуги директора), разработанный на основе прецедентного права Англии[6].

Произведенный обзор положений иностранного законодательства свидетельствует о том, что поиск в зарубежном праве примеров регулирования отношений, аналогичных тем, которые возникают между российскими хозяйственным обществом и управляющей организацией, представляется мало перспективным.

Полагаем, что привлечение профессионального управляющего для ведения дел юридического лица не является новеллой для российского законодательства.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. допускал возможность управления торговыми или промышленными предприятиями в рамках договора поручения (ст. 261).

М.Н. Израэлит, описывая правовое регулирование деятельности акционерных обществ в советский период, отмечал особый (отличный от органов общества) статус директора-распорядителя, которому передавались полномочия правления по заведыванию управлением делами акционерного общества. При этом возможность назначения директора-распорядителя должна была быть специально предусмотрена уставом общества[7]. Директор-распорядитель утверждался общим собранием акционеров. Третьи лица вправе были предполагать, что он обладает всеми полномочиями исполнительного органа акционерного общества[8].

В настоящее время в России возможность привлечения одного юридического лица для осуществления управления другим юридическим лицом или имуществом предусмотрена многочисленными нормативными правовыми актами[9].

---

[1] Акционерное общество и товарищество с ограниченной ответственностью: Сборник зарубежного законодательства. М., 1995. С. 57.

[2] Кибенко Е.Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. Киев, 2003. С. 207.

[3] Агентом называется любое лицо, имеющее право действовать от имени компании, но не состоящее с ней в трудовых отношениях (Berwin S J. Cases and Materials in Company Law. University of Cambridge, 2004. P. 177).

[4] Кибенко Е.Р. Указ. соч. С. 153; Berwin S J. Cases and Materials in Company Law. University of Cambridge, 2004. P. 246.

[5] Berwin S J. Указ. соч. P. 317.

[6] Контрактное право. Мировая практика: Собрание документов: В 3 т. Т. 1. Сделки / Под ред. Г.В. Петровой. М., 1992. С. 47, 255.

[7] Израэлит М.Н. Акционерные общества. М., 1927. С. 45.

[8] Аксенчук Л.А. Гражданско-правовое положение индивидуального предпринимателя в сфере управления чужим имуществом: дис… канд. юрид. наук. М., 2002. С. 28–29.

[9] См., напр.: Гражданский кодекс РФ (часть первая) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; Жилищный кодекс РФ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть1). Ст. 14; Федеральный закон РФ «Об акционерных обществах» от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 1; Федеральный закон РФ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 7. Ст. 785; Федеральный закон РФ «Об ипотечных ценных бумагах» от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2003. № 46. Ст. 4448; Федеральный закон РФ «О жилищных накопительных кооперативах» от 30 декабря 2004 г. № 215-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1. Ст.

Вместе с тем полагаем, что, несмотря на схожесть терминологии, употребляемой в указанных нормативно-правовых актах («управляющая организация», «управляющая компания», «управляющий»), необходимо различать случаи, когда управляющая организация (компания) или управляющий осуществляют деятельность по управлению имуществом (например, управление инвестиционными резервами акционерного инвестиционного фонда, управление имуществом многоквартирного дома, управление инвестиционными портфелями фонда по обязательному пенсионному страхованию), и случаи, когда управление производится в отношении юридического лица (например, управление, осуществляемое головной компанией холдинга, либо государственной корпорацией «Агентство по страхованию вкладов», когда она выступает в качестве конкурсного управляющего либо управляющей организацией в соответствии с договором на осуществление функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества).

На основании проведенного исторического анализа мы приходим к выводу о том, что практика обращения к помощи управляющего для осуществления эффективного текущего руководства юридическим лицом была известна еще во времена римского права. В настоящее время наблюдается многообразие форм осуществления этого управления, одной из которых и является осуществление управляющей организацией функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества.

41; Федеральный закон РФ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1999. № 9. Ст. 1097; Федеральный закон РФ «О негосударственных пенсионных фондах» от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1998. № 19. Ст. 2071; Федеральный закон РФ «О банках и банковской деятельности» от 2 декабря 1990 г. № 395-1 // Собрание законодательства РФ. 1996. № 6. Ст. 492 и др.

I.D. Pavlova

Legal regulation of external economic transactions in Russian Federation and Chinese People's Republic

И.Д. Павлова

Правовое регулирование внешнеэкономических сделок в праве КНР и РФ

В данной статье рассматриваются основные вопросы внешнеэкономических сделок между хозяйствующими субъектами КНР и РФ в сравнительно-правовом аспекте. Раскрыты основные сходства и отличия в отношении таких вопросов, как субъекты внешнеэкономических сделок, применимое право. Кроме того, отдельно освещены вопросы рассмотрения внешнеэкономических споров преимущественно применительно к китайскому арбитражу.

The given article considers the main issues on foreign economic transactions between economic entities of CPR and RF through a comparative law aspect. By this means the main similarities and differences in relation to such matters as entities of foreign economic transactions, applied law are revealed. In addition, issues on foreign economic disputes settlements mainly applied to the Chinese arbitration are highlighted seperately.

РФ и КНР, являясь соседними государствами, всегда поддерживали отношения как на государственном уровне, так и на уровне частных компаний. В новом тысячелетии сотрудничество двух стран приобретает все новые аспекты и черты, прежде всего, с точки зрения торгово-экономических отношений хозяйствующих субъектов двух стран. Безусловно, бурное развитие торгово-экономических связей между хозяйствующими субъектами (предпринимателями, юридическими лицами) КНР и РФ является положительным явлением. Но при заключении очередного договора возникает ряд специфических вопросов, свойственных внешнеэкономическим сделкам: таможенные формальности, выбор валюты контракта, применимое право и т.п.

Одним из ключевых вопросов является признание сделки внешнеэкономической. Ни российское, ни китайское законодательство не содержит легального определения внешнеэкономической сделки. Однако оба государства являются участниками Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.[1], в которой прямо закреплен основной критерий, позволяющий квалифицировать сделку как внешнеэкономическую – место нахождения коммерческих предприятий сторон на территории разных государств.

Отдельного внимания заслуживает круг субъектов внешнеэкономических сделок. Если в РФ на этот счет нет ограничений, то в Китае для ведения внешнеторговой деятельности до недавнего времени действовал разрешительный порядок, то есть необходимо было получить разрешение компетентного органа Госсовета по вопросам внешней торговли и внешнеэкономического сотрудничества. Об этом говорилось в ст. 9 Закона КНР о внешней торговле в ред. 1994 г., однако в декабре 2001 г. с вступлением Китая в ВТО ситуация в корне поменялась, поскольку Китай взял на себя обязательства отменить указанную норму в течение трех лет со дня вступления в ВТО. В итоге 1 июня 2004 г. вступила в силу новая редакция закона КНР «О внешней торговле»[2], которая отменила необходимость получения разрешения Госсовета. Кроме того, право ведения внешнеторговой деятельности также получили физические лица при условии регистрации в качестве предпринимателей. Ранее же физические лица, а также фирмы, не имеющие разрешения, могли выступать лишь в качестве агентов тех компаний, у которых это разрешение имелось.

Центральным вопросом в правовом регулировании любого внешнеэкономического контракта является выбор применимого права. В законодательстве и практике РФ такой институт, как автономия воли сторон, под которым понимается возможность выбрать применимое право самими сторонами контракта, признается еще с практики ВТАК 30-х гг. прошлого столетия. На законодательном уровне он впервые был закреплен в ГК РСФСР 1964 г., и на сегодняшний день принципу автономии воли

© И.Д. Павлова, 2008
Ассистент кафедры конституционного и международного права ЮФ БГУ (Улан-Удэ).
Junior lecturer of BSU LI chair of constitutional and international law (Ulan-Ude).

[1] Венская конвенция о договорах международной купли-продажи. Комментарий. М.: Изд-во Брид. лит., 1994.
[2] www.china-Hong-kong-lisi/

сторон также посвящена отдельная статья 1210 ч. 3 ГК РФ, содержащая детальное регулирование этого вопроса.

Если проследить за историей развития принципа автономии воли сторон в российском законодательстве, то видно, что по сравнению с просто изначальным признанием такого права за сторонами сегодня мы уже имеем развернутое содержание этого принципа. Например, стороны могут выбрать применимое право как при заключении договора, так и в последующем. Кроме того, они могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей.

Принцип автономии воли сторон является практически общепризнанным среди большинства государств, и КНР не исключение. В ст. 126 Закона КНР «О договорах» (1999 г.)[1] прямо предусмотрена возможность сторон выбрать применимое к их договору право. Однако более детальное регулирование, как в ГК РФ, отсутствует.

В случае если стороны не избрали применимое право, то как по российском праву, так и по праву КНР применяется закон той страны, с которой договор наиболее тесно связан. В РФ развитие коллизионного регулирования в части внешнеэкономических сделок происходило по следующей схеме: закон места заключения сделки – закон страны продавца – закон наиболее тесной связи. Таким образом, при применении российского законодательства в каждом отдельном случае решается вопрос о том, к какому правопорядку тяготеет возникшее отношение. Учитывая, что принцип наиболее тесной связи берет свои истоки в англо-саксонской правовой системе, которой традиционно свойственно отсутствие жестких коллизионных привязок, то закрепление в праве КНР принципа наиболее тесной связи свидетельствует, прежде всего, о том, что в отношении правового регулирования внешнеэкономических сделок Китай воспринимает общемировые тенденции с достаточной быстротой и легкостью.

Если сравнивать закон наиболее тесной связи, закрепленный в РФ и КНР, то опять-таки в ГК РФ ст. 1211 содержится более подробное регулирование, в то время как в КНР присутствует лишь указание на применение данного принципа. С другой стороны, если проанализировать положения ст. 1211 ГК РФ, в которой столь подробно расписаны все возможные случаи, что понимается под наиболее тесной связью, то становится очевидно, что это, в свою очередь, отголоски тех самых жестких коллизионных привязок, еще совсем недавно существовавших в российском законе. Так, правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. И далее же уточняется, что такой стороной, как правило, является продавец в договоре купли-продажи и т.д. И несмотря на то, что подобные определения сопровождаются рядом оговорок, на практике суды наиболее охотно используют все ту же коллизионную привязку к закону страны продавца. Что касается КНР, то здесь отсутствие каких-либо уточнений по поводу того, что понимать под наиболее тесной связью с тем или иным правопорядком, предоставляет большую свободу судьям для изучения тех самых условий и существа договора и фактических обстоятельств, позволяющих выявить подлежащий применению правопорядок. Несмотря на то, что в Пояснениях Верховного народного суда[2] сделана попытка ориентироваться на концепцию решающего исполнения, тем не менее закон наиболее тесной связи, безусловно, играет наиболее решающую роль.

Другим не менее важным вопросом является рассмотрение внешнеэкономических споров между хозяйствующими субъектами КНР и РФ. Как известно, спор может быть предметом разбирательства как в государственном суде, так и в международном коммерческом арбитраже. Среди институционных арбитражей в Китае наиболее известным органом является Китайская комиссия по международной экономике и торговому арбитражу[3] (далее по тексту – Комиссия по арбитражу). По своей значимости и авторитету Комиссия по арбитражу приравнивается к Международной торговой палате и Стокгольмской торговой палате.

Как известно, для того чтобы внешнеэкономический спор рассматривался международным арбитражем, сторонам необходимо заключить арбитражное соглашение[4]. В Китае к арбитражному

[1] www.ngls.net/contract.php

[2] Пункт 6 Пояснений Верховного народного суда по некоторым вопросам применения закона о внешнеэкономическом договоре

[3] China International Economic and Trade Arbitration Comission (CIETAC)

[4] Арбитражное соглашение может быть в виде отдельного соглашения или в виде одного из пунктов договора, а

соглашению предъявляются практически аналогичные требования, как и в РФ. Так, соглашение должно быть заключено в письменной форме. Кроме того, в законе об арбитраже закреплено, что недействительность договора не влечет недействительность арбитражного соглашения, то есть последнее не зависит от договора (ст. 19 Закона КНР «Об арбитраже»). В общемировой юридической теории и практике независимость арбитражного соглашения может также выражаться в том, что стороны могут подчинить правовое регулирование самого арбитражного соглашения праву того или иного государства. В законодательстве Китая прямо об этом не указано, но анализ китайского законодательства по международному частному праву[1] позволяет сделать вывод о том, что арбитражный орган при рассмотрении данного вопроса признает данный выбор правомерным, но, конечно, в той мере, в какой применимое к арбитражному соглашению право не нарушает публичный порядок КНР. Основной предпосылкой для такого подхода является, прежде всего, тот факт, что в КНР признается автономия воли сторон при выборе применимого права к внешнеэкономическому договору. Более того, в настоящее время в международном частном праве Китая наблюдается тенденция отхода от привязывания к национально-правовой системе к регулированию, прежде всего, международными нормами, что обусловлено как тем, что КНР вступил в ВТО, так и тем, что по темпам своего сегодняшнего развития данное государство занимает довольно прочные позиции на общемировом пространстве.

Что касается права, применимого при рассмотрении спора с участием российских предпринимателей в арбитраже КНР, то как уже было указано, в Китае признается автономия воли сторон внешнеэкономического договора. В таком случае, если российская сторона при заключении договора или впоследствии настояла на применении российского права, то при рассмотрении спора в арбитраже КНР будет проще в том плане, что российская сторона будет осведомлена о содержании норм российского права. Однако, поскольку на практике довольно часто стороны не предусматривают применимое право, данный выбор приходится делать арбитражу. Здесь стоит отметить то обстоятельство, что с точки зрения российской стороны наиболее приемлемо разбирательство именно в арбитражном органе, нежели в народном суде. Причины следующие: закрепление закона наиболее тесной связи в законодательстве на практике приводит к тому, что судьи обладают немалой степенью судейского усмотрения, когда от каждого конкретного судьи зависит, что понимать под правом, наиболее тесно связанным с договором. Здесь наиболее вероятны две возможные ситуации: 1) российская сторона – покупатель, китайская сторона – продавец. В данном случае народный суд, опираясь на китайское коллизионное законодательство, применит китайское право как право страны продавца (п. 6 Пояснения Верховного народного суда по некоторым вопросам применения закона о внешнеэкономическом договоре). Необходимо учитывать, что на данный момент китайское гражданское законодательство не кодифицировано, а также возможны проблемы с переводом китайского законодательства. Более того, представителями стороны в народном суде могут быть только граждане КНР; 2) российская сторона – продавец, китайская сторона – покупатель. Здесь теоретически возможно применение российского права, но опять-таки на практике сразу возникают вопросы установления содержания российского права как иностранного по отношения к КНР, а возникающие проблемы с установлением содержания и применением российского права приводят в конечном счете к применению китайского законодательства.

Если же стороны предусмотрели обращение в арбитраж КНР, то у российской стороны сразу прослеживаются такие преимущества по сравнению с рассмотрением в народном суде, как: 1) возможно договориться об использовании русского или английского языков при рассмотрении дела; 2) арбитрами могут быть назначены не только граждане КНР, но и других стран, в том числе РФ; 3) представителями российской стороны могут выступать российские граждане (или граждане любого другого государства). Кроме того, арбитраж не так зависит от национального законодательства, как государственные суды.

Некоторые вопросы могут возникнуть и после принятия решения арбитражным органом. Несмотря на то, что решение арбитража является окончательным, то есть его нельзя оспорить в государственном суде, тем не менее по некоторым основаниям его можно отменить, подав соответствующее заявление в народный суд. Основания отмены решения: отсутствие арбитражного соглашения;

также может заключаться и после возникновения спора.

[1] Закон 1995 г. «Об арбитраже», Закон 1991 г. «О гражданской процедуре», Закон 1999 г. «О договорах», Общие положения гражданского права 1986 г. // www.uglc.net/contract.php

состав арбитражного суда или процедура арбитража противоречат положениям законодательства; соответствующие доказательства по месту принятия решения фальсифицированы; противоположные стороны скрывали доказательства, которых было достаточно, чтобы повлиять на справедливое принятие решения; арбитражный судья в ходе данного арбитражного дела при принятии решения был подкуплен, имел корыстные намерения или нарушал законодательство. Однако здесь надо иметь в виду то обстоятельство, что в народных судах Китая представителями стороны могут быть только граждане КНР, и если российская сторона считает, что арбитражное решение подлежит отмене, то придется прибегнуть к помощи китайских адвокатов.

Но самая главная проблема заключается в исполнении решения арбитража. Данная проблема касается решений международных арбитражей во всем мире, и в КНР в том числе. Не заостряя внимания на этой теме (поскольку она заслуживает отдельного детального рассмотрения), стоит отметить, что КНР, как и РФ, участвует в Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений[1], в которой закреплены основные принципы и положения относительно данного вопроса. Что касается китайского законодательства, то в законе «Об арбитраже» в ст. 72 прямо закреплено, что если сторона требует исполнения вступившего в законную силу решения, принятого арбитражной комиссией, а имущество другой стороны находится за пределами территории КНР, то стороне следует прямо обратиться за признанием решения и его исполнением в зарубежный суд, в чьей юрисдикции находится данная собственность. Российской стороне внешнеэкономического договора в данном случае не стоит упускать данное положение в случае наличия у противоположной стороны каких-либо активов на территории РФ. Если же этого нет, то остается только обратиться в народный суд КНР среднего звена через китайских посредников.

Мы рассмотрели лишь наиболее основные вопросы, связанные с внешнеэкономическими сделками на российско-китайском пространстве. В целом развитие правового регулирования внешнеэкономических сделок как в праве РФ, так и в КНР имеет в основном положительные тенденции в связи с тем, что изменяется законодательство обеих стран в части внешнеторговой деятельности, а вместе с ним и практика ведения внешнеторговой деятельности между двумя странами, что в конечном счете способствует еще большему укреплению отношений между Китаем и Россией.

[1] Международное частное право: сб. документов / под. ред. К.А. Бекешева. М.: Изд-во “Бек”, 1997.

A.V. Shipova

On the matter of the proper external commercial obligations execution concept

А.В. Шипова

К вопросу о понятии надлежащего исполнения внешнеторговых обязательств

Предметом исследования настоящей статьи стали особенности правового регулирования внешнеэкономической деятельности, и в частности, особенности исполнения экономическими агентами внешнеторговых обязательств, анализ которых позволил дать определение понятия надлежащего исполнения внешнеторговых обязательств.

The article is devoted to the special law regulation of the foreign commerce, in particular, to peculiarities of foreign commerce contracts performance, which are used as the ground in defining the notion of due performance under foreign commerce contracts.

Исполнение обязательств, возникших из предпринимательских договоров, обладает определенной спецификой, обусловленной особенностями рассматриваемого сектора гражданско-правового оборота и своеобразием опосредующих предпринимательскую деятельность правовых (договорных) форм.

Легальное определение понятия «предпринимательская деятельность» дано в п. 1 ст. 2 ГК РФ. В.С. Белых справедливо указывает, что легальная формулировка предпринимательства не отличается достаточной определенностью и допускает различные толкования[1].

По обоснованному мнению В.С. Белых, предпринимательская деятельность, в сфере которой заключаются и исполняются гражданско-правовые обязательства, представляет собой совокупность целенаправленных, систематических действий, совершаемых самостоятельно на свой риск (своим иждивением под личную имущественную ответственность) лицом, зарегистрированным в качестве предпринимателя, в целях удовлетворения потребностей конкретных потребителей и общества, а также получения систематической прибыли посредством создания и ведения собственного бизнеса, дела (продажа товара, выполнение работ, оказание услуг) [2].

Предпринимательство – это одна из важнейших сфер общественной жизни, относящаяся к частно-публичным отношениям. Сообразуясь с этим, следует утверждать, что исполнение предпринимательских обязательств также подвержено воздействию публичных и частных начал. Исполнение предпринимательского обязательства – целый комплекс отношений, в которых весьма заметную регулирующую роль играет государство и его органы. Органы государственной исполнительной власти, осуществляя контроль за исполнением предпринимательских обязательств хозяйствующими субъектами, используют всевозможные формы и средства государственно-правового воздействия на экономические отношения и их участников. Таким образом, регулирование хозяйственной деятельности представляет собой государственное воздействие в отношении определенных субъектов хозяйствования с целью недопущения, изменения или прекращения хозяйственной ситуации определенного рода или, напротив, поддержания ее в соответствующем состоянии[3].

Анализ административно–правовых норм о порядке исполнения обязательств за рубежом показывает их схожесть с национальным законодательством по принципиальным вопросам. В зарубежном торговом и хозяйственном законодательстве существуют контрольные меры, которые государственные органы вправе применять по отношению к хозяйствующим субъектам. Например, Закон ФРГ «О внешнеэкономической деятельности» 1961 г.[4] в качестве общего принципа закрепляет, что оборот товаров, услуг и платежей, а также обращение валют и золота в иных сферах экономики по общему правилу осущест-

© А.В. Шипова, 2008

Кандидат юридических наук,старший преподаватель кафедры предпринимательского права УрГЮА.
Candidate of legal sciences, senior lecturer of SEA VPO “Ural State Law Academy” chair of entrepreneurial law.

[1] Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2005. С. 38.

[2] Белых В.С. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в РФ: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 6.

[3] Белых В.С. Там же. С. 12.

[4] Ламперт Х. Социальная рыночная экономика. Германский путь. М., 1993. С. 137–138.

вляются беспрепятственно. Но предусматриваются и ограничения этого принципа для предотвращения вредных последствий для экономики, если такие последствия чреваты мерами, которые могут принять другие страны. Поэтому в случае, если какая-нибудь страна вводит запрет на ввоз товаров из ФРГ или таможенные пошлины, то федеральное правительство может ответить принятием контрмер[1]. Таким образом, любое современное государство создает систему государственно-общественного контроля, элементами которой являются таможенный контроль, валютно-финансовый контроль, контроль за качеством и количеством ввозимых и вывозимых товаров и проч.

В российской юридической литературе выделяют следующие формы государственного воздействия на экономических субъектов: государственное регулирование хозяйственной деятельности и контроль за нею, создание и прекращение субъектами хозяйственной деятельности, планирование[2]. Кроме того, управление экономическими процессами предполагает государственное нормативно-правовое опосредование фактических социально-экономических отношений.

Процедура лицензирования в Российской Федерации – один из интенсивно применяемых методов административного регулирования хозяйственной деятельности юридических лиц. Она предусматривает получение специальных разрешений (лицензий) для занятия отдельными видами деятельности и закреплена в Федеральном законе «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ[3]. В международной торговой практике порядок предоставления разрешений (лицензий) на осуществление экспортных/импортных операций в рамках ВТО регламентируется Соглашением по процедурам импортного лицензирования (ВТО, Уругвайский раунд многосторонних торговых переговоров, 15 апреля 1994 г.)[4]. Согласно Постановлению Правительства РФ «Об утверждении положений о лицензировании в сфере внешней торговли товарами и о формировании и ведении федерального банка выданных лицензий» от 9 июня 2005 г. № 364[5] были утверждены правила лицензирования в сфере внешней торговли товарами. Министерство экономического развития и торговли РФ через свои территориальные органы осуществляет лицензирование в предусмотренных законодательством случаях: при введении временных количественных ограничений на экспорт или импорт отдельных видов товаров; реализации разрешительного порядка экспорта и/или импорта отдельных видов товаров, которые могут оказать неблагоприятное воздействие на безопасность государства, жизнь или здоровье граждан, имущество физических или юридических лиц, государственное или муниципальное имущество, окружающую среду, жизнь или здоровье животных и растений; предоставлении исключительного права на экспорт и/или импорт отдельных видов товаров.

Как видим, условия надлежащего исполнения обязательств закрепляются в диспозитивных и императивных правилах законодательства, что дает возможность участникам избрать наиболее удобный вариант для исполнения. Так, в ст. 309 ГК РФ указано, что «обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями».

Внешнеэкономическая деятельность является подвидом предпринимательской деятельности. При определении последней законодатель пользуется критериями, имеющими конститутивное значение. Во-первых, такая деятельность должна иметь своей целью систематическое получение прибыли и осуществляться на риск хозяйствующего субъекта. Во-вторых, она должна проводиться физическими или юридическими лицами, зарегистрированными в качестве предпринимателей в установленном законом порядке.

Специфика рассматриваемых критериев во внешнеэкономической сфере имеет публичное значение. Так, специфика прибыли лиц, исполняющих внешнеторговые обязательства, обусловлена особенностями предпринимательского сектора гражданско-правового оборота.

Участники хозяйственных отношений осуществляют свою деятельность в целях систематического получения прибыли. Возможность получения прибыли создает заинтересованность субъектов в совершенствовании ее различных сторон. Понятие «прибыль» характеризует финансовые результаты

---

[1] Ламперт Х. Указ. соч. С. 139.
[2] Белых С. В. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. С. 269.
[3] СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3430.
[4] www.vto.ru.
[5] СЗ РФ. 2005. № 25. Ст. 2501.

предпринимательской деятельности. Во внешнеторговой сделке валюта платежа – денежная единица, в которой происходит фактическая оплата товара, – может быть указана в валюте иностранных государств. Одной из целей заключения и дальнейшего исполнения экономическими агентами внешнеторговых договоров является получение валютной выручки (предпринимательской прибыли во внешнеторговом секторе). Своеобразие валютной выручки (объекта государственного валютного контроля) проявляется в административных процедурах внешнеэкономической сферы, таких как: обязательное оформление паспорта внешнеэкономической сделки (ст. 20 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле» от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ[1]), обязательная продажа части валютной выручки на внутреннем валютном рынке РФ (ст. 21 ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»[2]).

Ранее для признания лица участником внешнеэкономических связей было недостаточно того, чтобы претендент обладал статусом экономического агента. Важнейшим требованием к правовому статусу участника внешнеэкономической деятельности являлось обладание специальной (внешнеэкономической) правоспособностью. Специальный характер правоспособности, означающий, что юридические лица вправе заниматься лишь той деятельностью, ради которой они учреждались и которая закреплена в их учредительных документах либо нормативных актах, определяющих статус юридических лиц, сохранился в сфере отдельных видов внешнеэкономических операций (военно-техническое сотрудничество, банковское дело в сфере международных валютно-финансовых отношений, страховое международное дело, инвестиционная деятельность институциональных инвесторов и некоторые виды операций на рынке ценных бумаг). В рассматриваемых случаях профессиональная деятельность осуществляется как исключительная, не допускающая совмещения с иными видами деятельности. Таким образом, вопрос о наличии либо отсутствии внешнеэкономической правоспособности как вида специальной правоспособности решается в рамках более общей проблемы правоспособности коммерческих организаций.

Таким образом, под исполнением предпринимательских обязательств можно понимать совокупность юридически и фактически значимых действий, являющихся объектом управляющего воздействия публичных субъектов и осуществляемых экономическими агентами, имеющими право на занятие предпринимательской деятельностью, направленных на извлечение предпринимательской прибыли, получение иных материальных выгод и (или) на достижение иного полезного эффекта.

«Иной полезный результат» может быть достигнут при вложении инвестиций в некоммерческую деятельность, когда собственников интересует не прибыль, а некий положительный социальный эффект, не определяемый экономическими показателями (рентабельностью, доходностью, прибылью)[3]. Инвестиционная деятельность представляет собой разновидность хозяйственной деятельности, даже если в процессе ее осуществления не преследуется цель извлечения прибыли. А.В. Майфат проводит «отличие инвестирования от финансирования, благотворительности и т.д., где возможен иной результат вложения, в том числе и социальный эффект»[4].

Федеральный закон «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ[5] раскрывает понятие инвестиционной деятельности, под которой понимается вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и/или достижения иного полезного эффекта. Так, в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ 10 мая 2006 г.[6] затрагивались вопросы, касающиеся развития социальной сферы (например, национальный проект «Образование»). В частности, на самом высоком государственном уровне была поддержана инициатива российских предпринимателей в сфере финансирования крупнейших университетов посредством специальных именных фондов

---

[1] СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

[2] С 1 января 2007 года утратил силу ряд положений ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле», в том числе и требование о продаже части валютной выручки на внутреннем рынке. См.: Федеральный закон «О внесении изменений в ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» от 26 июля 2006 г. № 131-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3430.

[3] См.: Бублик В.А. Публично- и частноправовые начала в гражданско-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности: Дис. … д-ра. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 211.

[4] Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: Автореф. дис. … д-ра. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 14.

[5] СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096.

[6] Российская газета. 2003. 17 мая.

развития и формирования системы образовательных кредитов. Данный тезис был конкретизирован в Программе социально-экономического развития РФ на среднесрочную перспективу (2006–2008 гг.)[1]. В п. 5 Программы предусматривается создание условий для повышения инвестиционной привлекательности системы образования путем преобразования образовательных учреждений в новые организационно-правовые формы государственных (муниципальных) автономных учреждений, обладающих большей самостоятельностью в использовании ресурсов и получающих эти ресурсы по результатам своей деятельности.

Внешнеэкономическая деятельность – одна из основополагающих сфер российской экономики. В настоящее время практически нет ни одной отрасли права, нормы которой не были бы вовлечены в сферу юридического регулирования внешнеэкономических связей. При этом международная торговля как составная часть внешнеэкономической деятельности оказывает существенное влияние на национальную экономику.

Правовой режим внешнеторговой деятельности является исключительным, его установление являет собой особую разновидность государственного регулирования экономики. Представляется обоснованной позиция О.А. Григорьевой, которая рассматривает эту исключительность с экономической и правовой точек зрения.

С экономической точки зрения исключительность означает выведение отдельных сфер хозяйствования из-под влияния рыночных (конкурентных) механизмов саморегулирования и введения непосредственного государственного управления этими особыми сферами экономики. С правовой – исключительность выражается, с одной стороны, в предоставлении хозяйствующему субъекту права на осуществление деятельности единолично в пределах товарного рынка (во внешнеторговой сфере до недавнего времени требовалась лицензия на осуществление рассматриваемого вида деятельности), а с другой – в обоснованном ограничении свободы экономической деятельности с целью реализации и защиты публичных интересов[2].

Под государственным регулированием внешнеэкономических связей понимают систему государственных мер, предпринимаемых в интересах государства и общества, стимулирующих внешнеэкономическую деятельность отечественных производителей, их защиту от иностранной конкуренции. Административная деятельность правоприменительных органов по надзору за субъектами права во внешнеторговой сфере включает в себя контроль за соблюдением исполнения обязанности осуществления операций с валютными ценностями (валютных операций), обеспечение обязательной продажи на внутреннем валютном рынке части валютной выручки, полученной экспортерами, экспортный и импортный контроль, контроль за обращением наличной валюты на территории РФ. Так, исполнение обязательств из договора международной купли-продажи и поставки товаров возможно только после прохождения экспортером соответствующих таможенных формальностей (таможенного декларирования внешнеторговых грузов).

Практически все страны мира используют свое законодательство как средство контроля за осуществлением внешнеэкономической деятельности. Конечные цели правового регулирования достигаются только с помощью всей совокупности юридических средств, находящихся в распоряжении государства, а не за счет отдельных из них, например, правовых норм, санкций, субъективных прав и обязанностей, правоотношений и т.д.[3] Особенностью источников правового регулирования внешнеэкономической деятельности является комплексный характер внешнеэкономического законодательства, означающий неоднородность нормативно–правовых актов. Анализ внешнеэкономического законодательства России в историческом аспекте, проведенный В.А. Бубликом[4], показал, что его развитие зачастую отставало от динамики рассматриваемой сферы отношений, осложняя контроль государства за ней.

Внешнеэкономическая деятельность обладает всеми закрепленными в ГК РФ признаками предпринимательства, однако у нее есть и отличительные черты, что обусловливает существенные особенности исполнения экономическими агентами внешнеторговых обязательств.

---

[1] Распоряжение Правительства Российской Федерации от 19 января 2006 г. № 38-р // СЗ РФ. 2006. № 5. Ст. 589.

[2] См.: Григорьева О.А. Правовое регулирование естественных монополий: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 10.

[3] См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов: Издательство Саратовской государственной академии права, 2004. С. 103.

[4] Бублик В.А. Гражданско-правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в РФ: проблемы теории, законотворчества и правоприменения. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 1999.

Важнейшей особенностью исполнения внешнеэкономических обязательств является сложная юридическая природа рассматриваемых правоотношений. На предпринимательские отношения в сфере внешней торговли воздействует комплекс правовых отраслей – конституционного, гражданского, финансового, административного (налогового, таможенного, о валютном регулировании и валютном контроле и проч.). Деятельность во внешнеэкономической сфере в определенных случаях является основанием возникновения административных правоотношений. Например, прекращение надлежащим исполнением обязательств из внешнеторгового контракта и получение экспортером валютной выручки влечет возникновение внешнеэкономических налоговых правоотношений и отношений по обязательной продаже части валютной выручки на внутреннем валютном рынке, которые не регулируются гражданским правом.

Отношения сторон на стадии исполнения внешнеторговых обязательств регулируются как гражданским правом, так и нормами иной отраслевой принадлежности. В научной литературе отмечается, что «в современный период практически невозможно найти сколько-нибудь значительную область экономики и иные сферы жизни, в которых гражданско-правовые нормы действовали бы вне кооперации с нормами других отраслей права … комплексность, бывшая на первых этапах развития права в значительной мере спорадическим явлением, ныне становится доминирующей чертой правового механизма…»[1]. Так, моментом возникновения обязанности по уплате таможенных платежей считается момент поступления импортируемых товаров для таможенной очистки. К таможенным платежам относятся ввозная таможенная пошлина (Закон РСФСР «О таможенном тарифе» от 21 мая 1993 г. № 5003-I[2]); вывозная таможенная пошлина; налог на добавленную стоимость, взимаемый при ввозе товаров на таможенную территорию РФ (гл. 21 Налогового кодекса РФ[3] (далее – НК РФ)); акциз, взимаемый при ввозе товаров на таможенную территорию РФ (гл. 22 НК РФ); таможенные сборы (гл. 33.1 ТК РФ).

Сказанное позволяет определить надлежащее исполнение внешнеторговых обязательств как совокупность осложненных наличием международного или иностранного элемента юридически и фактически значимых действий по межгосударственному возмездно-эквивалентному обмену товаром и (или) правами на него, являющихся объектом управляющего воздействия соответствующих органов государственной исполнительной власти РФ, регулируемая комплексом норм на национальном уровне – с помошью норм предпринимательского права, применяемых в соответствии с условиями договора в сфере внешней торговли.

[1] Развитие советского гражданского права на современном этапе / Отв. ред. В.П. Мозолин. М.: Издательство «Наука», 1986. С. 35.

[2] Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 23. Ст. 821.

[3] СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

Раздел III

Компаративизм в гражданском процессе

E. Isermann

Die Fursorgepflicht des deutschen Zivilrichters

Э. Изерман

Обязанность судей содействовать сторонам в гражданском судопроизводстве Германии

Статья Эдгара Изермана, президента Верховного суда земли Брауншвейг, посвящена обязанности судей в гражданском процессе содействовать сторонам в осуществлении их процессуальных прав. Проблема содействия, «вспомоществования» со стороны суда тесно связана с пониманием формальной и материальной истины, видением процессуального права как конкретизации конституционного права. Автор озабочен сущностной стороной роли судьи в гражданском процессе – эта проблема исследуется на конкретике «сердца процесса» - устного разбирательства гражданского дела. Как сторона имеет право на объективное и правильное разбирательство дела – так и судья имеет обязанность содействия стороне. Это очень тонкая сфера, требующая высокого профессионализма и особой «правовой гигиены» от суда.

Grundbegriffe: Formelle und materielle Gerechtigkeit, Prozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, rechtliches Gehör, faires Verfahren, Chancengleichheit, richterliche Hinweis- und Aufklärungspflichten, Abgrenzung zur richterlichen Unparteilichkeit, „Rechtshygiene“ im Gericht.

Zusammenfassung: Der Zivilprozess ist unter rechtlichen wie tatsächlichen Gesichtpunkten ein komplexes Instrumentarium zur Beendigung einer streitigen Auseinandersetzung. Er ist nicht nur geprägt von den schriftlichen Ausführungen der Parteien, die den Streitstoff bestimmen. Das „Herz des Verfahrens“ ist die mündliche Verhandlung. Sie stellt an den Richter hohe Anforderungen. Diese Anforderungen beschränken sich nicht auf die autoritäre Ordnungsfunktion und die Wahrung formeller Rahmenbedingungen. Der Richter ist verpflichtet, den Parteien den Weg zur materiellen Gerechtigkeit zu ebnen. Dafür muss er Vorgaben beachten, die sich aus der Verfassung ergeben. Die Parteien haben einen Anspruch auf rechtliches Gehör, auf Fairness im Verfahren, auf Gleichbehandlung und auf eine objektiv willkürfreie Behandlung. Mit diesem Recht der Parteien korrespondieren Pflichten des Richters für sein konkretes Handeln. Ihn trifft eine Fürsorgepflicht gegenüber den Parteien. Diese Pflicht betrifft nicht nur den allgemeinen Umgang mit den Parteien. Sie konkretisiert sich mit Blick auf die Sach- und Rechtslage in Form richterlicher Hinweis- und Aufklärungspflichten. Eine solche Fürsorgepflicht stellt keine Verletzung der Pflicht zur Unparteilichkeit dar. Nur eine kommunikative richterliche Prozessleitung eröffnet den Parteien die Chance, ihre Standpunkte notfalls noch einmal zu verdeutlichen. Mit dieser Form richterlichen Handelns werden sachfremde Überras chungsentscheidungen vermieden und das Schicksal der Parteien nicht der nächsten Instanz überlassen. Die richterliche Fürsorge gegenüber den Parteien fördert die „Rechtshygiene“ vor Gericht.

Grundbegriffe: Formelle und materielle Gerechtigkeit, Prozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, rechtliches Gehör, faires Verfahren, Chancengleichheit, richterliche Hinweis- und Aufklärungspflichten, Abgrenzung zur richterlichen Unparteilichkeit, „Rechtshygiene“ im Gericht.

Zusammenfassung: Der Zivilprozess ist unter rechtlichen wie tatsächlichen Gesichtpunkten ein komplexes Instrumentarium zur Beendigung einer streitigen Auseinandersetzung. Er ist nicht nur geprägt von den schriftlichen Ausführungen der Parteien, die den Streitstoff bestimmen. Das „Herz des Verfahrens“ ist die mündliche Verhandlung. Sie stellt an den Richter hohe Anforderungen. Diese Anforderungen beschränken sich nicht auf die autoritäre Ordnungsfunktion und die Wahrung formeller Rahmenbedingungen. Der Richter ist verpflichtet, den Parteien den Weg zur materiellen Gerechtigkeit zu ebnen. Dafür muss er Vorgaben beachten, die sich aus der Verfassung ergeben. Die Parteien haben einen Anspruch auf rechtliches Gehör,

© E. Iserman, 2008

Президент Верховного суда земли Брауншвейг.
President of Braunshveig Supreme Court.

auf Fairness im Verfahren, auf Gleichbehandlung und auf eine objektiv willkürfreie Behandlung. Mit diesem Recht der Parteien korrespondieren Pflichten des Richters für sein konkretes Handeln. Ihn trifft eine Fürsorgepflicht gegenüber den Parteien. Diese Pflicht betrifft nicht nur den allgemeinen Umgang mit den Parteien. Sie konkretisiert sich mit Blick auf die Sach- und Rechtslage in Form richterlicher Hinweis- und Aufklärungspflichten. Eine solche Fürsorgepflicht stellt keine Verletzung der Pflicht zur Unparteilichkeit dar. Nur eine kommunikative richterliche Prozessleitung eröffnet den Parteien die Chance, ihre Standpunkte notfalls noch einmal zu verdeutlichen. Mit dieser Form richterlichen Handelns werden sachfremde Überras chungsentscheidungen vermieden und das Schicksal der Parteien nicht der nächsten Instanz überlassen. Die richterliche Fürsorge gegenüber den Parteien fördert die „Rechtshygiene" vor Gericht.

Das Amt des Richters ist ein schönes Amt. Es ist ein Amt mit staatlicher Autorität. Der Richter genießt Ansehen und Respekt. Ein besonders schönes Amt ist das des Zivilrichters. Er muss sich nicht mit den problematischen Fällen des kriminellen Unrechts befassen. Im Zivilprozess bestimmen die Parteien den Prozessstoff. Der Richter prüft und verkündet sein Urteil.

Aber ist damit der Berufsalltag des Zivilrichters schon ausreichend beschrieben?

In den Farben der spöttischen Ironie könnte man sich auch folgendes Bild vorstellen:

Auf dem erhöhten Podest des Sitzungssaals thront der Richter. Er ist ausgestattet mit allen Insignien der staatlichen Macht. Mit verschränkten Armen und gleichmütigem Gesichtsausdruck beobachtet er das Prozessgeschehen. Manchmal wirkt er sogar gelangweilt. Vor ihm sitzen die Parteien des Verfahrens und streiten um das, was sie für ihr Recht halten. Sie tragen mit Emotion und Engagement ihre Argumente vor, fachlich unterstützt durch ihre Anwälte. Wenn die Parteien genauer in die Augen des Richters schauen, erkennen sie, wie dieser sie nur noch als Figuren auf dem Schachbrett wahrnimmt. Der Rechtsstreit, der nach den Regeln des Zivilprozessrechts ausgetragen wird, findet mit Angriff und Verteidigung nur noch statt in den Spielzügen, wie sie von einem Schachspiel bekannt sind. Je nach dem Geschick, wie diese Schachspieler ihre Figuren gesetzt haben, beendet der Richter diese Auseinandersetzung und fällt seine Entscheidung zugunsten des einen oder des anderen.

Aber nicht genug mit diesem Szenario. Es kann noch provokanter gezeichnet werden.

Der Zivilrichter gestaltet sich sich seine Arbeit sehr einfach. Er lässt in der mündlichen Verhandlung die Parteien ihre Argumente vortragen. Meist läuft es darauf hinaus, dass sie untereinander lautstark streiten. Der Richter beschränkt seine Wortbeiträge darauf, die Ordnung im Sitzungssaal wiederzustellen und für Ruhe zu sorgen. Ein fachliches Gespräch zum Gegenstand des Prozesses, also zum Verständnis des Sachverhalts oder zu offenen Rechtsfragen, findet weder mit den Parteien noch mit den sie begleitenden Anwälten statt. Der Richter sieht seine einzige Aufgabe in dem Urteilsspruch. Damit ist dieses Verfahren für ihn erledigt. Der Richter kann sich dem nächsten Fall widmen und beruhigt weiter arbeiten.

Auch bei diesem Szenario bleiben aber Fragen:

- Kann ein Richter, der in dieser Weise mit der Monotonie einer Maschine arbeitet, wirklich „in Ruhe" einen Fall nach dem anderen bearbeiten?

- Wird ein Richter, der so arbeitet, dem Ethos seines Berufs gerecht?

- Wird eine Justiz, die so arbeitet, dem gerecht, was die Parteien vom Ablauf eines gerichtlichen Verfahrens erwarten dürfen?

Ich hoffe sehr, dass alle Wissenschaftler und Praktiker, die auf dieser Konferenz vertreten sind und über das Zivilprozessrecht ihrer Länder berichten, mit mir die gleichen Antworten auf diese Fragen geben:

- Das darf so nicht sein.

- Besser noch: Das ist bei uns auch nicht die Praxis.

Über Einzelheiten einer Antwort aus der Sicht des deutschen Zivilprozessrechts und aus der Erfahrung der deutschen Zivilprozesspraxis möchte ich heute zu Ihnen sprechen. Lassen Sie mich unser Verständnis von den Pflichten eines Zivilrichters in 5 Thesen formulieren.

1.These: Das Zivilprozessrecht dient keinem Selbstzweck

Der deutsche Rechtsphilosoph Rudolf von Jehring hat am Ende des 19. Jahrhunderts gesagt: „Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit."

Was wollte er damit zum Ausdruck bringen?

Offenbar wollte er deutlich machen, dass die Freiheit kein Wert ist, der allein aus sich heraus mit Leben gefüllt ist. Freiheit kann nur dann gelebt und praktiziert werden, wenn dafür bestimmte Spielregeln gelten. So ist auch das Prozessrecht zu verstehen.

Der Zivilprozess und die für ihn geltenden Vorschriften der Prozessordnung sollen keinen Selbstzweck erfüllen. Der Zivilprozess dient der Verwirklichung des subjektiven Rechts und das Prozessrecht dient dem Zweck, dem Rechtsuchenden die Verfolgung seiner Rechte zu erleichtern. Die formellen Regeln bieten mit anderen Worten die organisatorischen Rahmenbedingungen. Mit Hilfe des Prozessrechts soll zweckmäßig und schnell eine gerechte Entscheidung herbeigeführt werden. Damit gewinnt der Aspekt des Verfahrens einen besonderen Wert. Ein anderer bekannter deutscher Rechtsphilosoph, nämlich Niklas Luhmann, hat das vor rund 40 Jahren mit einem Buchtitel treffend in die Worte gefasst: „Legitimität durch Verfahren". Damit ist fast alles gesagt.

2. These: Prozessrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht

Selbstverständnis und zugleich Handlungsanleitung einer Gesellschaft spiegeln sich wider in ihrer Verfassung. Die Artikel einer Verfassung beschreiben Vorgaben für das Zusammenleben der Menschen und das Funktionieren der staatlichen Gewalten. Aber Papier ist geduldig. Maßgeblich für die Güte einer Verfassung ist die Verfassungswirklichkeit.

Für unser Thema stellen sich deshalb zwei Fragen: Wo und wie zeigen sich die Wertvorstellungen unserer Verfassung in der Prozessordnung?

Eines der elementaren Prinzipien unserer Verfassung ist das Rechtsstaatsprinzip. Daraus leitet sich das Gebot einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung ab.

Neben dem Recht des Bürgers auf den gesetzlich zuständigen Richter und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz sind für den Zivilprozess folgende vier Verfahrensgrundrechte von vorrangiger Bedeutung:

1. Aspekt: Der Anspruch auf rechtliches Gehör

Dieser Grundsatz ergibt sich nicht nur aus unserer Verfassung (Art. 103 Grundgesetz). Er ist von so hoher Wichtigkeit, dass er auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthalten ist (Art. 6).

Jeder Prozesspartei muss die Möglichkeit zur eigenen Stellungnahme gegeben werden, insbesondere

- zu Äußerungen des Gerichts,
- zu Äußerungen des Gegners,
- zu Beweisergebnissen
- und zu sonstigen Erkenntnissen, die das Gericht verwerten will (etwa zum Inhalt beigezogener Akten).

Aus diesem Anspruch folgt für das Gericht die Pflicht, darauf zu achten, dass die jeweiligen Erklärungen oder Erkenntnisse in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gebracht werden oder der Gegenseite bzw. allen Parteien schriftlich zugegangen sind. Nicht erforderlich ist für das Gericht das Wissen, ob die Partei diese Information dann auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Insofern obliegt es der Partei selbst, von der Mitteilung Gebrauch zu machen oder nicht.

Noch weiter als Pflicht des Gerichts konkretisiert bedeutet dies,

- dass eine Frist zu etwaigen Äußerungen eingeräumt wird, die entsprechend den Umständen angemessen und nicht unzumutbar kurz ist,
- dass begründeten Anträgen auf Fristverlängerung entsprochen wird,
- dass der Ablauf der gesetzten Erklärungsfrist vor einer Entscheidung abgewartet wird
- und dass das Gericht die Erklärungen der Parteien für seine Entscheidung zur Kenntnis nimmt und so weit berücksichtigt, wie sie erheblich sind.

Für die Frage, ob eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegeben ist, kommt es nicht darauf an, ob ein Verschulden des Gerichts vorliegt. Ein Verschulden des Richters fehlt zum Beispiel, wenn er einen Schriftsatz bei der Entscheidung nicht berücksichtigt, der zwar bei Gericht eingereicht war, aber nicht zu den Akten gelangt ist. In einem solchen Fall liegt nur ein allgemeiner Verfahrensfehler vor, der mit dem statthaften Rechtsmittel anzufechten ist.

Nach Ausschöpfung des allgemeinen Rechtswegs ist die Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht oder eine Klage beim Gerichtshof in Straßburg möglich.

2. Aspekt: Der Anspruch auf ein faires Verfahren

Auch dieses allgemeine Prozessgrundrecht ergibt sich nicht nur aus der deutschen Verfassung (Prinzip der Rechtsstaatlichkeit). Es ist ebenso in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention normiert.

Als konkrete Ausprägung bedeutet dieses Recht zum Beispiel,

- dass ein Gericht den Vertrauensschutz beachtet und berechenbar prozedieren muss (Beispiel: kein Abweichung von einer früher geübten Prozesspraxis ohne Vorankündigung)
- dass die Parteien die Möglichkeit der Mitwirkung und Kontrolle zum Ablauf des Verfahrens erhalten (Beispiel: ausreichende Vorbereitungszeit bei komplizierten Verfahren),
- dass eigene Fehler des Gerichts nicht den Parteien angelastet werden (Beispiel: falscher Hinweis zum Instanzenzug).

3. Aspekt: Der Anspruch auf Gleichbehandlung und Waffengleichheit

Dieser Grundsatz gewährleistet nicht nur die formelle Gleichheit der prozessualen Rechtsposition der Parteien. Er soll die durch den Richter zu verwirklichende materielle Gleichwertigkeit im Sinn einer Chancengleichheit aller Parteien garantieren. Zu der erforderlichen fairen Balance zwischen den Parteien gehört die gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang und der Kostenbelastung.

Ein Beispiel ist die Pflicht zur ausgleichenden Verhandlungsführung. Das Gebot der unparteiischen Rechtsanwendung verpflichtet den Richter zum Handeln, wenn ein Anwalt erkennbar einen Fehler gemacht hat. Unter seiner Dummheit darf eine Partei nicht leiden. Es gibt auch typische Fallkonstellationen, welche die Gerichte veranlasst haben, über ihre Rechtsprechung die Möglichkeit der Beweiserleichterung zu entwickeln. Ein Beispiel: Steht fest, dass ein Arzt bei einer Operation nicht nur einen einfachen, sondern einen groben Behandlungsfehler begangen hat, geht die Beweislast für ein fehlendes Verschulden auf ihn über.

4. Aspekt: Der Anspruch auf ein objektiv willkürfreies Verfahren

Das Willkürverbot folgt aus dem Grundrecht der Gleichbehandlung (Art. 3 Grundgesetz). Ob eine Willkür vorliegt, knüpft meist an die Frage an, ob der Richter rechtsfehlerfrei verhandelt oder entschieden hat. Ein Vorwurf der Willkür wird leicht von der Prozesspartei geltend gemacht, die mit ihrem rechtlichen Standpunkt im Verfahren erfolglos geblieben ist. Ich kenne das aus der täglichen Post, wenn mal wieder gegen einen Richter eine Dienstaufsichtsbeschwerde erhoben und argumentativ das Schwert des Willkürvorwurfs geschwungen wird.

Es ist dabei aber zu unterscheiden. Eine Verkennung der Rechtslage, auch ein schwerer Rechtsfehler, ist nur mit dem allgemeinen Rechtsmittel gegen die Entscheidung anfechtbar. Eine fehlerhafte Gesetzesauslegung allein reicht nicht. Eine Willkür kommt nur in Betracht, wenn der Richterspruch unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich deshalb die Vermutung aufdrängt, dass sachfremde Erwägungen maßgeblich waren.

Das ist zum Beispiel der Fall, wenn der Richter ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat oder wenn er trotz streitiger Behauptungen von einer Beweisaufnahme absieht, weil er sich sein Urteil im Stillen bereits gebildet hat. Willkürlich ist es auch, wenn ein Richter aus erkennbarer Bequemlichkeit seine Zuständigkeit verneint und den Rechtsstreit an ein anderes Gericht verweist, obwohl kein rechtlicher Anhaltspunkt dafür gegeben ist und er seine Verweisung auch nicht begründet.

3. These: Aus den allgemeinen Verfahrensgrundrechten folgt die Pflicht des Richters zur prozessualen Fürsorge in Form allgemeiner Hinweis- und Aufklärungspflichten

Einem jeden Rechtsanspruch korrespondiert eine entsprechende Rechtspflicht. Wenn die Partei eines Verfahrens elementare Rechte hat, die zu beachten sind, dann muss dies in der Arbeitsweise des Richters mit Leben gefüllt werden. Es ergeben sich für ihn Pflichten, die sich hier als Fürsorgepflichten erweisen.

Die Parteien sind nicht Objekte richterlichen Handelns. Sie sind Rechtssubjekte. Der Richter hat permanent darauf zu achten, dass die Parteirechte gewahrt sind. Einzelheiten, wie das zu erfolgen hat, sind für den Zivilprozess in den Vorschriften zum Ablauf und zur Gestaltung der mündlichen Verhandlung, insbesondere im Hinblick auf die Vorbereitung der richterlichen Entscheidung näher definiert.

Die oben beschriebenen allgemeinen Grundsätze finden ihre konkreteste Ausprägung jedoch in der Vorschrift des § 139 der deutschen Zivilprozessordnung. Sie ist überschrieben mit dem Begriff „Materielle Prozessleitung“ und ist die zentrale

Vorschrift zum Verständnis des deutschen Zivilprozesses. Ihre Bedeutung erlangt sie vor allem dadurch, dass sie nicht nur detaillierte Anweisungen für das richterliche Handeln enthält, sondern auch das berufliche Selbstverständnis eines deutschen Zivilrichters entscheidend prägt.

Worum geht es bei dieser Vorschrift?

Zwar gilt im Zivilprozessrecht die Maxime, dass die Parteien den Streitstoff bestimmen. Es ist aber Aufgabe des Gerichts, den Rechtsstreit auf die wesentlichen Fragen zu konzentrieren. Dies erfolgt durch die richterliche Prozessleitung. Es geht dabei weder um eine Bevormundung der Parteien noch um eine Aufklärung von Amts wegen. Ebenso wenig geht es um eine Verletzung der Pflicht zur Neutralität und Gleichbehandlung. Vielmehr zeigt die die Wirklichkeit des richterlichen Alltags, dass in vielen Verfahren eine Chancengleichheit erst durch richterliche Hinweise hergestellt wird. Nur auf diese Weise wird der hinter der Verhandlungsmaxime stehende Grundsatz einer Balance der Parteiautonomie zum Tragen gebracht.

Im einzelnen sind hier folgende Aspekte bedeutsam:

1. Aspekt: Der Umfang der Hinweis- und Aufklärungspflicht

Das Gericht muss die Parteien zu einer vollständigen Erklärung über alle erheblichen materiellen und prozessualen Tatsachen veranlassen.

So bedarf es einer richterlichen Hilfe durch entsprechenden Hinweis, wenn eine Partei unklare oder mehrdeutige Ausführungen macht (zum Beispiel bei Widersprüchen zwischen dem Inhalt der Schriftsätze und den Anlagen oder den Erklärungen in der mündlichen Verhandlung). Ein Hinweis muss erfolgen, wenn der Parteivortrag zur Minderung des Mietpreises unvollständig ist, weil nur allgemein vorgetragen wird, die Wohnung sei nicht nutzbar. Es muss dann durch konkrete Nachfrage geklärt werden, in welcher Weise und zu welcher Zeit die Nutzung eingeschränkt war.

Eine in dem Sinn fehlende sog. Substantiierung des tatsächlichen Parteivorbringens ist immer wieder ein Dilemma in den Verfahren. Der Alltag der zivilrichterlichen Arbeit ist im weit überwiegenden Teil nur der Klärung des Sachverhalts gewidmet, weshalb die richterliche Aufklärung eine so wichtige Rolle einnimmt.

Das Gericht muss auf die Sachdienlichkeit gestellter Prozessanträge hinwirken (zum Beispiel die Frage nach einem Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils, wenn eine geladene Partei nicht erscheint) oder auf richtige Sachanträge (zum Beispiel bei Unklarheiten im Hinblick auf eine Zwangsvollstreckung).

Es gehört auch zur Fürsorgepflicht des Richters, dass ein nachlässiges Verhalten einer Partei kompensiert werden muss. Will das Gericht zum Beispiel einen bestimmten Verhandlungstermin aufrecht erhalten und auf seiner Grundlage entscheiden, obwohl eine Partei sehr kurzfristig und ohne Verspätung noch einen wichtigen Zeugen benannt hat, dann ist das Gericht gehalten, die erfolgreiche Ladung notfalls sogar telefonisch zu versuchen.

2. Aspekt: Das Verbot der Überraschungsentscheidung

Macht das Gericht einen solchen Hinweis, ersetzt es nicht den Parteivortrag. Es trägt vielmehr dazu bei, unnötige Rechtsmittel zu vermeiden. Die Vorschrift des § 139 ZPO will neben der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens also insbesondere gewährleisten, dass der Streitstoff klargestellt ist, dass die Prozessparteien wissen, um was es geht und sie sich notfalls noch vor der richterlichen Entscheidung ausreichend erklären können. Erst dann hat der Richter die sachgerechte Grundlage, um sich zugunsten der einen oder der anderen Partei zu entscheiden. Geht er von einem mangels Hinweis unklaren Sachverhalt aus, kann er nur ein falsches Urteil treffen, weil seine rechtlichen Überlegungen ohne zutreffende tatsächliche Grundlage bleiben. Ein Richter, der so arbeit, geht sehenden Auges in die Richtung einer falschen Entscheidung.

Will er das wirklich? Und darf er das?

Mehrere Gesichtspunkte können im Rahmen der Hinweispflicht eine Rolle spielen.

Es kann dabei um rechtliche Gesichtspunkte gehen,

- zum Beispiel um eine Änderung der rechtlichen Einschätzung gegenüber
einer früher geäußerten richterlichen Ansicht in diesem Verfahren oder gegenüber der Vorinstanz,
- oder um die Frage der Auslegung eines vorgelegten Vertrags.

Es kann ferner um tatsächliche Gesichtspunkte gehen,

- zum Beispiel dann, wenn entscheidungserhebliche Dinge übersehen
- oder von der Partei anders als vom Gericht für unerheblich gehalten wurden.

Eine Verletzung der prozessualen Fürsorgepflicht ist auch dann gegeben, wenn eine Partei einen richterlichen Hinweis offenbar nicht richtig verstanden hat. Ein solches Missverständnis kann gegeben sein in Fällen von großer rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Komplexität. Dann muss der Richter verdeutlichen, worin das offenbare Missverständnis liegt. Er muss erneut eine Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Trägt die Partei dann allerdings immer noch nicht mit Substanz vor, kann eine Entscheidung ergehen, ohne dass das Gericht einen Fehler begangen hat.

3. Aspekt: Form und Zeitpunkt der richterlichen Hinweise

Richterliche Hinweise sind so früh wie möglich zu erteilen, also immer dann, wenn die Voraussetzungen für die Hinweispflicht erkannt sind. Der Zeitfaktor soll genügend Gelegenheit zu Reaktion ermöglichen.

Ist bereits ein Termin zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt, so kann es sogar nötig sein, die Verhandlung erneut zu eröffnen, wenn dem Richter erst jetzt bewusst wird, dass ein erforderlicher Hinweis während des Verfahrens unterblieben ist.

Erteilte Hinweise sind zu dokumentieren und deshalb aktenkundig zu machen. Die Erteilung des Hinweises kann nur über den Inhalt der Akten bewiesen werden.

In der Praxis größte Bedeutung haben schriftliche Hinweise, die der Richter in Vorbereitung der mündlichen Verhandlung macht. Diese können durchaus umfangreich sein und Rechtsprechungshinweise enthalten, damit der Sinn des Hinweises auch rechtlich untermauert wird. Kommen Hinweise erst in der mündlichen Verhandlung zur Sprache, muss dies im Protokoll verdeutlicht werden.

Bleibt der Hinweis und damit die vom Gericht angestrebte Aufklärung erfolglos, wirkt sich dies auf den Ausgang des Verfahrens aus. Im Urteil wird zum Beispiel erwähnt, dass die Klage erfolglos ist, weil trotz erteilter Hinweise kein entsprechender Parteivortrag erfolgt ist, obwohl dies in der Sache erforderlich war.

4. Aspekt: Abgrenzung von richterlicher Fürsorge und richterlicher Unparteilichkeit

Es gehört zu den schwierigsten Fragen der richterlichen Praxis, eine genaue Abgrenzung zu finden, wann eine richterliche Fürsorge geboten ist und wann die Grenze zur Unparteilichkeit überschritten wird. Das Dilemma gilt auch für sehr erfahrene Richter. Er darf die Parteien mit seiner Entscheidung nicht überrumpeln. Andererseits darf er dem Prozess aber auch nicht eine andere Richtung geben, als es der Autonomie der Parteien entspricht.

Hierbei kann es darauf ankommen, ob schon die Gegenseite auf bestimmte Punkte aufmerksam gemacht hat. Ist das der Fall, verringert das die richterliche Fürsorgepflicht. Diese ersetzt nicht die Eigenverantwortlichkeit der Parteien.

Bestehen Zweifel, ob die Unparteilichkeit gewahrt ist, kann eine Partei den Antrag auf Ablehnung des Richters wegen der Besorgnis der Befangenheit stellen. Dann wird in einem Zwischenverfahren geprüft, ob der Richter an der künftigen Mitwirkung im Verfahren gehindert ist oder nicht.

Von dieser prozessualen Möglichkeit sollte aber nur behutsam Gebraucht gemacht werden.

Dem liegt eine einfache Überlegung zugrunde.

Gerade durch die Tatsache, dass ein Richter die Parteien an seinen tatsächlichen oder rechtlichen Überlegungen teilhaben lässt und diese in der Verhandlung frei äußert, liegt ein Höchstmaß an Unparteilichkeit. Mit einem solchen Verhalten räumt der Richter den Parteien die Möglichkeit ein, ihn mit neuen Argumenten zu überzeugen.

Die richterliche Entscheidungsfindung gehört nicht in die Dunkelkammer der Justiz.

Es ist immer schlecht und zum Nachteil der Parteien, wenn diese erst durch ein Urteil von den wahren Überlegungen eines Richters erfahren. Sie werden dadurch in die nächste Instanz getrieben, obwohl ein Rechtsmittel zu vermeiden war. Eine Transparenz in den wesentlichen Fragen eines Prozesses stärkt die Chance, einen Rechtsstreit in nur einer Instanz zu erledigen.

4. These: Der Richter ist nicht nur ein Urteilsschreiber. Er ist verpflichtet, auch alternative Formen der Erledigung eines Rechtsstreits mit den Parteien zu erörtern.

Das schriftliche Urteil ist die traditionelle Form der Beendigung und Erledigung eines Prozessverfahrens. Im Rahmen ihrer Dispositionspflicht haben die Parteien aber die Möglichkeit, auch auf andere Formen der

Verfahrenserledigung abzustellen. Das können zum Beispiel sein die Klagerücknahme, die Erklärung der Erledigung des Rechtsstreits oder das Anerkenntnis der Klageforderung.

Eine weitere Form der Verfahrenserledigung ist die Möglichkeit, einen Rechtsstreit ohne Abwarten des richterlichen Urteils zu beenden und das Ende einer streitigen Auseinandersetzung durch den Abschluss eines Vergleichs selbst herbeizuführen.

Das Finden einer einverständlichen Lösung geht oft nicht ohne Hilfe des Richters, denn sonst wäre das Verfahren nicht bei Gericht anhängig. Der Richter ist als dritte Person berufen, die Kommunikation unter den Parteien wieder herzustellen und mit Hinweisen zur Sach- und Rechtslage eine Bewegung in die fest gefahrenen Standpunkte zu bringen. Das schließt auch ein, dass der Richter seine vorläufige Einschätzung der Erfolgsaussicht zu einzelnen Punkten mit den Parteien erörtert.

Solche Hinweisen ermöglichen es den Parteien, wieder aufeinander zuzugehen.

Nach deutschem Recht ist § 278 Abs. 1 ZPO die normative Grundlage für ein solches aktives richterliches Handeln. Dort heißt es: „Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein." Als besondere Form sieht das Gesetz die Güteverhandlung vor, die der mündlichen Verhandlung vorausgehen soll (§ 278 Abs.2 ZPO). Die allgemeine Pflicht des Richters, auf eine einverständliche Lösung hinzuwirken, gilt aber für jedes Stadium des Verfahrens.

Ähnliche Vorschriften finden sich in den Prozessordnungen vieler Länder. Eine solche Vorschrift muss aber auch durch Leben ausgefüllt werden. Deshalb muss der Zivilrichter sich klar machen, dass für ihn insoweit ebenfalls eine Fürsorgepflicht gilt.

Die eigene Scheu des Richters vor einer offenen Kommunikation in der mündlichen Verhandlung darf nicht dazu führen, den Parteien die Chance zum Abschluss eines Vergleichs erst gar nicht zu eröffnen. Sonst würde er die Dispositionsmaxime verletzen und sich als Akteur des Verfahrens zu sehr in den Vordergrund bringen.

Neben dem Prozessvergleich wird eine weitere Form der einverständlichen Streitbeilegung immer aktueller: die Mediation. Der Mediator als dritte Person unterscheidet sich vom Richter dadurch, dass er beim Scheitern des Versuchs einer Einigung nicht die streitentscheidende Person ist. Der Mediator moderiert nur und überlässt es den Parteien, selbst eine Lösung zu finden. Er stellt nur das kommunikative Instrumentarium zur Verfügung.

Es sollte zu den Aufgaben eines Richters gehören, auf die Möglichkeiten der Verfahrensunterbrechung und der Einschaltung eines Mediators (gerichtextern oder gerichtsintern – je nach vorhandenem Modell der Mediation) ebenfalls hinzuweisen.

5. These: Die richterliche Fürsorgepflicht fördert die "Rechtshygiene" im Gericht

Mit dieser provokant formulierten These will ich meine Übersicht schließen.

Wenn der Richter sein Amt nur autoritär ausübt, wird er wenig kommunizieren und die Parteien mit ihren Problemen der nächsten Instanz überlassen. Er riskiert bewußt eine falsche Entscheidung, weil er das Risiko außer acht lässt, von falschen tatsächlichen oder rechtlichen Überlegungen auszugehen. Er riskiert damit zugleich, dass sein Urteil von der unterlegenen Partei nicht akzeptiert wird.

Will der Richter aber nicht nur formeller Funktionsträger sein, sondern sieht er seine Rolle darin, einen Beitrag zur materiellen Gerechtigkeit zu leisten, dann wird er ein kommunikativer Richter sein. Aktives und transparentes Handeln werden seine Gerichtspraxis prägen.

Ein solches Berufsverständnis und eine solche Praxis des Zivilprozesses stärken das Vertrauen der Bürger in die Justiz.

Eine in dem Sinn verstandene richterliche Fürsorgepflicht stärkt damit auch das Ansehen der Justiz in der Gesellschaft allgemein.

Transparenz und Akzeptanz fördern den Rechtsfrieden.

T.V. Sakhnova

Klage und Ihres Dasein

Т.В. Сахнова

Иск и его бытие

Статья посвящена сущности иска и его «овеществлению» в современном меняющемся гражданском процессе. В центре внимания – онтологические и гносеологические основы иска, тесно связанные с сущностью цивилистиечского процесса. Историческое развитие иска и теорий о нем преломлено с позиций современных реалий и тенденций судебной защиты. Автор развивает свои взгляды на иск как динамическую категорию, выражающую соотношение субъективного права и вытекающего из него притязания и выражаемую через процессуальные отношения и деятельность заинтересованного лица. Иск – как и процесс в целом – есть определенное соотношении частного и публичного. Какое именно? – этому посвящено исследование автора.

Die Klage ist das Verfahrensschutzmittel – diese Veststellung ist zum Verfahrensaxiom geworden. Es bringt die Klagebestimmung, aber noch nicht das Klagewesen, zum Ausdruck.

Das Verständnis des Klagewesens hat das Verständnis des Zivilprozeßwesens bestimmt – und umgekehrt: das Rechtswesen des Zivilverfahrens wird ohne Appell zur Klage – als ontologische und gnoseologische Zentralkategorie des Gerichtsverfahrens – nicht aufgedeckt. Es ist nicht nötig, diese These nachzuweisen – es ist genug, sich an die Geschichte der Klagetheorie zu richten. Die Vielzahl der Klagekonzeptionen zeugt nicht von “persönlichen Vorzügen” der Wissenschaftler, sondern von der Bestrebung die Äußerung in der Klage der rechtlichen Wirklichkeiten auf verschiedenen Entwicklungsstufen der Doktrin und der Gesetzgebung, der Verhältnissen zwischen dem Bürger und dem Staat zu erfassen. Öffentlichen Besprechungen dieser Probleme sind offenbare Beweisen dafür[1].

In gegenwärtigen Diskussionen dominieren – ziemlich oft – praktische Aspekte der Durchsetzung des Rechts auf Gerichtsschutz. Die Suche der Optimalbilanz zwischen Privatgrundlagen und öffentlichen Grundlagen in der Methoden der Gerichtsverteidigung folgt oft der technologischen Richtung. Manchmal scheint es, daß der Gesetzgeber für die methodologischen und theoretischen Grundlagen des Prozesses nicht besorgt wird. Die gegenwärtige europäische Doktrin ist um die Änderung der Paradeigma der Prozeßerforscherungen (in der Richtung der Beweismethoden) öfter besorgt. Große Aufmerksamkeit schenkt man der Suche der Procedurenmittel der Mitwirkung von verschiedenen Staaten auf dem Gebiet des Gerichtsschutzes. Die Kategorie “Europäisches Zivilverfahren” schafft die Vernunfte mehr und mehr.

Das ist völlig verständlich. Zugleich steht die Frage vom Wesen der Verfahrensschutzmittel heute oft auf zweitem Grund. Das ist nicht rechtgefertigt. Die Wesensprobleme der Klage sind auch die Wesensprobleme des Zivilverfahrens und seiner zukunftigen Bestrebungen. Das sind keine abstrakten Fragen. Meiner Meinung nach, wird die Besprechung der praktischen Schritte auf dem Gebiet der Zivilverfahrensreformierung zum positiven Ergebnis führen, wenn die methodologischen und theoretischen Grundlagen bestimmt sein werden. Die Klageprobleme sind die wichtigsten Probleme in dieser Reihe.

Es ist schwer, die gegenwärtigen Klageprobleme ohne ihren historisch-dogmatische Kontext zu beurteilen. Privatrechtliche, öffentlichrechtliche und gemischte Klagetheorien haben eine allgemeine Gesetzmäßigkeit: die Klage bestimmt man als statische Erscheinung. Das ruft die Systemsschwirigkeiten hervor. Zum Beispiel – bei der Mitwirkung von verschiedenen Rechtssystemen. Ich glaube, daß das heutige Klageverständnis dynamisch sein muss.

Behandeln wir ausfürlicher.

In Klagetheorien zeichnet man gewöhnlich drei Hauptrichtungen – materiell-rechtliches (privatrechtliches), prozessual-rechtliches (öffentlich-rechtliches) und complexes Verständnis der Klage – aus. In seiner Linie

© Т.В. Сахнова, 2008

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой гражданского процесса ЮИ СФУ.

Dr. hab. sc., Prof., Inhaberin des Lehrstuhls für des Zivilprozesses an der Sibirischen Bundesuniversität, Krasnoyarsk, Rußland.

[1] Zum Beispiel: Иск в гражданском и арбитражном процессах: ИГП РАН. Труды №1/2006. – М., 2006; Проблемы иска и исковой формы защиты права: Материалы Всероссийской научно-практической конференции. 15-16 сентября 2005 г. – Краснодар, 2006; Teise i teismine gynyba ir jos realizavimo praktiniai aspektai: Tarp. moksline-prakt. konf. 14-15.09.2006. – Vilnius, 2006.

werden diese Ansichten mit dem Verständnis des Klagerechts und seiner Korrelation mit verteidigtem Subjektivzivilrecht in Zusammenhang gebracht. In jedem Fall wurde die Klage als statische Erscheinung, als bestimmtes Recht (der privatrechtlichen oder der öffentlich-rechtlichen Natur) oder als Bevollmächtigkeit in der Struktur des Subjektivrechts erörtert.

Laut materiell-rechtlicher Auffassung wurde die Klage als verletztes (abgestrittenes) Subjektivzivilrecht von selbst (anders – als materiell-rechtlicher Anspruch) verstanden[1]. Man hat ein Problem nur daran gesehen, ob dieser Anspruch der Bestandteil des verteidigten Subjektivrechts ist – oder exestiert dieser Anspruch zugleich mit dem Subjektivrecht, der sich bei der Strittigkeit des Subjektivrechts absondert. Die Klage hat darum das materiell-rechtliches Wesen. Im Zivilverfahren gibt es kein Klagerecht, und die Klage – wie Rechtsschutz im Verfahren – wurde als Institut des Zivilprozeßrechts gemeint; anders gesagt – als Klageerhebung, als gerichtliche Schutzforderung (Z.B.: B.Windscheid, A. Plosz in Deutschland; M. Gurvitsch in Russland[2]). Die Klage "wird gespaltet". Solche Auffassungen haben die privatrechtliche Ansicht auf das Klagewesen demonstriert. Andere, nämlich: öffentlich-rechtliche, - methodologische Voraussetzungen hat die Prozeßtheorie der Klage gehabt. Das Klagewesen wurde sich als gerichtliche Schutzforderung (d.h. – als rechtliche Forderung zum Staat, zur öffentlichen Macht) bestimmt (Th. Muther war hier als Entdecker, später – H. Degenkolb in Deutschland, A. Wach in Őesterreich, E. Nefedjev in Rußland; im zwanzigsten Jahrhudert – N. Seider, V. Tscheglov, G. Osokina und andere[3]). Zur Entwicklung der Prozeßtheorie hat die Liberalstaatslehre beigetragen[4]. Die methodologische Antinomie zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Auffasungen hat die so genannte Komlextheorie, die in der Mitte des zwanzigsten Jahrhundert geboren wurde, abzunehmen versucht (in Rußland – A. Kleinman, A. Dobrovolskij, A. Melnikov und andere[5]). Die Klage wurde als Ganzheitskategorie, die materiell-rechtlicher Klageanspruch zum Beklagte und prozessrechtliche Schutzforderung zum Gericht umfasst, gemeint. Nehmen wir an, daß das Klageverständnis als zweieinheitliche Rechtserscheinung von bekannten russischen Prozessualist E. Nefedjev noch im Ende des neuenzehnsten Jahrhunderts begründet wurde. Er hat geglaubt, daß das Klage zwei Erscheinungen schließt ein: die Forderung zum Beklagte (Klageanspruch), die (der) an das Gericht gerichtet ist, und die Klägersprozesstätigkeit[6].

In der zweite Teil des zwanzigsten Jahrhunderts wurden die Wesensfragen der Klage aktualisiert. Aber wurde diese Probleme niemand problemlos gelöst[7].

Materiell-prozessrechtliche Doppelheit der Klage hat ihre historischen Wurzeln. Es ist bekannt die im römischen Recht ausgearbeitete Formel: "actio habere – ius habere". Legis actio im römischen Zivilprozeß bedeutet die Ursprünglichkeit der Form. Das Klagerecht ist dem Subjektivrecht primär. Die Forschern im römischen Recht erkennen darum zwei Seite in der Klage: a) formel (Klageerhebung; Anfangsakt des Schutzprozesses), b) materiell (Mittel "der Förderung" des materiell-rechtlichen Wohl, des Subjektivrechts,

---

[1] Dieses Verständnis wurde durch deutschen Doktrin auf dem Boden der römischen Actio ausgearbeitet. – Z.B.: Savigny F. System des heutigen römischen Rechts. 1841. Bd. V; Windscheid B. Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts. Düsseldorf, 1856.

[2] Z.B.: Windscheid B. Op. cit.; Plosz A. Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Leipzig, 1880; Гурвич М.А. Право на иск. М.; Л., 1949.

[3] Muther Th. Zur Lehre von Römischen Actio dem heutigen Klagerechts der Litiskontestation und der Singularsukzesion in Obligationen — Eine Kritik des Windscheidschen Buchs "Die Actio des Römischen Zivilrechts", Erlangen, 1857; Degenkolb H. Einlassungszwang und Urteilsnorm – Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Annerkennungsklagen. Leipzig, 1877; Wach A. Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. 1. Leipzig, 1885; Нефедьев Е.А. Учение об иске. Казань, 1895; Зейдер Н.Б. Элементы иска в советском гражданском процессе // Ученые записки Саратовского Юридического института. Саратов, 1956; Осокина Г.Л. Проблемы иска и права на иск. Томск, 1989; Щеглов В.Н. Иск о судебной защите права. Томск, 1987.
Die Diskussion vom Klagewesen zwischen Windscheid und Muther hat "langen Widerhall" gehabt. Windscheid hat die Bedeutung des materiellen Anspruchs für die Klage und für das Klagerecht betont. Sein Klagerecht war – änlich Savignys Klagerecht – eine Metamorfose des Kreditorssubjektivrechts. Muther hat die Existenz zwei einander correspondirender Rechte publicistischer Natur (Klagerecht als Recht gegen Staat und Recht des Staat gegen den Verletzer) behauptet. Im Gegenteil, hat Plosz die "Doppellheit" des Klagerechts (materielles Klagerecht und formales prozessualisches Klagerecht) unterstrichen.

[4] Z.B.: Jellinek G. Allgemeine Staatslehre. 1914. – Ausfürlich dabei: Klein Fr. Der Zivilprozeß Ősterreichs. Manncheim, Berlin, Leipzig, 1927.

[5] Добровольский А.А. Исковая форма защиты права. М., 1965; Клейнман А.Ф. основные вопросы учения об иске в советском гражданском процессуальном праве. М., 1959; Мельников А.А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе. М., 1969.

[6] Нефедьев Е.А. Учение об иске. Казань, 1895 // Нефедьев Е.А. Избранные труды. Краснодар, 2005. С. 56.

[7] Z.B.: Kengyel M. Rechtsschutzanspruch und Rechtsschutzbedürfnis: Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Pecs, 1987; Kollmann A. Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellen und materiellem Recht. Berlin, 1996.

durch das Verfahren)[1]. “Eine Klage zu erheben” – das hat bedeutet: “geben das Gesuch im Gericht vor der Jurisdiktionsperson wieder” (vrgl. in D.: “postulare autem est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere”[2]).

Für die prozeesuale Klagetheorie war es kennzeichnend, die Klage als die Möglichkeit des Appells an den Staat (nicht an gegenüberliegende Partei) mit der Schutzforderung zu verstehen. Da das Zivilverfahren öffentliche Erscheinung ist, muß die Klage mit der Schutzforderung an den Staat (an das Gericht) verbunden werden. Das Verhältnis der Klage mit dem Subjektivzivilrecht wurde – für das Klagewesen – nicht zu wichtig gemeint. Es war die Folge des Zivilprozeßesverständnis als öffentlich-rechtlicher Erscheinung: das Gerichtsverfahren kann man nicht nur die Privatsache der streitenden Parteien sein; die Rechtsprechung ist Gesellschafts- und Staatssache[3].

Da das Zivilverfahren öffentliche Erscheinung ist, muß die Klage mit der Schutzforderung an den Staat (an das Gericht) verbunden werden. Daran sind die Quellen der “abstrakte” Klagetheorie von Wach, der Theorie der Rechtsfähigkeit als Klaggrunde von Nefedjev, der Therie “Recht auf Recht” von Degenkolb. Die öffentliche Seite der Klage ist vom Bewußtsein der Őffentlichkeit des Zivilprozesses hervorgerufen.

Das Verständnis des Gerichtsverfahren als Rechtsverhältnisse (Bülow war hier Erstens[4]) zwischen dem Staat (im Namen des Gerichts) und den Parteien ist als der Anstoß zur Entwicklung der prozessualen Klagetheorien (später in Rußland – zu verschiedenen Variationen der so genannte “breiten” Klageinterpretation) gedient. Mit dem Begriff “Klage” wurde verbunden: a) die Schutzmöglichkeit nicht nur durch Staats-, sondern auch Nichtsstaatsjurisdictionen (Schiedsgericht, Arbeitschutzkomission); b) die Schutzmöglichkeit nicht nur zivilistischer, sondern auch anderer nach seinem Wesen Rechten, Freiheiten und gesetzlichen Interessen (das ist charakteristisch für den Anhängern der Gerichtsrechtstheorie[5]; zum Beispiel – Idee von Strafklage im Strafprozeß, von Verwaltungsklage im Zivilverfahren).

Verschiedene methodologische Grunde haben die zivilistischen Wurzeln der Klage nicht widergelegt. Eigentlich, das Problem ist in der Bestimmung der Korrelation: “Subjektivzivilrecht-Klage” oder “Klage-Subjektivzivilrecht” bestanden. Anders gesagt, wie sind Korrelatione zwischen der Klage und dem Subjektivzivilrecht? Klage ist, unbestreitbar, “zivilistische” – im ontologischen Sinne. Aber ist die Rechtsschutztätigkeit im Gericht die Folge des – voraussetzenten oder wirklichen – Subjektivrechts – oder die Folge der selben Möglichkeit seine Rechte im Gericht zu schützen (die Folge des Rechts auf Gerichtsschutz)? Diese Antinomie wird durch arithmetische Addition der genannten Meinungen in eine Konstruktion nicht gelöst.

Die die verschiedene Klagetheorien ausgearbeitenden Gelehrten sind sich auf diese Schwierigkeit unvermeidlich gestoßen. Zum Beispiel, M. Gurvitsch hat zuerst die materriell-rechtliche, spaeter – die prozessrechtliche Seite der Klage betont. A. Kleinmann, der Befürworter des einheitlichen Klageeinsichtes, hat von Gurvitsch formulierte Klagedefinition als zu wenig prozessual kritisiert. Er hat geglaubt, daß die Klage in erster Linie die an das Gericht gerichtete Schutzforderung und nur in zweiter Linie – der materiell-rechtliche Anspruch ist. Bestehend die Einheit und die Universalierung der Klage als Gerichtsschutzmittel, ist G. Osokina davon überzeugt, daß die Klage die von der interessierte Person an das Gericht gerichtete Forderung ist. Darum – glaubt sie – kann diese Schutzforderung den materiell-rechtlichen Anspruch in ihrer Struktur nicht einschließen. Gleichzeitig gibt Osokina “zweifache” Existenz des Klagerechts (sowohl im prozessual-rechtlichen, als auch im materiell-rechtlichen Sinn) zu[6]. Meiner Meinung nach, ist solche Korrelation zwischen der Klage und dem Klagerecht unlogisch, auch wenn das Klagerecht als hinsichtlich der Klage ursprüngliche Kategorie zu denken.

Einigen Gelehrten haben hundertjähriger Knoten des Widerspruchs durch das Klageverständnis als die Jurisdiktionstypologie zu zerhauen versuchen[7]. Aber Akzentenänderung ist keiner Problementschluß.

---

[1] Alvarez Suárez. Instituciones de Derecho Romano Privado. P. 151. – Cit. in: Manuel Jesŭs Garsïa Garrido. Derecho privado romano: Casos, acciones, institutions. Madrid, 1998.(auch in russisch: Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 154).

[2] D. III.I.1 Ulp.: 2.

[3] Z.B. bei Jellinek: “ Die einzelnen Rechtsverhältnisse und Rechte geniessen den Schutz nur als Teile, als Zellen dieses Ganzen”; bei Klein: “Der Prozess ist ein Institut des öffentliches Rechtes, und darin ist die Verpflichtung begründet, neben den Privatinteressen auch den höheren Gesellschaftswerten Genüge zu tun”. / Jellinek, G. Allgemeine Staatslehre. S. 257; Klein, Franz. Der Zivilprozeß Ősterreichs. S. 186, 190 ff .

[4] Bülow O. Die Lehre von den Prozesseinreden und der Prozessvoraussetzungen. Aalen, 1969. Reprint 1868-ed.

[5] Z.B.: Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А. Проблемы судебного права. М., 1983.

[6] Vrgl., z.B.: Гурвич М.А. 1) Право на иск; 2) Учение об иске (состав, виды). М., 1981; Добровольский А.А. Исковая форма защиты права; Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967; Осокина Г.Л. Иск (теория и практика). М., 2000.

[7] Alvaro de Oliveira, C.A.. Do Formalismo no Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003; Efetividade e tutela

Die Klage ist mit dem dem Schutz unterliegenden Subjektivrecht verbunden – aber diese Verbindung ist mittelbar: die Klage wird auf den Anspruch (im materiell-rechtliche oder im prozessual-rechtliche Sinn) nicht zurückgeführt. Sie wird durch die Korrelation des Anspruchs und des Subjektivrechts in den Prozeßverhältnissen während des Gerichtsschutzes geäußert. Die Klage ist die Einheitskategorie, aber sie verwirklicht im Verfahren durch die Prozeßtätigkeit der Parteien in der Prozeßverhältnissen mit dem Gericht. Im Zivilverfahren gibt es keine andere Möglichkeit: durch Klage stellt man sich vor Gericht – und diese "Stellung" äußert sich in der prozessuale Tätigkeit und Verhältnissen[1]. Jedoch ist mit der Klage nicht jede Schutzforderung verbunden. Die Bedeutung haben die Entstehungsgründe der Schutzforderung – außer die kann man nicht das Klagewesen und die Klagebesonderheiten zu enthüllen. Historisch wurde die Klage als Schutzforderung des die zivilrechtliche Natur habenden Subjektivrechts, die sich durch bestimmte Prozeßform im Gerichtverfahren verwirklicht, geboren. In diesem Sinn Schutzforderung wird sich als im Gang des Gerichtsschutzes realisierte Handlung verstanden[2].

Durch die Klage verteidigt sich die interessierte Person gegen den Verletzer, aber um Schutz sie bittet den Gericht als Organ von öffentlichen Macht, die zur Schutzesverwirklichung gerufen ist. Das Gericht hat die Verpflichtung auf die Rechtsprechungsverwirklichung nicht nur vor dem Staat, sondern auch vor der Parteien. Es ist durch die Natur des Gerichtsschutzrechts bedingt. Endlich, das Gerichtsschutz ist unmöglich ohne Initiative und Prozeßtätigkeit interessierter Personen.

Ontologisch ist es richtig und wichtig, um in der Klagedefinition ihre Bestimmung (Prozeßschutzmittel durch Prozeßverhältnisse sein) und ihre Entstehung (aus Zivilverhältnisse) zu berücksichtigen. Nicht so wichtig ist die Frage, welche Materie in der Definition auf erste Stelle gestellt wird. Die Klage exestiert ohne Schutzforderung zum Gericht und ohne an gegenüberliegende im Streitzivilverhältnis Partei sich gerichteten zivilistischen Anspruch nicht. Gleichzeitig ist die Klage dem irgendeinen Recht oder der Rechtsbefugnis nicht identisch. Die Klage zeigt sich als das Selbe in der mit der Rechtsverteidigung verbundeten Prozeßtätigkeit. Historisch wurde die Gharakter dieser Tätigkeit durch das Klagevorhandensein bestimmt; das Klageverfahren (und das Zivilverfahren insgesamt), die Prozeßform sind von der Klage geboren und sie selben sind auf Klageentwicklung eingewirkt.

Die Klage ist mit im breiten Sinn zivilistischen Verhältnis eng verbunden; sie war aus dem Zivilverhältnis "aufgewachsen". Die gegenwärtige Wirklichkeiten sind so, daß nicht nur das Subjektivzivilrecht im engen Sinndurch, sondern auch die zivilistischen Interessen der öffentlichen und unbestimmten Subjekten durch die Klage verteidigt wurden. Auf jeden Fall ist es wichtig für die Auswertung der Klagekonstruktion zwei Bestandteile zu berücksichtigen: a) Vorhandensein des Rechtsstreites (oder Streites über gesetzlichen Interessen); b) zivilistische Natur der strittigen Interessen.

Die Klage ist das Prozeßschutzmittel des Subjektivzivilrechts oder der Rechten und gesetzlichen Interessen vom zivilistischen Wesen beim Vorhandensein des Streits. Durch öffentlichen Anliegen (die Forderung zum Gericht) ist der Kläger ihren Privatrecht (oder Privatinteresse) zu verteidigen bestrebt, weil der die Zivilrechtsverhältnisdeformation selbst nicht beseitigen kann. Aber eben die materiell-rechtliche Natur des Prozeßgegenstandes (des strittigen Materiellverhältnises) bedingt die materiell-rechtliche Arten der Deformationbeseitigung (zivilistische Verteidigungsarten). Das Zivilrecht wird nur in materiellen (nicht prozessualen) Verhälntnissen verwirklicht. Folglich ist es für die Normalentwicklung des materiellen Verhältnisen wichtig, daß die beide Vehältnisparteien die Rechtshandlungen (oder Rechtsuntätigkeit) gemäß den Bedingungen entsprechendes Verhältnisses vollgezogen haben. Darum ist die Klage ohne materiell-rechtlichen Anspruch zum Beklagte undenkbar, aber dieser Anspruch wird durch die Prozeßverhältnisse mit dem Gericht (einschließlich die Fälle, wann der Prozeßverhältnissengegenstand die materiell-rechtliche Verhältnisse unmittelbar – zum Beispiel, der Gerichtsvergleich – bilden) verwirklicht.

Die Klage als Scutzmittel "arbeitet" im schon angefangenen Verfahren, wann das Auffassungschutzsrecht im Klageverfahren verwirklicht wird.

Die Klage ist dynamische Erscheinung, die die Korrelation des Subjektivrechts und des aus der Vermutung über die Existenz dieses Rechts beim Kläger folgenden Anspruchs zum Ausdruck bringt. Diese Korrelation wird juristisch (nach ihren Inhalt und Folgen) dank gesetzlicher festgestellter Möglichkeit der

jurisdicional. P. 44.

[1] D. III.I.1. Ulp.:2; d. VI.I.4. Paul.; Дигесты Юстиниана / Пер. с лат. ; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2002. Т. 1. С. 310-311; Т. 2. С. 149.

[2] Im römischen Recht wurde sich der Terminus actio in folgenden Fällen benutzt: als prozessual Mittel des Rechtsschutzes, als in Streitverhältnissen verwirklichtes Zivilrecht, als Gerichtsprozedur im Rechtsschutze.

Schutz vom Staat (d.h. der Rechtsgarantie der gebührenden Verwirklichung des Subjektivrechtes) zu bekommen. Im Verfahren wird die Klage in prozessualen Verhältnissen, die die öffentlich-rechtliche Hülle dem Äußeren nach haben, realisiert. Aber das Wesen und der selbe Satz der in prozessualen Verhältnissen realisierten Rechten hat ontologisch die zivilistische Wurzeln, die Parität der Parteiverhältnissen im materiellen Verhältnis und im Verfahren.

In verschiedenen Zeiten wurde die Meinung in der Doktrin formuliert, daß das Klagewesen durch dem Rechtsstreit, von der Rechts verteidigtes Natur unbedingt, völlig bestimmt wird. Die Vewaltungsklageidee ist im Zivilferfahren Rußlands anschaulich und aktuell Beispiel davon. Unsere Einstellung in dieser Frage wurde mehrfach dargelegt[1]. Hier bemerken wir nur zwei Umstände: 1) der Streit über Subjektivrecht dem rechtlichen Streit nicht identisch ist; 2) der klassische Verfahrensgegenstand (einschließlich Klageverfahrensgegensta nd) auf den Streit über Subjektivzivilrecht nicht zurückgeführt wird. Das Objekt des rechtlichen Streit bildet das Interesse (zivilistische oder öffentlich-rechtliche). Im gegenwärtigen Klageverfahren werden nicht nur die Rechte, sondern auch die gesetzliche Interessen (z. B., unbestimmten Subjekten, öffentlichen Strukturen) verteidigt. So, bei der Klageeinreichung vom Staatsanwalt für den Schutz der unbestimmten Verbraucher sind das Schutzobjekt nicht die Subjektivrechte, sondern gesetzliche Interessen, die durch der besonderen Weisen der öffentlich-rechtlichen (nicht zivilistischen) Natur verteidigt werden. Nichtsdestoweniger glauben wir, daß die Klage im diesen Fall gibt es, weil das Interesse und das Streitverhältnis die zivilistische Wurzeln haben. Meiner Meinung nach, soll es hier folgende Situationen unterscheiden: a) zivilistischer Streit wird vor öffentlich-rechtliche Akte eingerahmt (der Streit bleibt sich zivilistisch; das Schutzobjekt ist Subjektivzivilrecht oder zivilistische Interesse)[2]; b) öffentlich-rechtliches Interesse bildet selbständigen Schutzobjekt (z.B., im Gerichtsverfahren nach der aus öffentlich-rechtlichen Verhältinissen entstehenden Sachen).

Die gegenwärtige gesetzgebende Konstruktion des Verfahrens nach der aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entstehenden Sachen (nach ZPO Rußlands) wird der mittelbare Mechanismus des Gerichtsschutzes der verfassungsmäßigen Rechte und Freiheite empfunden. Der Subjektivrechtsstreit fehlt, aber es gibt der rechtliche unzivilistische Streit. Kann man in diesen Fall über die Klage als Schutzmittel sagen? – Wir glauben, daß genügende Grunde jetzt fehlen. Die Ursache bestehen nicht darin, daß das Verfahrensgegenstand die Subordinationsverhältnissen zusammenstellen. Das Wichtigste besteht darin, daß das Subjektivrecht nicht unmittelbares, sondern mittelbares Schutzobjekt ist. Nämlich lässt mittelbare Gerichtsschutzkonstruktion über die Klage nicht sagen. Die in der Prozeßverhältnissen geäußerte prozessuale Schutzweisen sind andere – hinsichtlich des Klageverfahrens. Die Änlichkeit des Gesamtsschutzalgoritmus wird durch die Ganzheit der Prozeßform, die historisch von der Klage hervorgerufen ist, bedingt. Die Prozeßform (die Form des Klageverfahrens) ist ontologisch ursprünglich – bezüglich der Verfahrensarten. Natürlich haben die Gesetzmäßigkeiten der Prozeßform entgegengesetzte Einfluß auf Gerichtsprozedure gehabt.

Meiner Meinung nach, wird prinzipiell Schritt in der ZPO Rußlands gemacht, nämlich: das Gerichtsverfahren nach der aus öffentlich-rechtlichen Verhältinissen entstehenden Sachen unterscheidet sich vom Verwaltungsstreitverfahren nach ZPO 1964 durch anderen Konzeption. Es handelt sich nicht um Gerichtskontrolle über Verwaltungbehörde, sondern über Rechtsprechung im rechtlichen Streit mit öffentlicher (vollziender und staatlicher insgesamt) Macht. Das ist der Schritt zur Schaffung des unmittelbaren (klagbaren) Gerichtsschutzmechanismus der Verfassungsrechte und Freiheite. Das fordert keine Klagewesensänderungen. Die Klage war immer unmittelbare Schutzmittel. Merken wir, daß Kathegorie “Rechtsstreit” hat juristische Sinn, wann es um einanderseitigen ausgeschliessenden materiell-rechtlichen Folgen für Subjektivrechtsrealisierung handelt. Der Begriff “materiell-rechtliche Folgen” wird in landläufiger Bedeutung gebraucht: in der mit der Verwirklichung des Subjektivrechts verbundeten Folgen Bedeutung. Mit Rücksicht auf die Zivilprozeßziele scheint das einzig richtig. Im Gerichtsverfahren nach der aus öffentlich-rechtlichen Verhältinissen entstehenden Sachen ist der Streit über Subjektivrechts unmöglich sein, weil die Rechte und Freiheite durch den mittelbaren Gerichtsgang geschützt worden sind; der Prozeßgegenstand bildet rechtlicher Streit über öffentlich-rechtlichen Interesse.

---

[1] Z.B.: Сахнова Т.В. О концептуальных категориях исковой защиты (к дискуссии о современном понимании иска) // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 2. С. 45; Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: тоеретические начала и основные институты. М.: Wolters Kluwer, 2008. Глава пятая.

[2] Man darf mit Professors Abova Meinung nicht zustimmen, daß die von selbe Verbindung der privaten und öffentlichen Grundlagen in strittigen Verhältnissen (unrelativ dem Schutzgegenstand und dem Schutzobjekt) der Beweis der Gesamtkeit des Klageverfahrens und des Verfahrens nach der aus öffentlich-rechtlichen Verhältnissen entstehenden Sachen ist (Sieh: Абова Т.Е. Иск – универсальное средство защиты // Иск в гражданском и арбитражном процессах: ИГП РАН. Труды №1/2006. – М., 2006).

Die Klagekonkretisierung äußert sich in ihren Inhalt. Für die gegenwärtigen Zivilprozeßdoktrin ist die Unterzeichnung solchen Klagebestandteile als Klagegegenstand und Klagegrunde traditionell. In der Prozeßtheorie Rußlands wurde die dreiseitige Klagestruktur auch gegründet, nämlich: Klagegegenstand, Klagegrunde und Klageinhalt (Seider, Kleinmann u.a.) oder Klagegegenstand, Klagegrunde und Parteien (Osokina)[1]. Nämlich der Klagegegenstand ist sich von verschiedenen Klagetheorien beeinflussen gelassen.

Es ist verständlich, daß die Befürwortern der materiell-rechtlichen Auffassung haben den Klagegegenstand als materielle Streitverhältnis oder als vom Kläger genennte geschützte Subjektivrecht bestimmt. Die Abhängern der Prozeßtheorie sind dazu bestrebt gewesen, um der Klagegegenstand durch die Kategorien "Schutz" (Tscheglow[2]) oder "Schutzweise" (Osokina[3]) zu entlarven. Von der Komplextheorie wurde der Klagegegenstand als materiell-rechtliche Anspruch des Klägers zum Beklagte charakterisiert (Dobrovolskij, Zeruolis, Kleinmann[4]).

Der Klagegegenstand ist mit dem Prozeßgegenstand eng verbunden. Aber das ist nicht identische Kategorien. Die Klage ist vom Streitmateriellverhältnis hervorgerufen, aber dem nicht egal.

Die Rechts-, Freiheits- und Interesseverteidigung ist das Zivilgerichtsverfahrensziel (Art. 2 ZPO Rußlands). Das Gericht schützt, aber das Gerichtsschutz ist ohne prozessuale Parteitätigkeit unmöglich. Die Prozeßschutzverhältnisse äussern den Schutzgang und bilden den Prozeßinhalt, der in erster Linie von der Zusammensetzung und von der Qualität der Prozeßrechte von interessierten Personen bestimmt wird.

Die materiell-rechtliche Schutzweisen, die in der 12 Artikel des BGB Rußlands genennt werden, sind keine selbständige Klagebestandteile. Diese Kategorie exestiert ohne geschützte Subjektivrecht nicht. Die Schutzweise ist vom Subjektivrechtswesen bedingt und folgt aus der Kategorie "Weise der Subjektivr echtsverwirklichung". Die Schutzweise wird vom Gericht oder vom Kläger nach eigenem Ermessen nicht formuliert. Sie "begleitet" den Subjektivrecht, anschließend sich dem Inhalt des aus diesem Recht folgenden Anspruchs. Man kann nicht die Schutzweise ohne materiell-rechtlichen Anspruch zu gegensetiger Partei formulieren, – und umgekehrt.

Da das Subjektivrechtswesen verschiedene Verwirklichungsweisen zulässt, ist es die Existenz der in ihren Inhalt verschiedenen Klagen möglich sein. Das Wichtigste ist hier das Personinteresse jenes, der an Gericht sich richtet.

Der Klagegrund ist vom Subjektivrechtsgrund gefolgt. Das sind die juristischen Fakten. Die Gelehrten sprechen auch über faktischen und juristischen Klagegrund (Gordon, Dobrovolskij, Gutvitsch, Osokina u.a.[5]). Die Voraussetzungen für die Kategorie "juristische Klagegrund" werden von der deutschen materiell-rechtlichen Klagedoktrin gegründet. Das war natürlich, weil die Klageexistenz mit dem wirklichen verletzten Subjektivzivilrecht verbunden worden war. Im Gegenteil ist die Klage – nach Rußlandszivilprozeßrechts Tradition – mit der Vermutung der interessierte Person über die Rechtsverletzung verbunden[6].

Meiner Meinung nach ist die Definition des Klagegrundes auf "faktische" und "juristische" unecht: der Klagegrund bilden juristische Fakten nämlich. Es erfordert, um der Kläger das verletzte (nach seiner Behauptung) Recht anzugeben. Der Kläger muß faktische Umstände als Anspruchsgrunde nennen (P. 5 T. 2 Art. 131 ZPO Rußlands). Natürlich, nur juristische Fakten bilden den Klagegrund objektiv. Aber die Gesetzkenntnis ist keine Voraussetzung zur Gerichtsverteidigung. Die Verfahrenserhebung ist nur mit der Vermutung der selben interessierten Person über die vermutliche Subjektivrechtsexistenz verbunden. Darum kann der Kläger im Klageantrag solche faktische Umstände nennen, die – seines Meinung nach – den Klageanspruch begründen. Es ist die Gerichtssorge im Verfahrensgang bestimmen, ob diese Umstände die juristische Fakten sind. Geltende Zivilprozeßgesetzgebung Rußlands fordert im Klageantrag den Gesetzeshinweis (oder anderen Normativakten) nur in einem Fall – bei der Klageerhebung vom Staatsanwalt für den Schutz der staatlichen

---

[1] Analyse in dieser Frage sieh: Клейнманн А.Ф. Новейшие течения в науке советского гражданского процессуального права С. 34 и след.; Курс советского гражданского процессуального права: В двух томах / Отв. ред. А.А. Мельников. Т.1. М., 1981. С. 441–442 (автор главы – А.А. Добровольский); Осокина Г.Л. Иск (теория и практика). С. 110–112; Щеглов В.Н. Иск о судебной защите гражданского права. С. 22–25; Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. С. 287–297.

[2] Щеглов В.Н.. Op.cit. S. 20–22.

[3] Осокина Г.Л. Op. cit. S. 118–119

[4] Z.B.: Добровольский А.А., Иванова С.А. Основные проблемы исковой формы защиты права. М., 1972. С. 33–38; Жеруолис И. Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. Глава 3; Клейнманн А.Ф. Op. cit.

[5] Z.B.: Гурвич М.А. Учение об иске // Избранные труды. Краснодар, 2006. С. 273-276; Добровольский А.А. Op. cit; Осокина Г.Л. Op. cit. S. 119 ff

[6] Sieh davon: Гордон В.М. Основание иска в составе изменения исковых требований. – Ярославль, 1902.

oder öffentlichen Interessen (T. 3 Art. 131 ZPO). Die Anerkennung der Rechtsnorm als juristische Klagegrund führte logisch zur Klageerhebungsunmöglichkeit ohne vorläufige Rechtsqualifikation, daß zu der Artikel 3 der ZPO im Widerspruch steht.

Die Klage als Prozeßschutzmittel gehört dem Kläger, die Widerklage gehört dem Beklagte, aber die Parteien sich in die Klagebestandteile nicht verwandeln. Die Klage ist ohne den Kläger nicht vorhanden – das ist korrelativ der Lage, daß das Subjektivrecht ohne seine Träger nicht exestiert. Die Klage – als jede Rechtskategorie – ist, gewißer Massen, virtual. Das ist das Menschenideeserzeugnis in der Durchverwendung zur bestimmten in der Rechtsform ausgedrückten Sozialbedürfnissen. Die Parteien kann man bedingtbar als Bestandteile der Klageidentität nennen.

Also, Klagegegenstand und Klagegrund bestimmen die Klagebesonderheit und (in diesem Sinn) – seine Inhalt, der nur in der prozessuale Rechtsschutztätigkeit zum Ausdruck bringt. Klagegegenstand und Klagegrund sind "Boden" der Klage. Juristische "Leben" der Klage ist die Prozeßtätigkeit. Die Objektivbedeutung der Klage besteht darin, um, wäre für den Schutz gewält sein, durch ihre Natur die prozessuale Schutzweisen zu bestimmen. Einerseits, diese Weisen sind durch gegenwärtige Prozeßform objektiv sein; andererseits, ihre Verwirklichung ist - "hier und jetzt" – von der geschutzte Rechtsnatur und vom Interesse (nicht Ineressiertheit!) dessen, der sich an den Gerichtsschutz gewandt ist, abhängig. Die Auswahl der Klage ist keine Wahl nach eigenem Ermessen: sie wird duch materiell-rechtliche, den Subjektivzivilrechtswesen zugelassene, Schutzweisen bedingt.

Die Klage realisiert sich in prozessualen Verhältnissen, d.h. durch Staatsjurisdikation. Die Subjektivrec htsdeformation wird auch durch anderen, nicht staatlichen, Rechtsarten (z.B., durch den Schiedsverfahren) beseitigt. Nach allgemeiner Regel wird jede Zivilsache nur einmal gelößt; eine und dasselbe Sache ist zweimal nicht entscheidet (res iudicata). Nämlich macht res iudicata die zweimalige Schutzentscheidung nach einer und desselber Klage unmöglich. Diese Regel hat die Außenklageidentität bedingt. Nochmaligkeit der identischen Klagen ist auf den Grund der Unmöglichkeit der nochmaliger Entscheidung der eine und desselber Sache unzulässig. Das Rechtswesen der Sache hat dabei keine Bedeutung. Diese Konstriktion wird in der ZPO Rußlands (z.B.: P. 1-2 T. 1 Art. 134; P.5 T. 1 Art. 135; Abs. 3,6 Art. 220; Abs. 5-6 Art. 222) widergespiegelt.

Die Klageerhebungsverzicht und die endgültige Einstellung des Verfahrens sind die Folgen der endgültig gestellten Außenklageidentität (das ist die Klagepräklusion; d.h. die Folgen der Beweisheit res iudicata). Die Klagezurückkehrung und die Klagelassung auf sich beruhen sind die Folgen der unendgültigen Außenklageidentität.

In der Regel res iudicata äussert sich die Verbindung der Klage und des wirklichen oder vermutungen Subjektivzivilrecht.

"Die Wechselwirkung" der Klage und des Subjektivrechts sind sich in der tradizionellen Klageklassifizierung nach dem Klageziel ausgeprägt gezeigt (Gordon, Vaskovskij, Gutvitsch, Dobrovolskij[1]). Meiner Meinung nach ist es hier richtiger über Klageklassifizierung nach dem Klageelement zu sprechen. In dieser Verbindung spricht man über Leistungsklagen, Feststellungsklagen (positiven und negativen), Gestaltungsklagen. Die Letzte sind in der Doktrin Rußlands nicht allgemein anerkannt; die Gestalungsklagen sind durch die Gesetzgebung Rußlands unzulässig.

Die Klage ist die Prozeßschutzmittel und die Gerichtsentscheidung ist auch die Prozeßrechtstatsache.

Die materielle Rechtsverhältnisse verwandeln sich dankbar materiell-rechtlichen Fakten. Die Bedeutung der Gerichtsentscheidung für die materielle Rechtsverhältnisse besteht darin, daß sie die öffentliche Hülle der materiell-rechtlichen Tatsachen ist. Solche Notwendigkeit ist durch die Strittigkeit des Subjektivrechtes hervorgerufen.

Die Bestrebung zum neuen Klagepotential spricht über die Unerschöpfigkeit der Klage. Wir sind überzeugt: Formalisierung der Klage ist unzulässig. Die Klageuniversalierung ist keine Klageformalisierung. Die Klage ist keine Form der Jurisdiktion – obwohl die Jurisdiktionsform in der Klage widergespiegelt ist. Die Klage hat reiches Rechtsinhalt und gibt verschiedene Variationen der gesetzgebenen Entscheidungen auf dem Gebiet des Rechtsschutzes. Es ist wichtig, die ontologische und gnoseologische Grundrisse der Klage bei der Suche des optimalen und gerechtigen Schutzverfahrens zu berücksichtigen.

Die Frage nach der Korrelation des Privaten und des Őffentlichen in der prozessualen Verteidigungsmethoden ist die Frage nach der Zukunft des Zivilprozesses. Und solcher Korrelation entsprechendes Klageverständnis ist die unbedingte Bedingung dieser Zukunft.

1 Sieh: Васьковский Е.В. Op. cit. S. 204 ff; Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 25–45; Гурвич М.А. Учение об иске. С. 280–281 и др.; Добровольский А.А. Исковая форма защиты права. С. 151. - Über verschiedenen Klagearten und ihre gegenwärtige Bedeutung: Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса. С. 301–312.

S.V. Korolev

«Punitive Damages» in development of the Roman-German legal tradition perspective

С.В. Королев

«Punitive Damages» в перспективе развития романо-германской традиции права

В статье исследуются две идеологии – конституционализм и глобализация или современный мондиализм. Утверждается, что под влиянием глобализации усиливается конвергенция национальных систем права, которая отражается в практической и теоретической юриспруденции. На примере решения Конституционного суда Германии показано столкновение институтов различных правовых систем «punitive damages и «Schmerzensgeld». Анализируется вопрос, будет ли вручение иностранного судебного иска, основанного на «punitive damages, ограничением прав немецкого юридического лица.

The article studies two ideologies - constitutionalism and globalization or modern mondializm. It is stated that the convergence of national law systems is strengthen under the influence of globalization which is reflected in practical and theoretical jurisprudence. The collision between institutions of different law systems "punitive damages" and "Schmerzensgeld" is shown with the example of the German Constitutional Court's decisions. The question under analysis is whether serving a foreign court action on the basis of "punitive damages" will be considered as a German legal entity's limitation of rights.

В рамках статьи на примере одного из решений Конституционного Суда Германии мы постараемся проверить на совместимость две очень разные идеологии:

1) конституционализм[1] и

2) глобализацию, или современный мондиализм[2].

Конституционализм по форме вполне совместим с глобализацией (в ее идеологическом аспекте) в том смысле, что политические сообщества должны иметь учредительные акты, устанавливающие структуру публичной власти и границы ее применения в данном государстве. Однако с материальной стороны конституционализм достаточно эластичен: он не устанавливает единых правил, по которым должны быть составлены конституции различных государств. Он даже не требует наличие единого учредительного акта.

Именно поэтому «зонтик конституционализма» может объять столь разные политические сообщества, как Первый Рейх (Объединенную Германию эпохи Вильгельма Первого и канцлера Бисмарка) и современную Великобританию. Если Первый Рейх по современной классификации мы поместим в рубрику просто *конституционных* монархий, то современную Великобританию мы должны поместить в рубрику *парламентарных* монархий. В Первом Рейхе правительство, возглавляемое бессменным канцлером Бисмарком, называлось неответственным, так как не отвечало за свои действия перед Рейхстагом. В Великобритании же победившая на выборах политическая партия получает право формировать правительство и монарх обязан назначить премьер-министром лидера этой партии.

Конкретно речь идет о тематизации двух вопросов:

- что означает термин «глобализация», когда речь идет о науке?

- насколько в современном мире важна космополитическая («глобализаторская») составляющая национальной культуры?

Принято считать, что настоящая наука носит трансграничный характер. Этот тезис, вероятно, невозможно опровергнуть относительно так называемых точных наук (математики и естествознания), но как быть с гуманитарными и социальными науками?

Мы знаем, что аксиомы социологии Эмиля Дюркгейма («французской») плохо совместимы с аксиомами социологии Макса Вебера («германской»). Для первого базовым понятием социологии

© С.В. Королев, 2008

Доктор юридических наук, заведующий сектором сравнительного права Института государства и права РАН.
Doctor of legal sciences, Head of RAS Institute of state and law sector of Comparative law.

[1] «Конституционализм» мы будем определять как юридическую версию либеральной идеологии, согласно которой всякая публичная власть черпает свою легитимацию в высшем юридическом акте, устанавливающем масштаб и критерии деятельности любых органов государства.

[2] Под «глобализацией» мы будем понимать процесс и соответствующую идеологию распространения по всему миру социально-экономических и политических стандартов ведущих западных держав.

является «коллектив», для второго – «индивид», который по необходимости вступает в различные интеракции.

Если перейти к юриспруденции, то ее некосмополитический, то есть по преимуществу национальный характер, можно доказать чисто эмпирически: юрист, получивший образование в России, в Великобритании – изначально даже не юрист. И, наоборот, выдающийся английский солиситор, если он переехал на ПМЖ в Россию, не сможет составить конкуренцию третьестепенному российскому адвокату, поскольку не знает национальной специфики адвокатской деятельности в России.

Вместе с тем в области *практической* юриспруденции под влиянием глобализации наблюдается все усиливающаяся конвергенция национальных систем права, которая оказывает возрастающее давление и на национальные традиции теоретической юриспруденции. В этой связи представляет особый интерес дело «Punitive Damages»[1], рассмотренное Конституционным Судом Германии 7 декабря 1994 г.[2]

Фабула дела «Punitive Damages»

Берлинская фармацевтическая компания (ГмбХ)[3] учредила в Питсбурге (Пенсильвания) филиал в качестве юридического лица частного права США. Данный филиал заключил с американской компанией, занимающейся сбытом фармакологических средств, соответствующий договор. Вскоре американская компания выдвинула в низшей инстанции Питсбурга претензии по поставкам как против питсбургского филиала, так и против материнской ГмбХ в Берлине.

В исковом заявлении было выражено не только притязание истца на возмещение имущественного вреда в размере двух миллионов долларов, но и требование о компенсации (квази-) морального вреда в виде «Punitive Damages». «Карательное причинение убытков» причинителю вреда нередко принимает вид особого «бонуса» для пострадавшей стороны, при этом потери пострадавшей стороны многократно компенсируются. По мнению европейских правоведов, данный институт американского права допускает неправомерное применение методов уголовного права при разрешении частноправовых споров. Кроме того, по их мнению, он нарушает такой базовый принцип правового государства, как принцип пропорциональности.

На территории США вручение искового требования удалось только в адрес питсбургского филиала, но не в адрес материнской ГмбХ. Тогда американский контрагент направил свои претензии в Сенат юстиции Берлина по почте, руководствуясь соответствующими положениями Гаагской конвенции 1965 г. «О вручении судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам», участниками которой являются США и Германия.

Берлинский Сенат юстиции перенаправил исковое требование американской компании в городской суд[4] Веддинга. Тогда берлинская фармацевтическая ГмбХ обратилась в суд с требованием отменить решение Берлинского Сената юстиции. Однако суд первой инстанции оставил решение Берлинского Сената юстиции без изменений. Это обстоятельство и стало предметом конституционной жалобы[5] берлинской фармацевтической ГмбХ. По мнению ее адвокатов, вручение ответчику в Германии искового требования американской компании, в котором содержатся претензии в виде «Punitive Damages», нарушает:

- «общую свободу действий»[6] (ст. 2 абз.1 Основного закона Германии 1949 г.) в совокупности с нарушением

- принцип правового государства (ст. 1 абз. 3, ст. 20 абз. 3 Основного закона Германии 1949 г.).

Рассматривая аргументы, выдвинутые в конституционной жалобе, судьи Конституционного Суда Германии должны были ответить на два основных вопроса:

Является ли вручение иностранного судебного иска, в котором содержится претензия истца на возмещение вреда в режиме американского института «Punitive Damages», вторжением[7] в сферу защиты[8] общей свободы действий германского юридического лица?

---

[1] Англ. «карательное причинение убытков» причинителю вреда, так называется институт карательной компенсации вреда, составляющий одну из особенностей гражданского права США.

[2] BVerfGE 91, 335

[3] GmbH = Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Общество с ограниченной ответственностью)

[4] Нем. Amtsgericht

[5] Нем. Verfassungsbeschwerde

[6] Нем. Allgemeine Handlungsfreiheit

[7] Нем. Eingriff

[8] Нем. Schutzbereich

В какой степени – если вообще – американский институт «Punitive Damages» представляет угрозу для свободного и демократического конституционного строя Германии?

Напомним, что общая свобода действий по содержанию совпадает с общим принципом гражданского права цивилизованных наций, который в немецкой юридической традиции звучит так: «Каждый может делать или не делать, что он хочет»[1]. Ограничением данного принципа является, разумеется, общая свобода действий *других* лиц. Аргумент (1) конституционной жалобы можно трактовать в том смысле, что вручение государственным органом Германии иностранного искового требования о «Punitive Damages» является вторжением государства в сферу защиты ст. 2 абз. 1 Основного закона Германии 1949 г. и представляет собой антиконституционное ограничение общей свободы действий берлинской фармацевтической ГмбХ.

Аргумент (2) конституционной жалобы можно толковать в том смысле, что институт «Punitive Damages» представляет собой такой элемент «Public Order»[2] США, который несовместим с публичным порядком Германии. Институт «Punitive Damages» противоречит принципу пропорциональности нанесенного вреда и компенсации за вред. Этот институт несоразмерно обременяет причинителя вреда, или – с другой стороны – предоставляет потерпевшему большую выгоду по сравнению с той, на которую потерпевший мог бы рассчитывать без такого причинения. Соответственно, институт «Punitive Damages» несовместим с принципом правового государства, который закреплен в Основном законе Германии 1949 г. (ст. 1 абз. 3, ст. 20 абз. 3 Основного закона Германии 1949 г.).

Таковы в общем и целом две основные позиции субъекта конституционной жалобы, т.е. названной фармацевтической ГмбХ.

Решение Конституционного Суда Германии по аргументу (1)

Судьи Конституционного Суда Германии отклонили аргумент (1) конституционной жалобы берлинской ГмбХ со следующей мотивировкой: вручение иностранного искового требования не подпадает под содержание понятия «(государственное) вмешательство в сферу основных прав и свобод», гарантированных конституцией Германии. Вручение иностранного судебного документа по законодательству Германии – это административный акт, при помощи которого Германия оказывает содействие системе правосудия другого государства. При этом подобный административный акт как таковой не предписывает адресату вручения никакого конкретного поведения и не устанавливает никаких запретов, то есть не является вторжением в сферу основных прав и свобод.

Вместе с тем акт доставки иностранного иска презюмирует готовность адресата подвергнуться процедуре рассмотрения дела в иностранном суде, поскольку пассивность адресата объективно усиливает процессуальное преимущество его оппонента. Кроме того, в случае неблагоприятного для адресата иностранного судебного решения рассмотрения его дела в иностранном суде он рискует потерпеть материальный убыток ввиду обращения взыскания на его иностранное имущество.

От такого взыскания публичная власть Германии не может предоставить защиты собственным гражданам и юридическим лицам в силу действия принципа территориального суверенитета (в данном случае территориального суверенитета США). Вообще в международном частном праве цивилизованных наций действует принцип, согласно которому всякое лицо, вступающее в трансграничное правоотношение, то есть правоотношение, осложненное иностранным элементом, не может перекладывать риск собственных решений и действий на государство своего гражданства. Другими словами, субъекты, заключающие трансграничные сделки, должны допускать возможность вторжения иностранного правопорядка в доступную для него сферу имущественных прав данных субъектов в силу общепризнанного в международном частном праве lex rei sitae[3].

Это означает, что правовой режим иностранного имущества в любой момент может быть изменен парламентом территориального государства как в сторону обременения, так и в сторону либерализации. Далее, по мнению судей Конституционного Суда Германии, простое *предположение* берлинской фармацевтической ГмбХ о том, что требование американского оппонента о «Punitive Damages» непременно будет удовлетворено американским судом в Питсбурге, является лишь опасением, не порождающим юридического последствия. Таким образом, оно является юридически

[1] Нем. «Jeder kann tun und lassen, was er will»
[2] Англ. «публичный порядок»
[3] Лат. «закон места нахождения вещи».

необоснованным. Соответственно, такое опасение не может стать препятствием для исполнения обязательств Германии по Гаагской конвенции 1965 г. «О вручении судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам».

Кроме того, *предварительная* проверка допустимости вручения иностранного судебного документа противоречит цели Гаагской конвенции 1965 г., которая призвана способствовать ускорению, а не замедлению судопроизводства в государствах-участниках. Таким образом, акт вручения иностранного судебного документа не может зависеть от расследования вопроса о мотивах, поводе и оправданности возбужденного в иностранном суде иска.

Более того, факт невручения иностранного судебного документа в данном случае не может обеспечить ответчику в Германии судебного иммунитета по отношению к американскому правосудию. Согласно принципам процессуального частного права США вручение искового требования филиалу иностранной компании, учрежденному в форме юридического лица права США, рассматривается американскими судьями как одновременное вручение данного документа и иностранной материнской компании.

Решение Конституционного Суда Германии по аргументу (2)

Выше уже отмечалось, что адвокаты берлинской фармацевтической ГмбХ второй аргумент против вручения иностранного судебного документа базировали на дискуссионности самого института «punitive damages». В самом деле, господствующее мнение в немецкой литературе выдвигает две линии критики названного института.

Первая линия критики сводится к следующему: *карательное* возмещение вреда никак не вмещается в систему романо-германской цивилистики, четко отграничивающей себя от институтов уголовного права. Иначе говоря, в континентальном праве Европы цивилисты исходят из того, что карательные санкции – это прерогатива уголовного права, а частное право своими санкциями преследует либо реституцию, либо (субсидиарно) – компенсацию[1]. В любом случае частноправовые санкции не направлены на «профилактику» и «исправление» причинителя вреда в будущем. Можно, конечно, предположить, что уменьшение имущественной массы причинителя вреда в пользу потерпевшего подводит первого к идее о целесообразности откорректировать свое поведение в будущем при возникновении схожих ситуаций, но такое допущение вовсе не является *целью* частноправовой санкции, для которой важно по преимуществу лишь восстановить имущественную ситуацию сторон *до* момента причинения вреда.

Вместе с тем нельзя отрицать и рациональные аспекты института «punitive damages». Помимо главной (уголовно-правовой) задачи наказания и «отпугивания» (punishment and deterrence) данный институт, с одной стороны, призван поощрить социально адекватное поведение потерпевшего, то есть лицо осмотрительное и осторожное, соблюдающее нормы права, не должно терпеть убыток от своего законопослушания.

С другой стороны, причинитель вреда получает достаточно весомую гарантию, что потерпевший не предпримет в отношении его акта мести, и тогда вместо одного правонарушителя правоохранительные органы будут иметь дело с двумя. В подобном случае потерпевший, предпринимающий акт возмездия, нередко становится преступником. При этом коллизия, которая возникла в рамках цивилистики, переходит в плоскость «нормального уголовного права».

Наконец, важным аспектом института «punitive damages» является дополнительная финансовая поддержка потерпевшего с точки зрения процессуального права. Тем самым граждане и юридические лица поощряются обращаться в суд в поисках цивилизованного разрешения конфликта имущественного характера. Получаемая в рамках «punitive damages» многократная компенсация вреда позволяет потерпевшему покрыть также и судебные издержки, которые в странах англо-американской правовой семьи несут *обе* стороны (как истец, так и ответчик).

Вторая линия критики института «punitive damages» касается вопроса о так называемой карательной прерогативе государства. Это означает, что романо-германские цивилисты не допускают мысли о том, что в частноправовых спорах субъекты могут изначально предъявлять друг к другу претензии карательного содержания. Не менее важен и международно-правовой аспект данной

[1] Stiefel/Stürner, Die Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Schadensersatzurteile exzessiver Höhe, VersR 1987, S. 829.

аргументации: никто не может покарать гражданина или национальное юридическое лицо кроме органов *собственного* государства.

Хотя Конституционный Суд Германии в данном деле воздержался от определения своей позиции по поводу карательной прерогативы государства, четко была заявлена позиция, что *возможность* применения американским судом института «punitive damages» в отношении германского юридического лица еще не является основанием для отказа вручить иностранный судебный документ на территории Германии.

Другое дело, что в случае *явного* нарушения принципа соразмерности частноправовой санкции, непропорционально сокращающей имущественную массу причинителя вреда – гражданина или юридического лица Германии, – подобнее решение американского суда не будет иметь силы на территории Федеративной республики, что, однако, не препятствует обращению взыскания в режиме «punitive damages» на американское имущество проигравшей стороны.

Таким образом, немецкие цивилисты по-прежнему исходят из национальной традиции совмещать в некоторых случаях возмещение вреда в классическом смысле (как реституцию или компенсацию) и так называемой «Schmerzensgeld» [1] «Болезные деньги» – это возмещение морального вреда, под которым германские цивилисты понимают любой ущерб, нанесенный телесной целостности потерпевшего. При этом моральные страдания потерпевшего – так или иначе – должны иметь связь с объективным для него ущербом (депрессия, проблемы физиологии и т.п.). В какой-то степени «болезные деньги» преследуют репрессивную задачу отвратить причинителя вреда от социально предосудительного поведения в будущем. Однако главная цель, на наш взгляд, в другом: задача «Schmerzensgeld» заключается в том, *чтобы усилить механизм компенсации при абсолютной невозможности реституции*.

В заключение можно сделать вывод о том, что «глобализаторский» потенциал американского института «punitive damages» невелик: по крайней мере, в странах романо-германской правовой семьи «глобализация» данного института наталкивается на сопротивление мощных традиций, восходящих как к римскому праву, так и к обычному праву западноевропейских государств.

В Германии институт «punitive damages» в обозримом будущем останется в тени национального института «Schmerzensgeld». Причина несовместимости указанных институтов в том, что они преследуют *принципиально* различные цели: если институт «punitive damages» сфокусирован на *личности* причинителя вреда, то институт «Schmerzensgeld» сконцентрирован на объекте, а именно *имущественной* массе потерпевшего. Последняя должна быть усилена за счет причинителя вреда ввиду абсолютной невозможности реституции *личных* характеристик потерпевшего.

[1] Досл. «болезные деньги» – термин, применяемый в Германии и Австрии. В немецко-говорящей Швейцарии в таких случаях говорят о «Genuugtuung» («удовлетворение»).

V. Necroshyus

European writ of execution – purposes and problems of putting into effect

В. Некрошюс

Европейский исполнительный лист (ЕИЛ) – цели и проблемы претворения в жизнь

Статья посвящена актуальным проблемам, связанным с созданием единого европейского правового пространства. Появление регламента о введении Европейского исполнительного листа (ЕИЛ) является очень серьезным шагом в осуществлении политики Европейского Союза в обеспечении свободного передвижения в государствах-членах ЕС судебных решений по гражданским и коммерческим делам. При претворении ЕИЛ в жизнь возникает ряд вопросов, ответить на которые не всегда представляется возможным, - они также составляют предмет рассуждений автора данной статьи. Регламент закрепляет минимальные требования к ЕИЛ и представляет национальному праву слишком много свободы и тем самым создает возможности для сужения границ применения регламента до минимума.

The article deals with the urgent problems connecting with the creation of the Unified European Legal Space. The issue of the standing order on introduction of the European Receiving Order (ERO) is a very serious step in the realization of the European Union policy in ensuring free movement of civil and commercial court decisions in EU' member states. Implementation of the ERO leads to some questions that are sometimes complicated to answer and are the author's matter of consideration as well. The order consolidates the minimal requirements to ERO and gives too much freedom to the national law and thus creates an opportunity for contraction limits of the order application to minimum.

В результате утверждения Амстердамского договора открылись пути для включения в непосредственную компетенцию инстанций Европейского союза регулирования вопросов гражданского процесса с целью обеспечения свободного передвижения в государствах-членах ЕС судебных решений по гражданским и коммерческим делам. Таким образом, был сделан первый серьезный шаг к достижению единых качественных стандартов на всем пространстве ЕС в сфере гражданской юстиции. В свете данных обстоятельств особое внимание уделяется отказу от экзекватуры, основанному на взаимодоверии государств-членов к системам осуществления правосудия в силу предположения, что во всех государствах-членах системы осуществления правосудия соответствуют определенным европейским стандартам, вследствие чего их можно считать действующими эффективно. Первый шаг в этом направлении совершен еще в регламенте «Брюссель-I»[1], в котором был закреплен принцип автоматического признания решения на первом этапе. Второй шаг – значительно более решительный – это закрепленный в регламенте «Брюссель-II bis» отказ от экзекватуры по делам о похищении детей и о праве общения, где контроль над соответствием минимальных стандартов решения уже уступается судам принявшего данное судебное решение государства-члена ЕС. И наконец, настоящим прорывом следует считать регламент № 505/2004 о введении Европейского исполнительного листа (ЕИЛ) по бесспорным требованиям, в котором идея «Брюсселя-II bis» распространяется на значительно более широкий круг дел. В данном регламенте экзекватура уже заменяется так называемым подтвердительным процессом, суть которого состоит в том, что суд государства-члена происхождения ЕИЛ проверяет, соблюдались ли на процессе определенные минимальные стандарты процессуального характера в области вручения процессуальных документов, уведомления о процессуальных последствиях и др.[2]

Регламент, создающий Европейский исполнительный лист по бесспорным требованиям, принят Европейским парламентом и Советом 21.04.2004, а в официальном издании опубликован тридцатого апреля того же года. В регламенте утверждается, что он вступает в силу 21.01.2005. Однако с указанной даты вступили в силу лишь заключительные положения (ст.ст. 30–32), а все остальные положения вступили в силу с двадцать первого октября 2005 года. К тому же следует обратить внимание и на то, что согласно ст. 26 регламента он применим лишь к тем судебным решениям, которые были приняты

© В. Некрошюс, 2008

Профессор, габилитированный д-р наук. Юридический факультет Вильнюсского университета.
Doctor of sciences of Vilnius University Law faculty, Professor (Lithuania).

[1] Rauscher T. Der Europaeische Vollstreckungstitel fuer unbestrittene Forderungen; Muenchen, 2004. S. 7.

[2] Hess B., Bitmann D. Effektuirung des Exequaturverfahrens nach der Europaeischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung; IPRax 2007 Heft 4. S. 279.

уже после вступления в силу регламента. В целях претворения в жизнь данного регламента в Литве 21.04.2005 был принят Закон Литовской Республики «О введении создающего Европейский исполнительный лист по бесспорным требованиям Регламента Европейского парламента и Европейского Союза № 805/2004 от 21 апреля 2004 года», который вступил в силу 21.10.2005[1].

В регламенте новым является то, что Европейский исполнительный лист, который подлежит исполнению без каких бы то ни было промежуточных процедур во всех государствах-членах (за незначительным исключением), выдается теми же государствами-членами, чьи суды и приняли решение. Итак, государство, в котором данный исполнительный лист будет принят к исполнению, в процессе его выдачи участия не принимает. В регламенте исключена даже возможность проверки в государстве исполнения принятого решения с позиции его противоречия ordre public. Таким образом, приняв настоящий регламент, законодатель ЕС на деле реализовал положение о полном доверии к системам исполнения правосудия государств-членов ЕС. Следует признать, что именно эта позиция Регламента была наиболее оспариваемой, и из-за этого же он нередко подвергается критике и в настоящее время[2].

Регламентом не регулируются вопросы введения и вступления в силу Европейского исполнительного листа. Данные вопросы остаются на усмотрение национального процессуального права, чем утверждается правило осуществления исполнения Европейского исполнительного листа в том же порядке, что и исполнительного листа, выданного судом страны исполнения. Регламент лишь требует, чтобы соответствующий национальный процесс соответствовал определенным минимальным требованиям, однако выполнение данных требований опять же является, по существу, внутренним делом каждого государства-члена ЕС. Уже в свете указанных обстоятельств могут возникнуть сомнения, не является ли избранная модель «закрепления минимальных стандартов» при одновременном отсутствии утвержденных единых для всех государств-членов процессуальных норм порочной по своей сути, ибо создает условия для различной трактовки «стандартов» в каждом государстве-члене ЕС в отдельности? Принимая во внимание то, что контроль «минимальных стандартов» осуществляется в государстве-члене происхождения ЕИЛ, это позволяет государству самому устанавливать определенные процессуальные правила, гарантирующие следование данным стандартам. С другой стороны, существует очевидная опасность того, что от содержания процессуального права конкретного государства-члена непосредственно будут зависеть и границы применения регламента ЕИЛ. Иначе говоря, можно отметить явно завышенную зависимость жизнеспособности регламента от национального права каждого государства-члена ЕС.

Как уже отмечалось, данный регламент применяется исключительно к бесспорным требованиям. Исходная позиция европейского законодателя заключается в том, что должник осознанно не оспаривает предъявленное ему требование, заняв пассивную позицию в процессе, которая может быть обусловлена как признанием предъявленного ему требования, так и обыкновенным игнорированием предъявленного требования. Таким образом, выдавая Европейский исполнительный лист, суд государства-члена обязан констатировать, что один из указанных мотивов действительно существует. В любом случае следует считать, что указанные условия наличествуют, если ответчику своевременно вручены соответствующие процессуальные документы и он уведомлен о последствиях процессуальной пассивности, а также когда сторона не выполняет действий, которые ей надлежит выполнять в целях реализации своей обязанности по обеспечению стимулирования процесса (например, не представляет ответ на иск и т.п.).

Предмет регулирования. В соответствии с первой статьей регламентом создается Европейский исполнительный лист по бесспорным требованиям и устанавливаются определенные минимальные требования с целью свободного передвижения судебных решений, соглашений и аутентичных документов во всех государствах-членах ЕС без каких бы то ни было промежуточных процедур. Таким образом, предмет регулирования регламентом включает следующее: определение тех случаев, когда требование в свете регламента рассматривается как бесспорное; порядок выдачи Европейского исполнительного листа; минимальные требования, которым должен соответствовать процесс в целях признания требования бесспорным; некоторые процессуальные аспекты исполнения Европейского исполнительного листа, а также требования к аутентичному документу и соглашению с целью присвоения им статуса Европейского исполнительного листа. Следует обратить внимание на то, что регламентом не регулируются вопросы международной подсудности, которые остаются в сфере предмета регулирования регламента «Брюссель I» [3].

[1] Valstybės žinios, 2005. 05. 07. N 58–2005.

[2] Taborowskij M. Der Europaeische Vollstreckungstitel fuer unbestritene Forderungen – ein kurzer Ueberblick aus polnischer Sicht; IPRax 2007 Heft 3. S. 250.

[3] Stosowanie prawa... cit. op. S. 624.

Несмотря на то, что упоминаемые в первой части ст. 2 государственные acta iure imperii не имеют соответствия в регламенте «Брюссель-I», это понятие тесно связано с практикой Европейского суда правосудия при толковании понятия гражданского и коммерческого дела, в соответствии с которым единственным разграничивающим гражданское и негражданское дело критерием, когда в соответствующих правовых отношениях принимает участие государство или его инстанция, является именно исполнение функций государства. Таким образом, в этом смысле нет никакого основания не соглашаться с высказываемым в литературе мнением о том, что положения обсуждаемого регламента применяются к делам той же самой категории, что и положения регламента «Брюссель-I»[1]. Регламент также не следует считать lex specialis в отношении регламента «Брюссель-I», так как все дела, подпадающие под сферу его регулирования, в то же самое время подпадают и под сферу регулирования «Брюсселя-I»[2]. В том случае, если дело соответствует указанным в ст.ст. 2, 3 регламента условиям, взыскатель имеет право свободы выбора, какой процедурой руководствоваться (предусмотренной рассматриваемым регламентом или установленной регламентом «Брюссель-I») в целях обеспечения выполнения принятого по делу решения.

В ст. 3 регламента перечисляются исполнительные документы, которым может быть присвоен статус Европейского исполнительного документа. В соответствии с первой частью данной статьи регламент применим к *судебным решениям, соглашениям и аутентичным документам по бесспорным требованиям*. Понятие судебного решения является предметом автономного разъяснения, и в п. 1 ч. 1 ст. 4 дано легальное определение данного понятия, из которого следует, что это любое судебное решение государства-члена, вне зависимости от того, как оно называется, включая декрет, приказ, постановление или исполнительный лист, а также постановление судебного пристава о судебных издержках. Очевидно, что решение (соглашение или аутентичный документ) надлежит принимать на основе требования. В п. 2 ч. 1 ст. 4 регламента дано легальное определение этого понятия, из которого следует, что это требование по выплате конкретной денежной суммы, срок исполнения которого уже минул или же по которому в судебном решении, соглашении или аутентичном документе установлена соответствующая дата исполнения. Другое очень важное условие – это бесспорность требования. Во второй части конкретизируется понятие бесспорного требования. Все изложенные здесь случаи, по сути, можно разделить на две группы: а) когда должник активными действиями признает предъявленное требование (судебное решение, принятое на основе признания иска, мировое соглашение и т. п.; иначе говоря, должник своими активными процессуальными действиями подтверждает, что предъявленное требование на самом деле существует) и б) когда пассивность должника дает возможность предположить, что он не оспаривает предъявленного требования (не предоставляет ответа на иск, не является на судебное заседание и т.п.; эта группа случаев более проблематична, так как здесь мы сталкиваемся с косвенным предположением бесспорности, поэтому суд обязан убедиться, что должник был своевременно и надлежащим образом уведомлен о предъявленном требовании и что у него имелось достаточно времени на подготовку своей защиты). Рассмотрим обе группы более подробно.

I группа. *Признание требования активными действиями должника*.

Признание требования путем мирового соглашения (п. «а» ч. 2 ст. 3). В регламенте заключение мирового соглашения в свете последствий приравнивается к признанию иска. В регламенте не представлено понятие мирового соглашения, однако по изложенным условиям становится ясно, что его следует понимать более широко, чем данное в ст. 58 регламента «Брюссель-I» понятие, так как сюда входят не только мировые соглашения, заключенные во время рассмотрения дела, но и так называемые внесудебные мировые соглашения (заключенные в отсутствие судебного процесса), содержание которых утвердил суд. В Литве это мировые соглашения, утвержденные в установленном разделом XXXIX (выдача судебных разрешений) Гражданско-процессуального кодекса (ГПК) порядке. Следует обратить внимание на то, что регламент не требует, чтобы внесудебное мировое соглашение было непосредственно утверждено судьей, и не устанавливает никакой формы утверждения. Нет никакого основания не соглашаться с высказываемой в литературе позицией, что достаточно того, чтобы такое мировое соглашение было бы занесено в протокол суда или же чтобы его утвердил соответствующий судебный пристав (само собой разумеется, не превышая границ своей компетенции). К тому же не требуется обязательного полного или частичного разрешения спора путем подобного соглашения[3]. Принимая во

[1] Kropholler J. Cit. op. S. 571.
[2] Rauscher T. Europaeisches Zivilprozessrecht. Kommentar; Band 2 Muenchen, 2006. S. 1453.
[3] Rauscher T. Указ. соч. S. 1462.

внимание правовую базу Литвы, Европейский исполнительный лист в Литве может быть выдан только по тем мировым соглашениям, которые утверждает исключительно судья (так как нашими законами не предусмотрена соответствующая компетенция для других судебных чиновников), и только лишь по тем мировым соглашениям, которые заключаются во время гражданского процесса (а также руководствуясь в процессе исполнения ст. 595 ГПК) и по внесудебным мировым соглашениям, утвержденным в соответствии с установленным разделом XXXIX ГПК порядком.

Заявленное должником признание иска. В соответствии с гражданско-процессуальным правом Литвы следует считать, что должник признал предъявленный иск в том случае, если данное процессуальное действие было выполнено, руководствуясь установленным ч. 2 ст. 140 ГПК порядком, и именно на основании этого было принято решение по делу. Думается, что Европейский исполнительный лист может быть выдан и в тех случаях, когда признается лишь часть заявленных требований – в отношении этой части требований (разумеется, в этом случае лучше принять частичное решение по делу).

Согласие по аутентичному документу (п. «d» ч. 1 ст. 3). В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 4 регламента аутентичными документами следует считать:

a) документ, который был формально подготовлен или зарегистрирован как аутентичный документ и аутентичность которого:

1) связана с подписью и содержанием документа; и

2) была установлена властной инстанцией или же иной инстанцией, которую с этой целью уполномочило государство – член происхождения документа; или

b) заключенное с административными инстанциями или утвержденное ими соглашение об исполнении обязательств.

Следует обратить внимание на то, что в соответствии с ч. 1 ст. 4 упомянутого закона о введении регламента аутентичным документом в свете регламента в Литве следует считать опротестованные лишь литовскими нотариусами и не подлежащие опротестованию ими векселя, чеки, на которых произведены исполнительные надписи нотариуса. Итак, в данном случае не требуется никаких судебных действий с целью выдачи Европейского исполнительного листа, однако в праве соответствующего государства-члена следует предусмотреть возможность признания соответствующих документов исполнительными, вне зависимости от того, что само понятие аутентичного документа является предметом автономного толкования. Требование признается бесспорным в том случае, если таковым оно утверждено в аутентичном документе.

II группа. *Пассивность должника*.

Пассивность как основание для бесспорности. В ст. 3 также рассматриваются случаи, когда пассивность должника в процессе трактуется как признание требования (заочное решение, судебный приказ, судебное решение в документном процессе, принятое на основании отсутствия возражений ответчика). Данная группа случаев более проблематична, так как пассивность должника лишь косвенно обосновывает его согласие с предъявленным требованием. Поэтому по данному процессу суд обязан констатировать, что инициирующие такой процесс документы стороне были вручены надлежащим образом и своевременно и что у стороны было достаточно времени для подготовки к защите.

Должник никогда не выдвигает возражений против предъявленных требований. Очевидно, что для применения п. «b» ч. 1 требуется, чтобы во время процесса вообще не было выдвинуто должником ни одного возражения против обоснованности предъявленного требования. Следует обратить внимание на то, что возражение должно быть выдвинуто именно против обоснованности требования. Поэтому, например, возражение должника, мотивированное неподсудностью дела конкретному суду, или выдвинутое еще до начала процесса, или же возражение, которое должник обосновывает лишь своим тяжелым материальным положением, не следует считать возражениями в свете рассматриваемого пункта[1]. Следует считать, что должник не возражает против предъявленного требования и в том случае, когда он не является на заседание суда и не заявляет суду, будет ли он прибегать к мерам защиты. Говоря о возражении должника в свете рассматриваемого пункта, очень важно еще одно требование: возражение надлежит выдвигать с соблюдением основных процессуальных правил соответствующего государства-члена ЕС.

Выдвинувший возражение должник не является на заседание суда. В п. «c» ч. 1 рассматриваемой статьи указано, что бесспорным требованием также признаются те случаи, когда сначала

[1] Kropholler J. Cit. op. S. 573.

должник выдвигал возражения против предъявленного требования (поэтому уже не можем применять пункт «b»), однако позднее не явился на заседание суда (следует обратить внимание на то, что в соответствии с ГПК Литвы суд должен признать, что сторона не явилась без уважительных причин, то есть не выполнила обязательства – способствовать стимулированию процесса). Однако особенно важно то, что подобная неявка на судебный процесс будет рассматриваться как признание требования лишь в том случае, если lex fori соответствующего государства-члена предусматривает, что неявка равносильна *молчаливому согласию с требованием или фактом*. В данной ситуации мы сталкиваемся с определенной проблемой. В любом случае очевидно, что признанием нельзя считать неявку стороны на заседание апелляционного или кассационного суда, так как здесь запрещено принимать заочное решение, а неявка стороны не является помехой для рассмотрения судом дела по существу. Признанием также нельзя считать ситуацию, когда сторона не присутствует на заседании суда, но предъявляет прошение о рассмотрении дела без ее участия (за исключением тех случаев, когда суд признает явку стороны необходимой). В свете литовского права в рассматриваемую ситуацию можно включить лишь те случаи, когда решение по делу принято заочно (в том случае, если заочное решение принято вследствие отсутствия ответа ответчика на предъявленный иск, следует применять пункт «b» обсуждаемой статьи) из-за неявки стороны на судебное заседание или непредставления ею дублика. В таком случае возникает вопрос по существу: при принятии заочного решения следует ли считать, что пассивная сторона признает предъявленное требование? В ч. 2 ст. 285 ГПК закреплена обязанность суда при принятии заочного решения провести *формальную оценку представленных в деле доказательств*. Поэтому следует принять во внимание два аспекта: первое – проведение формальной оценки доказательств, то есть суд убеждается, что в случае подтверждения содержания имеющихся доказательств появится основание для принятия положительного решения по делу, и второе – обязательное проведение судом формальной оценки всех имеющихся в деле доказательств. При рассмотрении ситуации в соответствии с первым аспектом не возникает более значительных проблем, так как в данном случае суд не выполняет функции исследования доказательств, а заменяет ее допущением, что представленные активной стороной доказательства являются верными (это допущение имеет место еще и потому, что, не явившись на судебное заседание, другая сторона как бы соглашается с утверждениями активной стороны, вне зависимости от того, что ранее она их оспаривала). Определенные проблемы вызывает второе условие, так как формальная оценка всех представленных по делу доказательств невозможна в принципе. В данной ситуации приходится делать попытку разъяснения сути настоящего заочного решения, руководствуясь принципами справедливости и разумности, а также системным анализом ГПК. Очевидно, что заочное решение является последствием нереализации обязательства стороны способствовать стимулированию процесса. Сторона, игнорируя процесс, тем самым косвенно заявляет, что ее не интересуют требования другой стороны и она не намерена доказывать их необоснованность. Если руководствоваться такой позицией, становится очевидным, что Европейский исполнительный лист может быть выдан по представленным в рассматриваемом пункте случаям.

В ч. 2 ст. 3 утверждается, что данный *регламент также применим к решениям, принятым после оспаривания признанных Европейским исполнительным листом судебных решений, мировых соглашений или аутентичных документов*. Таким образом, к перечисленным во второй части ситуациям регламент применяется независимо от того, что сами требования, после их оспаривания уже не могут трактоваться как бесспорные. На основании данного правила принят п. «a» ч. 1 ст. 6 регламента, в котором предусмотрена возможность выдачи Европейского исполнительного листа по решению, *предназначенному к исполнению в государстве – члене его происхождения*, а значит, и в случаях срочного исполнения решения. Существующее регламентирование закрепляет основное правило, что Европейский исполнительный лист не утрачивает своей силы независимо от факта опротестования решения, на основании которого он был выдан, то есть независимо от того, что само требование утратило характер бесспорности. В тех случаях, когда опротестовывается решение, на основании которого еще не выдан Европейский исполнительный лист, решение утрачивает характер бесспорности. Тем самым утрачивается и возможность применения данного регламента.

Минимальные процессуальные требования, которым должно соответствовать судебное решение для того, чтобы оно могло быть подтверждено ЕИЛ, закреплены ст. 6. В данной статье изложены основы процессуального характера, при наличии которых возможен отказ от подтверждения судебного решения ЕИЛ. Прежде всего, следует обратить внимание на то, что в соответствии с первым предложением ч. 1 ст. 6 судебное решение подтверждается ЕИЛ путем представления

суду происхождения решения соответствующего *прошения*. В регламенте сроки подачи прошения не установлены, поэтому его можно подать в любой момент. Таким образом, прошение может быть подано как с иском (в прошении о выдаче судебного приказа), так и во время рассмотрения дела, а также и после вступления в силу судебного решения, когда кредитор принимает решение приступить к действиям по исполнению решения в другом государстве-члене ЕС. Данное положение регламента подтверждено и ст. 2 Закона о введении регламента. В любом случае ЕИЛ может быть выдан лишь после того, как решение принимается к исполнению в государстве – члене происхождения решения. В регламенте указывается, что прошение о выдаче ЕИЛ подается в суд государства, принявшего решение по делу. В этом случае имеется в виду суд как институт. Ответ на вопрос, делает ли это тот же самый или другой судья того же суда, остается на усмотрение lex fori каждого государства-члена. Ст. 3 Закона о введении регламента лишь частично содержит ответ на данный вопрос, так как, судя по первой части, вроде бы получается, что ЕИЛ выдает тот же самый судья (судейская коллегия), который принимает решение по делу. Однако здесь полностью отсутствует ответ на вопрос, остается ли ситуация неизмененной, если прошение подается уже после рассмотрения дела. Не содержит ответа на этот вопрос и ст. 646 ГПК, в которой рассматривается общий порядок выдачи исполнительного листа. В целях решения данной проблемы следует применять аналогию закона, то есть распространить положения ч. 1 ст. 3 Закона о введении ЕИЛ и на те случаи, когда прошение о ЕИЛ подается после завершения рассмотрения дела. Иначе говоря, следует руководствоваться установкой, что ЕИЛ выдает тот же самый судья (судьи), который принял решение по делу. Правда, при таком подходе нередко высказывается критическое замечание, что предусмотренные ст. 6 условия выдачи ЕИЛ проверяет тот же самый судья, который принял решение по делу, а это, в свою очередь, обуславливает снижение эффективности проверки условий[1]. Отчасти можно признать, что данное замечание не является полностью необоснованным, однако упоминаемые опасности минимизируются путем предоставления должнику соответствующих возможностей защиты его прав.

В регламенте утверждается, что в том случае, если подтвержденное ЕИЛ решение в дальнейшем *не может исполняться или же исполнение решения было остановлено или ограничено*, справка о неисполнении или ограничении исполнения выдается в любое время при обращении в суд происхождения решения путем заполнения указанного в приложении IV бланка стандартной формы. Как мы видим, после подтверждения решения ЕИЛ должник получает возможность подать прошение в суд происхождения решения соответственно об утверждении неисполнения решения, если это решение не может быть исполнено ipso iure или по соответствующему решению суда (например, в случае отмены судом в апелляционном порядке решения, предназначенного к срочному исполнению). Руководствуясь данным правилом, должник может ограничить и исполнение подтвержденного Европейским исполнительным листом решения в том случае, если в государстве-члене ЕС исполнение этого решения было остановлено или отложено. В том случае, если суд удовлетворяет прошение должника, должны быть остановлены любые действия по исполнению. Следует обратить внимание на то, что прошение подается на имя суда происхождения решения, т.е. на имя того же самого суда, который принял решение по делу и подтвердил его исполнительным листом. В регламенте не установлены сроки обращения с таким прошением, эти сроки должны находиться в зависимости от возникновения соответствующих обстоятельств, делающих исполнение решения невозможным. В обсуждаемой статье также не закреплены и процессуальные правила, руководствуясь которыми суд происхождения решения должен принимать решение по указанному прошению должника. Таким образом, решение этого вопроса оставлено на усмотрение lex fori государства-члена. В Законе Литовской Республики о введении регламента также не имеется прямого ответа на поставленный вопрос, однако по своей сути ближайшей следует признать ст. 7, в ч. 3 которой делается ссылка на ст. 593 ГПК.

Выдача формы ЕИЛ. Порядок выдачи ЕИЛ рассматривается в ст. 9 регламента, в первой части которой утверждается, что ЕИЛ выдается путем заполнения указанной в первом приложении формы. Использование утвержденной формы должно облегчить работу суда, обеспечить единую форму ЕИЛ во всех государствах-членах ЕС, а также облегчить его перевод. С другой стороны, необходимо обратить внимание на то, что использование утвержденной формы не только должно облегчить работу суда, но и обеспечить единообразие документов во всех государствах-членах. Поэтому данная форма является обязательной и не может быть каким-либо образом судом изменена. В

[1] Taborowski M. Der Europaeische Vollstreckungstitel fuer unbestrittene Vorderungen – ein kurzer Ueberblick aus polnischer Sicht. IPRax 2007, Heft 3. S. 253.

том случае, если ЕИЛ не соответствует установленной форме, его нельзя считать ЕИЛ. В соответствии со второй частью рассматриваемой статьи ЕИЛ оформляется на языке государства–члена происхождения решения. Здесь следует обратить внимание на то, что, согласно ч. 4 ст. 2 Закона Литовской Республики о введении регламента, ЕИЛ или его копия представляются для исполнения в Литве в переведенном на литовский язык виде. Ни регламент, ни законы Литовской Республики не требуют перевода судебного решения, на основании которого выдан ЕИЛ. И это является само собой разумеющимся, так как регламент содержит отказ от экзекватуры, а вся необходимая для исполнения информация предоставляется в ЕИЛ. Подтверждение судебного решения путем ЕИЛ происходит без заслушивания должника, так как его право быть заслушанным было реализовано во время судебного разбирательства.

Регламент не предусматривает для кредитора возможности обжалования действий суда, если тот отказывается от подтверждения судебного решения ЕИЛ. С другой стороны, в регламенте закрепляется право кредитора на обращение в любое время по вопросу выдачи ЕИЛ (ч. 1 ст. 6), поэтому, несомненно, следует признать право кредитора на повторное обращение о выдаче ЕИЛ.

Исправление и уничтожение ЕИЛ. Исчерпывающая система исправления и уничтожения ЕИЛ закреплена ст. 10 регламента. Как явствует из названия статьи, в тех случаях, когда ЕИЛ явно выдан неправомерно, он может быть либо изменен, либо уничтожен. То, что система исправления и уничтожения ЕИЛ является исчерпывающей, доказывает и четвертая часть рассматриваемой статьи, в которой утверждается, что выдача ЕИЛ не обжалуется. Данное положение должно быть истолковано таким образом, что любое корректирование ЕИЛ недопустимо, за исключением корректирования на тех основаниях и в том порядке, которые указаны в ст. 10. Поэтому невозможно и закрепление любых дополнительных мер в национальном праве. Следует обратить внимание на то, что ст. 10 закреплена система исправления и уничтожения в виде исключения уже выданного ЕИЛ, которая никак не связана и не ограничивает возможностей сторон процесса в применении закрепленных в национальном праве государства происхождения решения форм контроля над законностью и обоснованностью судебного решения. Регламент предусматривает, что прошение об исправлении и уничтожении представляется суду выдавшего ЕИЛ государства-члена ЕС. В ст. 5 Закона о введении регламента предусматривается, что как вопрос исправления, так и вопрос уничтожения решает выдавший ЕИЛ суд, а в тех случаях, когда поступает просьба об исправлении или уничтожении выданного на основании аутентичного документа ЕИЛ, решение принимает окружной суд местонахождения соответствующего нотариуса. Ни в регламенте, ни в Законе о его введении, ни в ГПК мы не находим ответа на очень важные, связанные с исправлением и уничтожением ЕИЛ, вопросы. Полностью без ответа остаются вопросы о том, в течение какого промежутка времени должник может обращаться в суд государства происхождения по вопросу исправления или уничтожения ЕИЛ, в каком порядке рассматривается соответствующее прошение и может ли быть обжалован отказ суда исправить или уничтожить ЕИЛ. По всем этим вопросам имеется явный правовой пробел, созданный литовским законодателем. Каким же образом следует поступать литовскому суду в случае получения соответствующего прошения должника? Прежде всего, нужно обсудить сроки обращения в суд. ГПК Литвы никакими сроками не ограничивает подачу прошений как об исправлении в решении допущенных ошибок в написании и арифметических ошибок, так и об исправлении исполнительного листа. Данной позицией намереваются обеспечить сторонам постоянную возможность исправления элементарных и очевидных, допущенных по неосмотрительности и не связанных с расследовательской деятельностью суда, ошибок. По всей видимости, такой же позицией следует руководствоваться и в отношении исправления и уничтожения ЕИЛ, поэтому в свете сложившейся на сегодняшний день ситуации необходимо руководствоваться положением, что представление суду прошения в соответствии со ст. 10 не ограничивается никакими процессуальными сроками, хотя, честно говоря, едва ли данная позиция приветствуется с точки зрения правовой верности и стабильности. Если говорить о процессуальных правилах, на основании которых рассматривается соответствующее прошение, то и здесь ясности ничуть не больше. Однако в этом случае уже можно воспользоваться аналогией со ст. 276 ГПК и на этом основании утверждать, что прошение может рассматриваться в порядке письменного процесса, а судебное определение должно быть выслано сторонам процесса в течение трех дней со дня его принятия.

Исправление ЕИЛ (п. «а» ч. 1). Единственным основанием для исправления ЕИЛ является *несоответствие судебного решения исполнительному листу вследствие существенной/материальной ошибки*. Прежде всего, следует обратить внимание на неточности литовского перевода,

ибо как в английском, так и в немецком оригинале речь идет о материальной, но не существенной ошибке. Таким образом, первым делом возникает вопрос: как следует толковать понятие «материальная ошибка»? Очевидно, что данное понятие не имеет ничего общего с контролем содержания судебного решения или с его исправлением, поскольку эта функция реализуется через формы контроля правомерности и обоснованности судебных решений в государстве-члене происхождения. Кроме того, в условии четко акцентируется, что ЕИЛ не соответствует содержанию решения, а не наоборот. Вследствие изложенных причин отсутствует основание для согласия с излагаемым в литературе мнением, что любое несоответствие ЕИЛ содержанию решения, на основании которого он выдан, создает условия для возможности его исправления[1]. Несомненно, здесь также случаются явные грамматические и арифметические ошибки[2].

Уничтожение ЕИЛ. В соответствии с п. «b» ч. 1 ст. 10 ЕИЛ *может быть уничтожен в том случае, если он, принимая во внимание установленные в регламенте требования, был выдан явно неправомерно*. По всей видимости, основным условием является «явно неправомерная выдача ЕИЛ». Очевидно, что, применяя понятие «явно неправомерно», предпринимаются действия в целях ограничения возможностей должника обращаться по вопросу уничтожения ЕИЛ, сужая эти возможности до основных случаев неправомерности. Однозначно ЕИЛ будет считаться подтвержденным неправомерно, если будет не доставать хотя бы одного закрепленного регламентом условия его подтверждения или же если решение вообще не подпадает под сферу действия регламента (например, в свете регламента требование не может считаться бесспорным).

Минимальные процессуальные требования. Основной целью минимальных процессуальных требований, закрепленных разделом III (ст.ст. 12–19) регламента, является обеспечение своевременного и надлежащего уведомления должника о предъявленном ему иске, об обязанности должника принимать активное участие в процессе в том случае, если он намерен опротестовать предъявленное требование, а также о последствиях неучастия и о мерах, которые он может предпринять в целях защиты своих прав или охраняемых законом интересов[3]. Говоря о минимальных процессуальных требованиях, следует обратить внимание на то, что ни в регламенте по вручению процессуальных документов, ни в данном регламенте не решается вопрос языка. В минимальных требованиях отсутствует закрепленное положение о том, что процессуальные документы на момент их вручения должны быть переведены на понятный адресату язык, ведь для того, чтобы была обеспечена надлежащая реализация права ответчика быть выслушанным, несомненно, понимание языка является одним из важнейших условий. Не представлено в регламенте и понятие своевременности вручения, оставляя это в компетенции lex fori, хотя в целях единых стандартов защиты должников такое урегулирование было бы желательно.

Закрепленные рассматриваемым разделом минимальные процессуальные требования не оказывают никакого непосредственного воздействия на национальное процессуальное право и должны трактоваться как нормы оценочного характера. На государства–члены ЕС не возложено обязательство перенимания данных положений в свое национальное право.

Минимальные требования к вручению процессуальных документов. Статья 13 и другие статьи регламента устанавливают минимальные требования, предъявляемые к вручению процессуальных документов, которые являются предметом автономного толкования. Наличие указанных требований еще никоим образом не означает существования самостоятельного института вручения процессуальных документов в ЕС, однако это уже определенная позиция, указывающая на то, какие способы вручения трактуются в Европе как обеспечение надлежащей защиты процессуальных прав должника. Изложенный в ст.ст. 13 и 14 список способов вручения процессуальных документов является исчерпывающим, а это, в свою очередь, означает, что вручение иным, чем указано, способом не соответствует установленному регламентом стандарту минимальных требований. Руководствуясь указанными статьями, вручаться должен документ, начинающий процесс, или же равноценный ему. Оба этих понятия следует разъяснять таким же образом, как и аналогичные понятия, применяемые в ч. 2 ст. 34 регламента «Брюссель-I». Вследствие того, что указанные в регламенте способы вручения оцениваются лишь как форма выражения определенных стандартов, их применение не может быть отделено от закрепленных в национальном праве способов вручения процессуальных документов, что тем самым вызывает и проблемы различных объемов применения регламента. Дело в том, что

[1] Rauscher T. Band I. Cit. op. S. 1510.
[2] Kropholler J. Cit. op. S. 596.
[3] Там же. S. 601.

закрепленный в регламенте способ вручения не может быть признан надлежащим, если его эквивалент не закреплен в национальном праве. Поэтому границы применения указанных способов будут отличаться в зависимости от содержания национального права каждого государства-члена, что, в свою очередь, не позволяет осуществить поставленные перед гражданским процессом ЕС цели.

Предоставление должнику минимальной информации о предъявленном требовании. В целях надлежащего обеспечения защиты прав должника в процессе выдачи ЕИЛ необходимо, чтобы во время рассмотрения дела должник был надлежащим образом информирован о существенных моментах процесса. Какая информация в свете вышеизложенного признается существенной – закреплено в ст.ст. 16 и 17. Установленной ст. 16 информацией осуществляется намерение обеспечить надлежащее информирование должника о предъявленном требовании, то есть о предъявляющих требование лицах (должны быть указаны обе стороны; указание представителей не требуется), о размере требования (должна быть указана конкретная денежная сумма), о процентах (информация о процентах не является обязательной, если в соответствии с lex fori государства процесса полагающиеся по закону проценты начисляются автоматически) и об основании требования (достаточно краткого обоснования требования). Понятно, что без данной информации должник вообще не может решить, будет ли он защищаться, как он будет защищаться и какими будут последствия его пассивности. Следует обратить внимание на то, что указанная информация должна быть предоставлена в начинающем процесс или равноценном документе. В ст. 16 предоставляется исчерпывающий список предназначенной для предоставления должнику информации, который в национальном праве не должен толковаться расширенно.

Путем указанной в ст. 17 информации осуществляется обеспечение надлежащего информирования должника о возможности оспаривания заявленного истцом требования и о последствиях его неоспаривания. Указанную в данной статье информацию следует предоставлять должнику только в указанных в ч. 1 ст. 12 случаях. К тому же следует обратить внимание на то, что, как и другие минимальные требования, указанные правила носят – оценивающий характер и не оказывают непосредственного влияния на национальное процессуальное право.

Пункт «a» ст. 17 содержит требование об информировании должника о возможности оспаривания заявленного истцом требования. Вследствие того, что вопросы оспаривания формы, содержания и сроков уступаются lex fori соответствующего государства-члена, в регламенте не назван исчерпывающий список критериев оценки информированности должника. В том случае, если национальное право предусматривает еще и дополнительные действия по оспариванию требования, о них должника также необходимо информировать. Особенно важно в этом случае информировать должника о возможных сроках оспаривания требования, о том, необходимо ли участие адвоката в процессе и пр.

В пункте «b» ст. 17 изложено требование об информировании должника о последствиях отказа от оспаривания требования, о последствиях неявки в суд, а также об обязанности возмещения судебных издержек. И в этом случае регламент не предоставляет исчерпывающего свода критериев, оставляя решение этого вопроса на lex fori. В любом случае должник должен быть информирован о том, что на основании принятого решения может быть выдан ЕИЛ, что может быть принято заочное решение на основании формальной оценки доказательств и пр.

Исправление и пересмотр минимальных требований вследствие их несоблюдения. Статья 18 регламента предусматривает в определенных случаях, когда в процессе не соблюдались указанные в ст.ст. 13–17 минимальные процессуальные требования, возможность устранения возникших вследствие этого недостатков процессуального характера и подтверждения принятого по делу решения ЕИЛ. Следует обратить внимание на то, что в соответствии со ст. 18 исправленным может быть любой недостаток, означающий нарушение минимальных процессуальных требований. Закрепленная в рассматриваемой статье система исправления недостатков основывается на установленном еще в ч. 2 ст. 34 регламента «Брюссель-I» положении о том, что запрещается отказ в разрешении выполнения решения, мотивируя это ненадлежащим вручением ответчику начинающего процесс процессуального документа, если, несмотря на данный недостаток, у ответчика была возможность оспорить судебное решение, но он ею не воспользовался. Изучая содержание ст. 18 по существу, можно сделать вывод, что здесь не говорится об исправлении недостатков процесса в прямом смысле этого слова. Исправление недостатков здесь понимается иначе, то есть закрепляется позиция, что если при наличии процессуальных недостатков констатируется соблюдение других указанных в статье дополнительных условий, то следует считать, что, несмотря на указанные недостатки, реализация процессуальных прав должника была достаточной для того, чтобы решение можно было бы подтвердить ЕИЛ.

В первой и второй частях рассматриваемой статьи предусмотрены две альтернативные возможности исправления недостатков. Первую часть следует применять в тех случаях, когда в процессе не соблюдались указанные в ст.ст. 13–17 минимальные процессуальные требования, а вторую – если не соблюдались перечисленные в ст.ст. 13, 14 минимальные требования вручения процессуальных документов. В любом случае следует обратить внимание на то, что указанные как в первой, так и во второй части требования к каждому способу исправления являются не альтернативными, а суммарными, то есть могут быть применены только при наличии всех указанных условий.

Несмотря на соблюдение указанных в регламенте минимальных процессуальных требований, допустима ситуация, когда должнику не по его вине документы вручены с опозданием, из-за чего он утрачивает возможность надлежащим образом подготовиться к своей защите. Во избежание именно таких ситуаций ст. 19 регламента предусматривается исключительная возможность проверки решения, основанная на национальном праве первичного государства. В том случае, если такая возможность в национальном праве не предусмотрена, решение не может быть подтверждено ЕИЛ. В Литве такие процессуальные возможности предусмотрены как при вручении прошения о заочном пересмотре решения, так и при обновлении процессуального срока предъявления возражений в документном процессе и процессе судебного приказа. Следовательно, упомянутая статья не закрепляет возможности самостоятельного контроля такого решения, но требует наличия данной процессуальной формы в национальном праве. В свете вышеизложенного положения ст. 19 также могут расцениваться как минимальные процессуальные требования. Поэтому суд, принимая решение по вопросу выдачи ЕИЛ, обязан проверить, предусмотрена ли в национальном праве возможность такого оспаривания, независимо от того, имели место или нет указанные в первой части ст. 19 помехи. Закрепленная в национальном праве возможность оспаривания решения, как и в случае ст. 18, должна предоставить условия для всестороннего контроля правомерности и обоснованности решения. Тем самым, без сомнения, все государства–члены подвергаются определенному давлению с тем, чтобы были закреплены указанные возможности оспаривания решения, иначе решения не будут соответствовать минимальным процессуальным требованиям и не смогут быть подтверждены ЕИЛ.

Указанная в рассматриваемой статье возможность оспаривания должна быть гарантирована в двух ситуациях:

– в том случае, когда документ о возбуждении дела или равноценный ему, или же, если требуется, повестка были вручены должнику одним из предусмотренных ст. 14 способов, но несвоевременно не по вине должника, и тем самым должник был лишен возможности подготовиться к защите надлежащим образом;

– в том случае, когда оспорить требование должнику помешали обстоятельства непреодолимой силы (force majeure) или же когда он не смог этого сделать в силу чрезвычайных обстоятельств и не по своей вине.

В первой части рассматриваемой статьи также закреплена обязанность должника незамедлительно использовать возможности оспаривания. Данную обязанность следует понимать таким образом, что должник обязан действовать, не нарушая установленных в национальном праве процессуальных сроков, а в случае наличия прошения об обновлении процессуального срока – исполняя обязательство способствовать стимулированию процесса.

Во второй части ст. 19, по сути, подтверждается главенствующий в регламенте общий принцип закрепления в нем лишь минимальных, предоставляющих возможность выдачи ЕИЛ, процессуальных требований к рассмотрению дела. Это дает возможность государствам-членам устанавливать и более благоприятные, чем предусмотрено в регламенте, возможности пересмотра решения.

В результате рассмотрения регламента ЕИЛ по бесспорным требованиям можно констатировать, что, несомненно, его появление – это очень серьезный шаг в осуществлении политики ЕС в обеспечении свободного передвижения в государствах-членах ЕС судебных решений по гражданским и коммерческим делам. С другой стороны, думается, что в силу слишком разных интересов государств-членов ЕС и недостаточного взаимодоверия к судебным системам этот шаг порядком ограничен. Избранный принцип регулирования, заключающийся в том, что регламент основывается на закреплении определенных минимальных «стандартов» процессуального характера и на контроле над их соблюдением, оставляет слишком много свободы национальному законодателю и таким образом создает благоприятные возможности для сужения границ применения регламента до минимума. Ну а несмолкающие дискуссии об отказе от контроля ordre public наглядно доказывают, что декларируемое полное доверие к судебным системам государств–членов ЕС является больше авансовым, чем реальным.

T.P. Shishmareva

Tendencies of bankruptcy proceedings development

Т.П. Шишмарева

Тенденции развития конкурсного производства

Статья посвящается проблемам правового регулирования конкурсного производства как ликвидационной процедуре несостоятельности (банкротства). Анализируются сущность и признаки конкурсного производства, тенденции развития материального и процессуального законодательства о конкурсном производстве. В статье используется метод сравнительно- правового исследования, в частности с доктриной и законодательством ФРГ.

The article deals with the problems of proceedings in bankruptcy legal regulation as a liquidating procedure of insolvency (bankruptcy). The essence and features of proceedings in bankruptcy, tendencies of material and procedural legislation on proceedings in bankruptcy are analyzed. The article uses the method of comparative law research, the doctrine and legislation of FRG in particular.

Современное российское гражданское законодательство с 1992 г. после длительного перерыва регулирует отношения в связи несостоятельностью субъектов гражданского оборота. Утраченный опыт правового регулирования такого рода отношений породил определенные проблемы как на законодательном уровне, так и в правоприменении. Институт несостоятельности, как ни какой иной цивилистический институт, должен, с одной стороны, отражать национальные особенности правовой системы, а с другой – соответствовать общеевропейским тенденциям.

За последние годы в Российской Федерации было принято три закона, предметом регулирования которых являются отношения с участием неплатежеспособных и несостоятельных должников. При принятии Закона «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» 1992 г.[1] заимствован прежде всего опыт законодательного регулирования США, что сказалось на концепции закона и понятиях, используемых в законе в ущерб традициям, сложившимся в российском законодательстве. В дальнейшем российский законодатель изменял и совершенствовал закон с целью более оптимального регулирования отношений с участием несостоятельных должников.

В действующем Законе «О несостоятельности (банкротстве)» 2002 г.[2] в качестве процедур несостоятельности названы наблюдение, финансовое оздоровление, внешнее управление, конкурсное производство и мировое соглашение.

Процедура наблюдения вводится с целью установления финансового состояния должника, сохранения его имущества и решения конкурсными кредиторами и уполномоченным органом дальнейшего движения производства по делу о несостоятельности. Финансовое оздоровление и внешнее управление, как и мировое соглашение, являются процедурами судебной санации. Все они применяются в отношении неплатежеспособных должников. Процедуры являются судебными.

Процедура конкурсного производства по своей сущности и направленности отличается от иных процедур несостоятельности. Она вводится над имуществом должника, признанного решением арбитражного суда несостоятельным, направлена на ликвидацию должника, являющегося юридическим лицом, и проводится с целью соразмерного распределения его имущества между кредиторами.

Правовая природа конкурсного производства является предметом дискуссий в современной российской цивилистической литературе.

Конкурсное производство не является исковым производством, поскольку в ходе конкурсного производства не разрешается по существу спор о праве, которого может и не быть, а преследуются

© Т.П. Шишмарева, 2008

Кандидат юидических наук, доцент кафедры гражданского права ЮИ СФУ.
Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of civil law.

[1] О несостоятельности (банкротстве) предприятий: Закон РФ от 19.11.1992 г. № 3929-1 //Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 1. Ст.6.

[2] О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

иные цели, связанные с соразмерным распределением имущества несостоятельного должника между его кредиторами.

Конкурсное производство есть судебная процедура, поскольку оно вводится над имуществом несостоятельного должника, признанного таковым решением арбитражного суда, на основании этого судебного решения.

В решении арбитражного суда о признании должника несостоятельным и введении конкурсного производства устанавливается факт несостоятельности должника, то есть неспособность должника исполнить его гражданско-правовые обязательства денежного характера и обязанности по выплате налогов и иных обязательных платежей ввиду недостаточности имущества, что не должно приводить к суждению о том, что оно представляет из себя решение об установлении юридического факта и соответственно к выводу, что производство по делу о несостоятельности есть особое производство.

В решении арбитражного суда о признании должника несостоятельным (банкротом) и введении над его имуществом конкурсного производства не разрешаются споры о праве и правовые споры, существующие между должником и его кредиторами.

В теории процессуального права различают спор о праве и правовой спор в качестве самостоятельных предметов искового производства и производства по делам, возникающим из публичных правоотношений[1].

Конкурсные кредиторы, которые обратились с заявлением о признании должника несостоятельным (банкротом), в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 39 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» предварительно должны разрешить имеющийся с должником спор о праве в ходе искового производства, начать исполнительное производство и лишь при невозможности исполнения судебного решения вправе подать заявление в арбитражный суд о признании должника несостоятельным (банкротом). Решение суда, которым предварительно разрешается спор о праве между заявителем (конкурсным кредитором) и должником, имеет преюдициальное значение при вынесении решения о признании должника несостоятельным.

Однако между должником и его кредиторами в ходе конкурсного производства (как и в ходе иных процедур несостоятельности) могут возникать и споры о праве гражданском, которые решением арбитражного суда о признании должника несостоятельным (банкротом) не разрешены. В этом случае для разрешения спора о праве в российском законодательстве применяются специальные процедуры.

Споры о праве между конкурсными кредиторами и несостоятельным должником разрешаются не в порядке искового производства, как предусмотрено процессуальным законодательством, а в ходе процедуры, регулируемой Законом «О несостоятельности (банкротстве)», когда кредитор предъявляет к должнику требование, размер которого может должником оспариваться. Оценивая существо этой процедуры, предусмотренной ст.ст. 60, 61 закона, отметим, что она есть не что иное, как исковая процедура, которое заканчивается, правда, вынесением не решения, а определения по существу спора, что не способствует реализации в полной мере конституционного права на защиту.

Исходя из положений Закона «О несостоятельности (банкротстве)» о соотношении конкурсного производства и процедуры разрешения спора о праве между конкурсным кредитором и должником, возможно сделать вывод о том, что процедура разрешения спора о праве представлена в закона как некая специальная процедура по отношению к конкурсному производству, в рамках которого она собственно существует, хотя исковое производство как процессуальная форма разрешения спора о праве гражданском является универсальным производством по отношению ко всем другим видам судопроизводства. Соответственно исковое производство может включать в себя иные процедуры, а не наоборот, как регулируется в российском Законе «О несостоятельности (банкротстве)».

Следовало бы внести в Закон «О несостоятельности (банкротстве)» изменения в этой части и предусмотреть разрешение возникающих между конкурсными кредиторами и должником спора о праве в исковом производстве, что концептуально было бы более верным и устранило бы противоречия между законом и АПК РФ и ГПК РФ.

Известно, что в дореволюционной литературе конкурсное производство чаще всего рассматривалось как исполнительное производство[2]. Концепция российского процессуального законодательства в этой части была заимствована из немецкой доктрины. Известно, что в действовавшем в Германии

[1] Сахнова Т.В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 57–61.

[2] Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4. изд. 4-е. М., 1912. С. 168–169. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4. 4-е изд. М., 1912. С. 168–169.

с 01.10.1879 г. до 01.01.1999 г. Konkursordnung конкурсное производство было урегулировано в виде сводного исполнительного производства[1]. В действующем Insolvenzordnung немецкий законодатель предусмотрел единственную процедуру – Insolvenzverfahren, в рамках которой возможна как ликвидация признанного судом несостоятельного должника, так и его санация, причем санации подлежит *предприятие* несостоятельного должника, хотя одновременно может быть санирован и сам должник[2]. Концепция Insolvenzordnung в этой части была заимствована из законодательства США, поскольку ранее действовавший Konkursordnung, приспособленный лишь для ликвидации несостоятельных должников в ходе конкурсного производства, не позволял производить ни санацию несостоятельного должника, ни его предприятия. Случай передачи предприятия должника новому собственнику (при невозможности санации самого должника) в литературе по конкурсному праву ФРГ обозначают как транслируемую санацию[3]. При этом процедура несостоятельности остается единой, она может применяться в разных вариантах в отличие от российского законодательства, где для каждой из процедур в Законе «О несостоятельности (банкротстве)» обозначена своя цель.

Однако в действующем российском Законе «О несостоятельности (банкротстве)» конкурсное производство в качестве сводного исполнительного производства, как в Германии, не регулируется. В учебниках по арбитражному процессу указывается на сходство исполнительного производства и конкурсного производства, однако эти процедуры все же не отождествляются[4].

Действительно, между этими процедурами имеются определенные общие признаки. Более всего сходство между ними проявляется в тех случаях, когда исполнительное производство осуществляется в отношении нескольких кредиторов, а имущества должника, являющегося конкурсоспособным субъектом, недостаточно для удовлетворения требований кредиторов. Отметим, что в ст. 55 Закона РФ «Об исполнительном производстве»[5] используется даже понятие «сводное исполнительное производство», хотя нормы закона не применяются для конкурсного производства.

Необходимо констатировать и существенные различия между указанными процедурами. Цель конкурсного производства – соразмерное распределение имущества несостоятельного должника между его кредиторами, хотя в ходе процедуры осуществляется деятельность должника, управление делами возложено на конкурсного управляющего. После окончания исполнительного производства, при котором удовлетворить требования кредиторов оказалось невозможным вследствие недостаточности у должника имущества, возможно введение конкурсного производства над имуществом должника, что еще раз подтверждает нетождественность процедур.

Само конкурсное производство суть судебная процедура, которая вводится над имуществом несостоятельного должника на основании судебного решения, не используются при проведении процедуры исполнительные документы, статус конкурсного управляющего и судебного пристава не идентичен, по окончании процедуры должник – юридическое лицо подлежит ликвидации, причем ликвидация должника является единственным правовым последствием конкурсного производства, если только в ходе конкурсного производства не было заключено мировое соглашение или не произошел поворот к внешнему управлению при наличии оснований для восстановления платежеспособности должника, когда прекращения деятельности юридического лица не производится.

Итак, процедура конкурсного производства в современном российском законодательстве не регулируется как исполнительное производство, если должник – юридическое лицо.

Однако в том случае, если конкурсное производство вводится над имуществом лица физического, то п. 1 ст. 209 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривается, что после вынесения арбитражным судом решения о признании физического лица несостоятельным и введении конкурсного производства исполнение этого судебного решения осуществляется судебным приставом-исполнителем на основании направляемого ему исполнительного листа в ходе исполнительного производства.

Исполнительное производство при недостаточности имущества у должника в отношении конкурсоспособных субъектов и конкурсное производство по своей сути однопорядковые явления. Тем не

---

[1] Gerhard Walter. Grundbegriffe des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts: eine Einführung an Hand von Fällen / von Walter Gerhard. Stuttgart, Kohlhammer, 1985. S. 147.

[2] Bork Reinhard. Einführung in das Insolvenzrecht. 4., neu bearbeitete Auflage. Mohr Siebeck, 2005. S. 186.

[3] Bork Reinhard. Einführung in das Insolvenzrecht. 4., neu bearbeitete Auflage. Mohr Siebeck, 2005.S. 187.

[4] Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 422.

[5] Об исполнительном производстве: ФЗ РФ от 02.10.2007 г. № 229-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

менее российский законодатель регулирует их как совершенно самостоятельные процессуальные процедуры.

В исполнительном производстве, как известно, подлежат принудительному исполнению судебные постановления и постановления иных органов. Отношения, связанные с реализацией принудительного обращения взыскания, – процессуальные по своему существу[1].

После введения в действие АПК РФ 2002 г. в процессуальной доктрине наметилась тенденция рассматривать конкурсное производство в качестве самостоятельного вида судопроизводства в арбитражном процессе, сочетающего в себе черты особого и искового производства[2].

Таким образом, процедура конкурсного производства в современном российском законодательстве эволюционирует к самостоятельной процессуальной процедуре, отличной от процедуры исполнительного производства.

Конкурсное производство как судебная процедура отличается своеобразием.

Признаки конкурсного производства исследованы в цивилистической литературе. А.Х. Гольмстен называет основные и второстепенные признаки конкурса. Среди основных признаков конкурсного производства – недостаточность имущества должника, иначе его несостоятельность; наличие нескольких кредиторов; определенный порядок удовлетворения требований кредиторов; к второстепенным или выводным признакам А.Х. Гольмстен относил образование конкурсной массы; управление имуществом несостоятельного должника; избрание органов управления имуществом должника[3].

В качестве основного признака, характеризующего конкурс как судебную процедуру ликвидации, следует, прежде всего, назвать *несостоятельность должника, признаваемую арбитражным судом.*

Установление юридического факта несостоятельности порождает конкурсное производство и является его единственным правовым последствием, если в ходе уже введенного конкурсного производства не представится возможности применить санационную процедуру или заключить мировое соглашение. Необходимо подчеркнуть, что несостоятельность, выявленная даже при обычной ликвидации, также влечет открытие конкурса согласно ст.ст. 224–225 Закона «О несостоятельности (банкротстве)», если в ходе обычной ликвидационной процедуры будет выявлена недостаточность имущества ликвидируемого юридического лица для удовлетворения требований всех кредиторов.

В соответствии с законом «О несостоятельности (банкротстве)» 1998 г. (ст.ст. 6–7) сам должник мог объявить о своей несостоятельности и ликвидироваться. При этом законодатель исходил из того, что ликвидация как результат объявления о своей несостоятельности осуществляется не по процедуре конкурсного производства (глава YI закона), а по иной процедуре (глава XI закона). Нетождественность этих процедур устанавливалась законодателем исходя из смысла ст. 181–183 Закона «О несостоятельности (банкротстве)» 1998 г. В действующем законе процедура добровольной ликвидации несостоятельного должника не применяется, вследствие чего законодателем изменено легальное понятие несостоятельности, в котором не приводится возможности объявления о своей несостоятельности самим должником, что было возможно по Закону «О несостоятельности (банкротстве)» 1998 г.

Таким образом, конкурсное производство открывается на основе факта несостоятельности, установленного исключительно арбитражным судом.

Под несостоятельностью должника понимается его неспособность удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам (абз. 2 ст. 2 закона). Законом «О несостоятельности (банкротстве) устанавливаются признаки несостоятельности. Для юридических лиц таким признаком выступает по общему правилу неплатежеспособность, а для физических лиц – неоплатность.

Итак, конкурс может быть открыт над имуществом только несостоятельного должника. В качестве должника по действующему гражданскому законодательству могут выступать субъекты, указанные в законодательстве о несостоятельности. Наряду с юридическими лицами несостоятельными могут быть и индивидуальные предприниматели (ст. 25 ГК РФ), а также обычные физические лица, правда, лишь после внесения соответствующих изменений в ГК РФ.

Наряду с несостоятельностью должника конкурсу присущ еще один признак – *конкуренция кредиторов*, поскольку удовлетворение требований одного кредитора даже и несостоятельного

[1] В отличие от отношений административного характера, связанных с реализацией судебным приставом – исполнителем охранительной функции.

[2] Сердитова Е.Н. Конкурсное производство как форма реализации решения арбитражного суда: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 7, 15.

[3] Гольмстен А.Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса. СПб., 1888. С. 1.

юридического лица должно осуществляться, на наш взгляд, в обычном порядке, в процессе искового производства, не требующего применения особых правил конкурсного производства. При появлении же нескольких кредиторов несостоятельного должника возникает необходимость осуществить защиту нарушенных субъективных прав одновременно нескольких кредиторов при недостаточности имущества должника и невозможности полностью удовлетворить заявленные требования. Именно поэтому возникает необходимость урегулировать отношения такого должника в особом конкурсном производстве. На конкуренцию кредиторов в качестве основного признака конкурса указывали А.Х. Гольмстен и Г.Ф. Шершеневич[1]. В связи с изложенным представляет интерес имевший место в литературе спор о возможности конкурса при единственном кредиторе. Подобное признавалось вполне допустимым в доктрине французского и германского гражданского права[2]. Эта точка зрения на существо конкурса была подвергнута справедливой критике в русской цивилистической литературе[3]. Отметим, что при единственном кредиторе несостоятельного должника отпадает необходимость соблюдения правил процедуры конкурсного производства, хотя и в этом случае, как показывает практика, могут возникать определенные проблемы защиты имущественных интересов кредитора.

Действующий закон «О несостоятельности (банкротстве)» содержит новеллу, которая предполагает открытие конкурсного производства даже при единственном конкурсном кредиторе или уполномоченном органе: «В случаях, если в деле о банкротстве участвует *единственный конкурсный кредитор или уполномоченный орган*, решения, относящиеся к компетенции собрания кредиторов, принимает такой кредитор или уполномоченный орган» (абз. 2 п. 1 ст. 12). Представляется, что открытие конкурсного производства недопустимо и в этом случае, так как указанная норма противоречит легальному определению конкурсного производства (абз. 14 ст. 2), в котором закреплен основной принцип конкурсного права – соразмерное удовлетворение требований кредиторов (par condicio creditorum), что означает возможность применения указанной процедуры лишь при столкновении требований нескольких кредиторов. Собственно понятие конкурс происходит именно из невозможности сполна удовлетворить требования нескольких кредиторов. В том случае, если имущества должника оказывалось недостаточно для удовлетворения требований всех его кредиторов, то «…по римскому выражению, удовлетворение производилось в этом случае по конкурсу (concursu partes habemus)» [4].

Понятие «concursus» является производным от понятия «concurrere», которое римскими юристами употреблялось в различных смыслах. Однако понятие «concursus» использовалось в одном, буквальном значении, а именно – стечение нескольких лиц в каком-либо праве или притязании на имущество. «О конкурсном процессе (concursus judiccum) стали говорить в средние века. Римской терминологии это выражение неизвестно»[5].

Предполагается, что при открытии конкурса кредиторы несостоятельного должника потерпят убытки, их требования будут удовлетворены лишь частично, и даже, может быть, кредиторы вообще не получат удовлетворения своих требований из-за отсутствия конкурсной массы.

Следует при этом иметь в виду, что при открытии конкурса будут учтены интересы всех кредиторов. При этом исключены случаи, когда кто-либо из кредиторов смог бы, опередив других, обратиться в суд и обеспечить удовлетворение своих требований за счет других кредиторов. Конкурс предполагает одновременное рассмотрение требований кредиторов. При обычном же порядке взыскания требования разных кредиторов могут быть объединены лишь при наличии определенных условий, кредиторы имеют возможность первыми обратиться в суд, не обращая внимания на имущественные интересы иных кредиторов. В конкурсном же производстве признание должника несостоятельным влечет за собой защиту интересов всех его кредиторов, ставит их в равные условия.

Характерным для конкурса является *образование конкурсной массы*, в состав которой включается все имущество несостоятельного должника, в том числе и полученное после открытия конкурса. В ходе конкурса возможны определенные сделки с имуществом, в результате которых состав и размер массы

[1] Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С. 5; Гольмстен А.Х. Исторический очерк конкурсного процесса. С. 1.

[2] Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. изд. 4. Т. 4. М., 1912. С. 163.

[3] См., напр., Дювернуа Н.Л. К вопросу о конкурсном процессе. СПб., 1892. С. 17; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4. С.163; Тур Н.А. Германские и русские законы о конкурсе. Карлсруэ, 1878–1880. Т. 3. С. 23.

[4] Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. СПб.: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. С. 55.

[5] Малышев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. С. 55.

могут быть изменены. Поскольку при открытии конкурсного производства руководитель должника отстраняется от управления его делами, то ведение дел в процессе ликвидации осуществляет конкурсный управляющий, назначаемый арбитражным судом по согласованию с кредиторами. Конкурсный управляющий, управляя делами ликвидируемого юридического лица, должен действовать добросовестно и разумно, исходя из интересов кредиторов и должника, а также публичных интересов.

Необходимо отметить, что состав конкурсной массы по-разному регулируется в конкурсном законодательстве разных стран.

Так, в ФРГ к конкурсной массе отнесено имущество, свободное от прав третьих лиц и принадлежащее должнику в момент открытия конкурса (подобным образом состав конкурсной массы определялся в Konkursordnung, который действовал до 1 января 1999 г.). Напротив, в США и Англии, Франции в состав конкурсной массы включается кроме этого еще и имущество, полученное должником в процессе конкурсного производства, что представляется вполне оправданным[1].

Итак, *конкурсное производство – это процессуальная ликвидационная процедура юридического лица или распределения имущества физического лица, применяемая к должнику, признанному несостоятельным решением суда, осуществляемая под контролем судебного органа в целях соразмерного удовлетворения требований кредиторов.*

[1] См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Р.Л. Нарышкиной. М.: Международные отношения, 1984. С. 208.

Раздел IV

Сравнительное трудовое право

E.V. Grechishnikova

Social dialog, social partnership, tariff autonomy: comparative law analysis

Е.В. Гречишникова

Социальный диалог, социальное партнерство, тарифная автономия: сравнительно-правовой анализ

Вопросы взаимодействия наемных работников и работодателей являются важной материей как международного, так и национального трудового права. Предлагаемая статья освещает проблемы такого сотрудничества на европейском, российском и германском уровне, проводя сравнительный анализ соответствующих правовых категорий и заложенной в них функциональности.

The issues of interaction between employees and employers are the important area of the international and national employment law. The article highlights the problems of such a cooperation on the European, Russian and German levels giving the comparative analysis of the relative legal categories and their functionality.

Отличительной чертой демократического государства может считаться оставление вне своего непосредственного влияния некоторых сфер социальной жизни и наделение участников определенных общественных отношений правом самостоятельного их урегулирования. В первую очередь, в теории права к такому виду правотворчества относят заключение коллективных (тарифных) договоров (соглашений) между наемными работниками и работодателями, их представителями. Данными актами могут устанавливаться положения, обязательные для исполнения не только непосредственными участниками этих договоров (представляемыми ими субъектами), но и третьими лицами. Однако, несмотря на общие характеристики коллективно-договорного регулирования, их фактическое проявление на практике имеет существенные отличия в разных правовых системах.

О понятиях. Исследование института коллективно-договорного регулирования трудовых отношений будет проводиться на примере категорий «социальное партнерство», «тарифная автономия» и «социальный диалог»[1]. Следуя основному правилу сравнительного правоведения, нужно, в первую очередь, установить сам термин, его возможные варианты и нормативно-правовую базу, в которой он закреплен.

В российском трудовом праве[2] социальному партнерству посвящен отдельный раздел Трудового кодекса (далее – ТК), устанавливающий в том числе и его легальное определение. Статья 23 «Понятие социального партнерства в сфере труда» закрепляет перечень участников и предмет, по поводу которого они вступают в соответствующие отношения. Не вполне понятным для немецкого ученого покажется включение в число участников взаимоотношений в системе социального партнерства органов государственной власти и органов местного самоуправления. Но еще больше удивляет сделанное ст. 25 ТК уточнение, потому что правовой статус государственных органов как работодателей в принципе не должен отличаться от статуса иных работодателей.

В трудовом праве Германии при изучении института коллективно-договорного урегулирования трудовых отношений, в первую очередь, становится очевидным его дуализм. С одной стороны, это уровень отдельного предприятия (Betrieb)[3], где условия труда могут регулироваться путем заключения

© Е.В. Гречишникова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета, Омский государственный университет.

Candidate of legal sciences, associate professor of Omsk State University Law faculty chair of theory and history of sate and law.

[1] Они регулируются соответственно российским, германским и европейским правом.

[2] Необходимо также отметить существование гарантируемых российской Конституцией права на создание профсоюзов и права на коллективные трудовые споры, включая забастовки.

[3] Буквальный и достаточно адекватный немецкому пониманию перевод данного понятия практически невозможен, как, впрочем, вряд ли применим и российский термин «организация».

коллективного договора (Betriebsvereinbarung, буквально – производственное соглашение) между работодателем и советом предприятия на основании Закона о правовом положении предприятия (Betriebsverfassungsgesetz). С другой стороны, речь идет об уровне надпроизводственном, о соглашениях, действующих, как правило, на нескольких предприятиях, в отдельной отрасли или на определенной территории[1]. Этот вид договоров заключается в рамках предоставленного Основным законом права на объединение каждого и представителей всех профессий для обеспечения и урегулирования экономических условий и условий труда (ч. 3 ст. 9 Основного закона). Право на заключение тарифных договоров, определяющих условия труда, в Основном законе напрямую не урегулировано. Его источник – судебная практика, в частности, данное Конституционным судом Германии толкование права на объединение применительно к рамкам полномочий коалиций (Kernbereichslehre)[2]. Согласно этой теории объединения работодателей и наемных работников наделяются правом тарифной автономии, то есть должны иметь возможность самостоятельно устанавливать условия труда и иные экономические условия. В этой сфере регулирования государство должно соблюдать нейтралитет и воздерживаться от принятия актов, способных ограничивать право тарифной автономии[3].

Включенный в Договор о Европейском сообществе его амстердамской редакцией термин «социальный диалог» (ст. 136) – новое явление для европейского права, причем легального определения данного понятия в самих положениях Договора не содержится. В последующих нормах (ст.ст. 138, 139) европейский законодатель говорит о диалоге между социальными партнерами, который при их обоюдном желании может привести к возникновению договорных отношений, включая заключение соглашений. Причем соглашения, заключенные на европейском уровне и касающиеся вопросов оплаты труда, права коалиций, регулирования забастовок и локаутов, исполняются в порядке процедуры и в соответствии с традициями социальных партнеров и государств–участников Европейского союза. Из вышесказанного, а также принимая во внимание положения решения Совета Европейского союза[4], можно сделать вывод, что под социальным диалогом в европейском пространстве понимается любая форма контактов между работниками, работодателями, их представителями по всем вопросам социального плана.

О содержании понятий. Статья 23 ТК закрепляет направленность всей системы взаимоотношений на *обеспечение согласования* интересов работников и работодателей. Подобная формулировка с учетом ст. 27 ТК явно отличается от немецкого варианта: обеспечение и урегулирование условий труда. Российская формулировка в большей мере соответствует представлению европейского права о сотрудничестве работников и работодателей, где предполагаются более гармоничные отношения социальных партнеров и отсутствие жесткого механизма воздействия (допустимых для обеих сторон мер трудовой борьбы), а также участие в определенных случаях в социальном диалоге органов Европейского союза.

Конкретные формы, в которых осуществляется согласование интересов работников и работодателей, закрепляет ст. 27 ТК России. Причем буквальное совпадение с правом тарифной автономии наблюдается только в отношении заключения тарифных (коллективных) договоров (соглашений). Проведение коллективных переговоров в Германии – это либо сфера регулирования самих тарифных договоров, либо процедура, сложившаяся на практике и иногда нашедшая подтверждение в решениях судебных органов.

Проведение взаимных консультаций как форма проявления социального партнерства в России регулируется в Германии Законом об обеспечении стабильности, носит название согласованной акции (konzertierte Aktion) и направлено на обеспечение общеэкономического равновесия в результате согласованных действий территориальных образований (федерации, земель, коммун), профсоюзов и объединений работодателей. Социальные партнеры на европейском уровне могут привлекаться к участию в регулировании вопросов социальной политики путем заслушивания мнения или дачи заключения.

Участие работников, их представителей в управлении организацией регулируется в трудовом праве Германии особым институтом, который по своим принципам – мирного сотрудничества и

---

[1] Этот вид договоров регулируется Законом о тарифном договоре (Tarifvertragsgesetz).

[2] BVerfGE, 50, 290, 368. В последнее время происходит частичный отход от сложившейся судебной практики.

[3] Однако сейчас наблюдаются попытки «вторжения» государства в исключительные сферы деятельности коалиций путем установления минимального размера оплаты труда в отдельных отраслях промышленности. Подобные действия вызывают возражения со стороны представителей работодателей и наемных работников, и не исключается постановка вопроса об их конституционности.

[4] Über soziale Integration durch sozialen Dialog und Partnerschaft // Amtsblatt der Europäischen Union. N 39. V. 18.02.2003. S. 1.

разрешения споров, учета интересов обеих сторон – ближе российскому понятию социального партнерства.

Возникающие в процессе проведения коллективных переговоров, подготовки и заключения тарифных (коллективных) договоров (соглашений) споры и в России, и в Германии разрешаются на основе применения как примирительных механизмов, так и методов трудовой борьбы. Различие наблюдается по источникам регулирования способов разрешения коллективных трудовых споров. В России – это достаточно детальные нормы ТК и некоторые отдельные решения судебных органов. Судебная практика является одним из источников, определяющим основные условия проведения забастовок и локаутов в Германии. Вторым источником считаются положения самих тарифных договоров. Таким образом, законодатель, продолжая сохранять свой нейтралитет, отказывается регулировать данные вопросы в нормативно-правовой форме.

О функциональном назначении. Несмотря на имеющиеся между исследуемыми явлениями различия в деталях, общая цель социального партнерства (тарифной автономии) в обеих правовых систем – это наделение работодателей и наемных работников правом на самостоятельное урегулирование условий труда[1]. Однако на практике наблюдаются серьезные различия при реализации предоставленных полномочий работодателями и наемными работниками. В Германии сложившаяся система существует уже несколько десятилетий, характеризуется сильной позицией профсоюзов, добивающихся с помощью мер трудовой борьбы заключения тарифных договоров на поставленных ими условиях и, не в последнюю очередь, негативно влияющих на ценовую политику в результате роста затрат на оплату труда. Учитывая неблагоприятное экономическое развитие в западных странах с высоким уровнем благосостояния, возникает необходимость изменения подхода к роли и значению принципа тарифной автономии в Германии. Осторожные попытки государства ограничить его рамки, вызванные скорее политическими настроениями электората, а не стремлением стабилизировать экономическую ситуацию, вызывают явное неприятие и противодействие со стороны коалиций.

В России складывается противоположная ситуация, когда нормы ТК очень детально регулируют социальное партнерство, причем делается упор на защиту интересов наемных работников (запрет локаутов). Но на практике многие из этих положений не могут быть реализованы. Однако подобное развитие, когда уровень организованности наемных работников очень низок, сильные профсоюзы, как и действенный механизм судебной защиты, отсутствуют, а также присутствует ряд иных факторов, более благоприятно сказывается на экономическом росте государства. Работодатели, не связанные коллективными договорами, устанавливая в одностороннем порядке размер заработной платы, могут влиять на стоимость производимой продукции и соответственно делать ее более конкурентоспособной на мировом рынке. С социальной же точки зрения подобное развитие нуждается в корректировке, которая, однако, невозможна без повышения правовой культуры работодателей, объединения наемных работников в действительно защищающие их интересы профсоюзы и усиления активности самих работников.

[1] В праве Европейского союза категория социального диалога, за исключением конкретно определенных случаев, пока еще не получивших широкого применения на практике, используется для согласования интересов различных представителей гражданского общества, как об этом говорится в решении Совета Европейского союза от 6 февраля 2003 г.

T.A. Zykina

Peculiarities of foreign legislation implementation in dismissing an employee at an employer's initiative

Т.А. Зыкина

Особенности реализации зарубежного законодательства при увольнении работника по инициативе работодателя

Опираясь на международные и европейские стандарты в сфере правового регулирования труда, автор анализирует особенности зарубежного законодательства об основаниях прекращения трудового договора по инициативе работодателя. В статье дается характеристика правил и процедур, которым должен следовать работодатель, если он принял решение уволить работника, а также называются меры, предпринимаемые с целью быстрейшего разрешения конфликта при несправедливых увольнениях работников по инициативе работодателей, закрепленные в законодательстве некоторых европейских стран.

Using international and European standards in the sphere of legal labour regulation, the author analyzes features of the foreign legislation about dismissals of workers at the initiative of employers. In the article the characteristic of rules and procedures to which the employer if he has made the decision to dismiss workers should follow is given. Also the measures undertaken for the purpose of the fastest resolution of conflict at unfair dismissals of workers at the initiative of employers, fixed in the legislation of some European countries are called in the article.

Глобализация мировой экономики постепенно увеличивает взаимозависимость между странами, включая рынок труда. При этом системы трудового права разных стран также имеют тенденцию к сближению. Основой этого процесса является не только экономика, но и интернационализация общественной жизни, а также расширяющаяся международная трудовая миграция. В этих условиях изучение зарубежной практики прекращения трудовых договоров по инициативе работодателей имеет не только теоретическое, но и большое практическое значение.

Базой для установления общих принципов права, определяющих основания и порядок прекращения трудового договора по инициативе работодателя, являются международные договоры. Тем не менее основополагающую в данной сфере конвенцию Международной организации труда (МОТ) «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» № 158[1] ратифицировали только тридцать четыре страны. В соответствии с конвенцией № 158 увольнение работников по инициативе работодателя допускается при наличии законных оснований, к которым отнесены производственная необходимость, поведение и способности работника. В обязательном порядке в разумные сроки работник должен быть предупрежден о предстоящем увольнении и имеет право, в частности, на выходное пособие, размер которого зависит от стажа его работы и заработной платы. Кроме того, в развитие данной конвенции МОТ приняла Рекомендацию № 166 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя», положения которой распространяются на все отрасли экономической деятельности и на всех работающих по найму лиц и дополнительно устанавливают ряд положений, регулирующих порядок увольнений по инициативе работодателей.

В большинстве развитых стран существуют во многих отношениях схожие правила и процедуры, которым должен следовать работодатель, если он принял решение уволить работника, в том числе:[2]

- обязательное обоснование увольнения (наличие уважительной причины увольнения);
- заблаговременное предупреждение по отношению к большей части увольнений;
- запрещение дискриминационных увольнений; ограничение увольнений беременных женщин и женщин – матерей, инвалидов;
- особый порядок увольнений профсоюзных работников и членов органов рабочего представительства предприятий;

© Т.А. Зыкина, 2008

Кандидат юридических наук, старший научный сотрудник, зав. кафедрой гражданского и трудового права, Института права и предпринимательства Архангельского государственного технического университета.

Candidate of legal sciences, senior research officer, Head of Arkhangelsk State Technical University Institute of law and business chair of civil and labour law.

[1] Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1983–1989.

[2] Киселев И.Я. Зарубежное трудовое право. М., 1999. С. 85.

• выплата выходного пособия;

• требование в отдельных странах согласования некоторых видов увольнений с административным органом или с органом рабочего представительства;

• установление определенных процедурных правил увольнений;

• материальная компенсация работнику в случае признания судом или арбитражным органом увольнения необоснованным, а в отдельных странах в определенных случаях обязательное восстановление на прежней работе при незаконном увольнении и выплата возмещения за вынужденный прогул.

Стоит, однако, отметить, что процесс нормативной унификации порядка индивидуальных увольнений по инициативе работодателя в странах Запада еще не завершен, даже если иметь в виду государства Европейского союза (ЕС), в котором для этого уже созданы необходимые условия.

Так, Директива 98/59/ЕС от 20 июля 1998 г. «О сближении законодательств государств-членов, относящихся к сокращениям штатов» является хорошим примером, когда в нормативном акте Европейского союза закрепляются коллективные трудовые права наемных работников, в данном случае – право на получение информации и проведение консультаций по поводу планируемых сокращений численности работающих.

Хотя Директива как таковая не запрещает работодателям уменьшать численность работающего персонала, она вводит этот процесс в строгие процедурные рамки, позволяющие снизить негативные последствия массовых увольнений. В этой связи Директива играет полезную роль в контексте новой Европейской политики содействия занятости, положения о которой были первоначально включены в учредительный договор о создании Европейского союза.

Правовой основой для принятия настоящей Директивы послужил Договор о ЕС[1], наделивший Совет Европейского союза правом издавать директивы по сближению законодательных положений государств-членов, которые непосредственно сказываются на создании и функционировании общего рынка. В отношении Директивы «О сближении законодательств государств-членов, относящихся к сокращениям штатов» сложилась и продолжает развиваться судебная практика Европейского Суда по правам человека. Суд, в частности, уточнил требования к условиям выплаты компенсации увольняемым работникам[2].

В законодательстве многих западных стран принято выделять две группы увольнений по инициативе работодателя: справедливые, которые следует понимать как основанные на законе, и несправедливые, при которых работодатель нарушает нормы материального или процессуального права, либо и те и другие. Большинство стран сегодня имеют четко выраженное законодательное требование о том, что увольнения по инициативе работодателя должны быть справедливыми, то есть осуществляться только по уважительным причинам. Любая из причин, послужившая основанием для увольнения, должна быть веской и достаточно серьезной для оправдания увольнения. При этом в большинстве западных стран уволенный работник вместо восстановления на прежней работе может потребовать денежную компенсацию от бывшего работодателя.

Обычно увольнения по производственным причинам, например при сокращении персонала, рассматриваются как справедливые. Имеются в виду ситуации, когда увольнение работников является следствием спада деловой активности работодателя или реорганизации либо реструктуризации организации, но никак не связано с конкретными работниками. Оно может касаться как прекращения бизнеса в целом, так и сворачивания его определенной части или работы, исполняемой одним или несколькими работниками. Но если увольнение связано с личностью работника, то при наличии ряда обстоятельств оно может быть признано несправедливым независимо от соблюдения работодателем процедурно-процессуальных норм. Безусловно несправедливыми считаются, например, увольнения беременных женщин, женщин, которые находятся в отпуске по уходу за детьми, членов профсоюза и др.[3]

В Великобритании трудовое законодательство[4] предоставляет каждому работнику, который был уволен после года или более непрерывной работы и не достиг пенсионного возраста, право обратиться в трудовой трибунал за признанием увольнения несправедливым. Согласно официальной

---

[1] Единый европейский акт. Договор о Европейском союзе. М.: Право, 1994. С. 45–246.

[2] http://www.trudsud.ru/ru/docs/legislation/A7

[3] Labour Law Text and Materials / H Collins, K.D. Ewings, A. McColgan. Oxford-Portland. 2002. C. 563.

[4] Первоначально в Industrial Relations Act (IRA) 1971 г. Далее это право было закреплено Employment Rights Act (ERA)1996.

статистике только за период 1993–1995 гг. было подано 25 803 иска о несправедливом увольнении, из них 41,8 % были удовлетворены[1].

Работодатель, принявший решение об увольнении работника, должен свободно ориентироваться в нормах права или имеющихся прецедентах, регулирующих данный процесс, поскольку его ошибки в данной сфере могут привести к серьезным материальным потерям.

Увольнение работника, особенно если оно произошло с нарушением действующего законодательства, совершенно обоснованно расценивается работодателями как экономически невыгодное, поскольку обходится дороже, чем выплата заработной платы. Например, во Франции, где социальная защита работников наибольшая в Европе, средняя стоимость увольнения, в которой большую часть составляет выходное пособие, выражается в сумме, близкой к 40 тыс. долларов. По этой причине работодатели стараются свести увольнения к минимуму, прибегая к сокращению нормальной рабочей недели, выплате компенсаций работникам в связи с переездом на новое место жительства, профессиональной переподготовке, финансовому стимулированию досрочного выхода на пенсию, займов по льготным процентным ставкам для желающих открыть собственное дело. В США действует политика «терпеливой последовательности», суть которой также выражается в превентивных мерах: в уменьшении фонда заработной платы без изменения занятости; в сокращении найма и отказе от возобновления трудовых контрактов с временными работниками и работниками, занятыми неполный рабочий день, а также в перемещении персонала на другие рабочие места. Работодатели Японии устанавливают различные условия работы и трудовой распорядок для постоянных работников, временных служащих и служащих мелких компаний. В целом же экономическая модель государственной политики этой страны стимулирует стратегическое мышление, конкуренцию и инновации, постоянное повышение квалификации персонала и частую ротацию кадров внутри компании и сети филиалов, что увеличивает шансы работников при трудоустройстве[2].

Так, трудовой трибунал в Великобритании обязал работодателя выплатить Мигелю Вилозо (Miguel Veloso) 11 000 фунтов стерлингов, как несправедливо уволенному. М. Вилозо был занят на работах, связанных с подъемом тяжестей. Работодатель уволил его немедленно, без предупреждения, когда узнал, что врач не рекомендовал М. Вилозо поднимать какие-либо тяжести. Помимо игнорирования установленной в законе обязанности по предварительному уведомлению работника о предстоящем увольнении работодатель не убедился в верности медицинского диагноза, который впоследствии не нашел официального медицинского документального подтверждения.

Кроме вероятности экономических потерь, как для работника, так и для работодателя, необходимо принимать во внимание то, что утрата работы разрушительно действует на психику работника. К такому заключению пришла группа ученых из нескольких университетов США и Франции, проводивших масштабное исследование, в котором приняло участие 24 тыс. человек[3]. Психологи утверждают, что потеря работы является серьезным испытанием для любого человека, причем наибольшие переживания и стрессовые состояния возникают, если причиной ее потери было увольнение по инициативе работодателя. Необходимо также учесть, что работники, оставшиеся в штате компании, переживают не меньший стресс, чем уволенный работник. Особенно если увольнение произошло со скандалом или работник обратился в судебные органы для отстаивания своих прав. В таком случае трудовая мотивация персонала может измениться в отрицательную для работодателя сторону.

Безусловно, каждый работник имеет право на защиту против необоснованного увольнения. Например, право Европейского союза зафиксировало такую возможность в ст. II-30 Хартии фундаментальных прав Союза[4].

Помимо традиционных оснований увольнения по инициативе работодателя, таких как несоблюдение работником трудовой дисциплины или причинение им материального ущерба работодателю, иногда имеют место ситуации не совсем обычные. Так, работник берлинской фирмы “Лазерлайн”, несмотря на шесть лет безупречного труда, был уволен за доказанный работодателем факт курения работником в собственном доме. Суд признал увольнение законным, поскольку полный отказ от курения был одним

[1] Sinclair A, Botten N. Cahill S Unfair Dismissal, Representation and Compensation / Web Journal of Current Legal Issues in association with Blackstone. Press Ltd, 2000. № 5.

[2] О зарубежной практике социальной защиты работников, высвобождаемых в процедуре ликвидации предприятия // http://www.neg.by/publication/2002_07_19_739.html

[3] Вас уволили? Догадайтесь за что// http://www.job3k.ru/articles?oid=8

[4] http://www.trudsud.ru/ru/docs/publications/eu_charter

из условий трудового договора с этим работником, за что он получал ежемесячную надбавку к зарплате в размере 100 евро[1].

Интересно, что на Западе в последнее время очень распространенной причиной увольнения стало нецелевое использование работниками Интернета и электронной почты. Согласно опросам 212 компаний, в них за один год по этой причине было уволено 358 человек, из них две трети были уличены в просмотре или распространении запрещенных по моральным причинам сайтов. По статистике, треть интернет-сайтов, посещаемых в рабочее время, никакого отношения к работе не имеют. В то же время за мошенничество, оскорбление, насилие и нарушение правил техники безопасности в этих же компаниях было уволено в общей сложности 326 человек[2].

Испытательный срок – традиционный способ, который используют все зарубежные работодатели, чтобы определить профессиональную пригодность работника. Срок испытания, порядок и условия его применения определяются либо в законах, либо в коллективных договорах, иногда это условие применяется в силу сложившегося обычая. Например, в Японии вопрос установления испытательного срока решается непосредственно между работодателем и работником.

Продолжительность испытательного срока варьируется от одной недели до одного года в зависимости от страны и категории работников. В Израиле испытательный срок для руководителей предприятий составляет 1–2 года, а для работников других специальностей – 6 месяцев. Длительные сроки установлены также в Швеции, Финляндии, где работника проверяют на профессиональную пригодность в течение полугода. Самое непродолжительное испытание установлено для рабочих в Бельгии: от 7 до 14 дней.

Традиционно работодатель был вправе уволить работника без предупреждения и выплаты выходного пособия в период испытательного срока или сразу после его истечения. Однако в настоящее время в ряде стран предусмотрены особые гарантии лицам, проходящим испытательный срок, которые учитывают их интересы. К таким гарантиям относятся предупреждение об увольнении, компенсация за неиспользованный отпуск, специальные гарантии для инвалидов и женщин и др. В Бельгии, например, работодатель должен предупредить работника о предстоящем увольнении за неделю до увольнения. В Германии за две недели. При этом от работодателя требуется, чтобы он получил согласие производственного совета, а если увольняют женщину-работницу, то и с согласия государственного административного органа. Работник, желающий уволиться в период испытательного срока, также обязан предупредить нанимателя за две недели. В Швеции предприниматель должен сообщать профсоюзной организации, если он отказывает в приеме на работу работнику – члену профсоюза, принятому с испытательным сроком[3].

Отдельно следует остановиться на мерах, предпринимаемых с целью быстрейшего разрешения конфликта при несправедливых увольнениях работников по инициативе работодателей.

В этой связи показателен опыт Великобритании, где активно действует государственная служба консультации, примирения и арбитража, АКАС (ACAS). Эта служба была учреждена в 1974 г., но в законодательном порядке ее деятельность закреплена в 1975 г. Во главе этого трехстороннего органа стоит совет, состоящий из представителей организаций предпринимателей, профсоюзов и независимых лиц (как правило, юрисконсультов и ученых, специализирующихся в области трудовых отношений и управления персоналом). Одна из функций ACAS состоит в ее выступлении в качестве третьей стороны в примирении сторон при возникновении трудового спора. Сегодня в рядах ACAS насчитывается около 1000 штатных сотрудников. Почти 60 процентов всех ресурсов ACAS уходит на выполнение функции индивидуального примирения.

В Великобритании работник имеет право обратиться с жалобой в трибунал по трудовым спорам в случае, когда, по его мнению, его трудовые права нарушаются. Следует учесть, что 32 процента от общего количества обращений составляют несправедливые увольнения. Трудовой трибунал посылает копию жалобы работника в ACAS и работодателю заявителя. ACAS в свою очередь высылает письмо–приглашение заявителю и его работодателю или их представителю в службу ACAS для проведения с их помощью добровольных примирительных мероприятий.

Основная цель ACAS состоит в том, чтобы большая часть дел, поступающих на рассмотрение трибунала по трудовым спорам, были улажены или отозваны до их слушания в трибунале. Служба трудового трибунала и ACAS являются отдельными и независимыми друг от друга организациями. Трудовой

[1] Дирекция берлинской фирмы уволила сотрудника за курение... у себя дома// http://ami-tass.ru/print.html
[2] Вас уволили? Догадайтесь за что// http://www.job3k.ru/articles?oid=8
[3] Испытательный срок – средство от неприятностей //http://www.job3k.ru/articles?oid=7

трибунал готовит дело к слушанию, как правило, в течение 6–9 месяцев с момента подачи жалобы, в этот период служба ACAS может повлиять на спорящие стороны и привести их к примирению.

В случае урегулирования трудового спора ACAS составляет имеющее юридическую силу соглашение, которое подписывают обе стороны, а затем информирует трибунал об урегулировании вопроса. В таких случаях дело считается рассмотренным.

В тех случаях, когда невозможно прийти к общему соглашению, возможен вариант передачи дела в арбитражную систему ACAS, которая действует с 2001 г. При обоюдном согласии на этот шаг стороны обговаривают с помощью сотрудника службы – медиатора компромиссное решение. Принимая решение передать дело в арбитраж, стороны обязуются выполнять решение арбитра, хотя оно и не является юридически обязательным[1].

Итак, к особенностям реализации законодательства при увольнении работников следует отнести, прежде всего, установление обязанности работодателя учитывать обстоятельства, при которых увольнение по его инициативе не может быть признано как справедливое, а также установление ответственности работодателя за несправедливое увольнение. В тех ситуациях, когда работник оспаривает увольнение как несправедливое, работодатель может удовлетворить требования работника в добровольном порядке, принять участие в примирительных процедурах или выступить в суде с обоснованием своей позиции.

[1] Служба АКАС (ACAS) в Великобритании// http://www.trudsud.ru/ru/docs/publications/3

V.M. Lebedev

Labour law system

В.М. Лебедев

Система трудового права

В статье рассматривается вопрос о системе трудового права. Для разграничения трудового права (рода, системы) на части (виды, институты, подинституты, субинституты, сквозные институты) необходимо единое основание – системообразующий фактор. Таким системообразующим фактором автором предлагается признать интерес субъектов трудового права. Аналогичный подход к классификации норм трудового права применяется в зарубежном трудовом праве, например в Германии, Англии. По данному критерию в системе трудового права выделяются общие положения, индивидуальное и коллективное трудовое право.

This article describes system of labor law. To differentiate labor law (kind, system) asunder (kinds, institutes, subinstitutes, prevailing institutes etc.) it's necessary single bases that is backbone factor. The author admits that such backbone factor is mutual interest of subjects of labor law. Similar approach to a classification of labor law provisions is used in labor law of foreign countries, for example, Germany, Great Britain. According to this criteria, in the system of labor law is separated out general provisions, individual and collective labor law.

Трудовое право как любая социальная система характеризуется элементами, составляющими ее содержание, и их взаимной связью – структурой. Эффективность изучения системы зависит от того, насколько удачно исследователь выбрал исходные позиции для ее анализа, в частности системообразующий фактор. Система, в том числе и правовая, имеет свой системообразующий фактор. В теории систем считается аксиомой, что системообразующий фактор всегда должен быть один и должен находиться вне самой системы. Это своеобразное средство ее построения, совершенствования.

Трудовое право как система, по мнению современных ученых, основывается несколько на иных положениях. Общеизвестно, что для выделения российского трудового права, как и ряда других отраслей, используется не один, а несколько системообразующих факторов – предмет, метод правового регулирования, а в некоторых случаях – наличие достаточного количества норм, заинтересованность государства, общества в их оформлении в качестве самостоятельной отрасли. В истории становления российского права мы находим достаточное количество подтверждений этим выводам. Можно упомянуть, например, выделение трудового права из гражданского или отпочкование права социального обеспечения от трудового. При этом не обращается внимания на тот факт, что элементы системы трудового права взаимопересекаются, конкурируют друг с другом. Все это приводит к необходимости конструировать сквозные, генеральные институты, субинституты и т.п. Однако такого рода попытки вовсе не сглаживают недостатки существующей в настоящее время теории системы трудового права России. Более того, они негативно сказываются и на методике преподавания. Студенту, например, сложно сколько-нибудь доступно без ущерба для содержания излагаемого материала объяснить, почему расторжение трудового договора должно предшествовать рабочему времени или дисциплине труда. Как известно, ст. 81 ТК РФ содержит такие основания увольнения работника как прогул, то есть его отсутствие на рабочем месте без уважительных причин в течение всего рабочего дня, смены независимо от их продолжительности, а также отсутствие на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд и за совершение других дисциплинарных проступков. Не трудно заметить, что увольнение, прекращение трудового правоотношения является самостоятельным институтом, который должен завершать их системную расстановку, предшествуя только рассмотрению трудовых споров.

Другими словами, несовершенная система трудового права порождает недостатки (смежных) иных систем – науки трудового права, методики ее преподавания и др.

Огорчает тот факт, что в современной науке трудового права не предпринимается попыток пересмотреть систему трудового права, согласиться с тем очевидным фактом, что она должна подчиняться хотя бы основным положениям теории систем. Так, научная классификация элементов

© В.М. Лебедев, 2008

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой природоресурсного, экологического и земельного права Юридического института Томского государственного университета.

Doctor of legal sciences, professor, Head of Tomsk State University Law institute chair of natural resources, environmental and land law.

системы предполагает соблюдение следующих элементарных правил: 1) между родом и суммой его видов должно быть тождество; 2) все виды должны быть дизъюнктивными, то есть должны исключать друг друга; 3) для расчленения рода на виды должно быть одно основание[1] – системообразующий фактор. Перечисленные правила считались общепринятыми еще в XVIII веке. Юристы до сих пор не могут взять их на вооружение в своей исследовательской работе. Нельзя не замечать, что система трудового права России построена в нарушение всех правил научной классификации. Так, если считать трудовое право родом (системой), то совокупность его видов (институтов) должна быть тождественна целому. Если обратиться к анализу трудового права, его разделению на институты, то окажется, что объединение в единое целое основных институтов (трудовой договор, рабочее время, заработная плата) и сквозных (например, дисциплина труда) вряд ли образует то единое целое, что в современной науке именуется трудовым правом. Их также нельзя признать дизъюнктивными, поскольку приведенные институты трудового права очевидно не исключают друг друга. Так, нельзя понять дисциплину труда без обращения к нормам рабочего времени (прогул, опоздание и другие дисциплинарные проступки, основывающиеся на непроизводительном использовании работником рабочего времени), заработной платы (стимулирование, депремирование). Перечень такого рода одновременного включения в тот или иной институт одних и тех же норм трудового права при желании можно продолжить.

И, как уже упоминалось ранее, для разграничения трудового права (рода, системы) на части (виды, институты, подинституты, субинституты, сквозные институты и др.) необходимо единое основание – системообразующий фактор. Использование для построения (изучения, изложения) системы трудового права нескольких оснований (системообразующих факторов), как это делается в настоящее время, нельзя признать удачным опытом.

В качестве альтернативного системообразующего фактора можно, например, предложить интерес субъектов трудового права. А поскольку речь идет о правовой системе, то точнее говорить об охране интереса. Такой подход уже использовался нами в процессе изучения функций[2] и системы трудового права[3].

Обычно в науке трудового права выделяется две основные функции: производственная и защитная. Они определяются как основные направления правового воздействия норм трудового права на общественные отношения (поведение субъектов). Само же направление правового воздействия не анализируется. Видимо, отраслевики оставляют эту задачу решать на уровне общей теории права.

Предприняв попытку раскрыть содержание этого понятия, мы попытались ответить на следующие вопросы: защитить кого? Регулировать с какой целью? Охранять что? Ответы на эти вопросы позволили сделать вывод, что нормы трудового права защищают в конечном счете интересы субъектов трудового права (см. ч. 1 ст. 1 ТК РФ).

В ч. 2 ст. 1 ТК РФ законодатель определяет цели трудового законодательства (основные задачи). Это создание необходимых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудового отношения, интересов государства.

Такой подход позволяет абстрактные формулы защитной и производственной функций наполнить достаточно конкретным трудоправовым содержанием, то есть соответствующим анализом норм трудового права, которые обеспечивают (разграничивают, согласовывают, стимулируют) интересы субъектов трудового права.

Интересы можно различать по субъектному составу: интересы наемного работника, трудового коллектива; интересы собственника средств производства; совместные интересы наемных работников и работодателя; интересы представителей (выборных органов) трудового коллектива; интересы представителей работодателя (его команды).

Трудовое право регулирует, защищает интересы каждого из перечисленных субъектов трудового права. Следовательно, каждому виду интересов соответствует определенная функция трудового права: обеспечения интересов собственника средств производства в процессе производства

---

[1] См.: Гетманова А.Д. Учебник логики. М.: Кнорус, 2006. С. 296.

[2] См.: Н.И. Дейч. Функции трудового права: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Томск, 2006; Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Книга первая. М.: Статут, 2007. С. 96–98.

[3] Мельникова В.Г. Система трудового права Российской Федерации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Томск, 2004.

товаров, оказания услуг, выполнения работ, создания для них необходимых условий реализации (достижения) своих интересов в процессе применения наемного труда; обеспечения интересов наемного работника, трудового коллектива; создание (закрепление) условий для разграничения и согласования интересов трудового коллектива и работодателя (собственника средств производства); обеспечения интересов работающих представителей выборных органов трудового коллектива; обеспечения интересов представителей работодателя.

Анализируя трудовое право как систему, также можно использовать интерес в качестве системообразующего фактора. Такое основание классификации норм трудового права позволяет выделить коллективное и индивидуальное право.

Нормы, определяющие, разграничивающие и защищающие интересы коллективных субъектов трудового права (трудового коллектива, его представительных органов, объединений работодателей и др.), составляют обособленную, вполне самостоятельную часть трудового права. Они не пересекаются с нормами индивидуального трудового права, которые определяют, разграничивают и защищают интересы индивидуальных субъектов – работников, работодателей.

Аналогичный подход к классификации норм трудового права применяется в зарубежном трудовом праве, например в Германии, Англии.

Так, немецкие ученые Хромадка, Машманн, Брокс, Рютерс, Хенсслер выделяют коллективное трудовое право (kollektives Arbeitsrecht). Они характеризуют его как нормы, регулирующие отношения между работодателем (объединениями работодателей) и работниками (представителями работников), которые устанавливают правила участия работников через своих представителей в установлении условий труда.

Коллективное трудовое право Германии преследует следующие основные цели: установить договорный паритет и согласовать интересы отдельного работника с интересами общества. Соответственно в коллективном трудовом праве Германии различают тарифное право и право участия работников в управлении организацией.

Индивидуальное трудовое право Германии (Individualarbeitsrecht) включает нормы, регулирующие трудовой договор, заработную плату, прекращение трудовых отношений, профессиональное обучение работников[1].

Целесообразно выделять и общую часть. В зарубежном трудовом праве ее именуют «общие положения» (Grundlagen des Arbeitsrechts).

В силу экономии правового материала законодатель не повторяет при изложении, например, процедуры применения той или иной нормы коллективного или индивидуального трудового права одни и те же правила, вынося их, образно говоря, за скобки, то есть за пределы коллективного или индивидуального трудового права. Другими словами, в основе выделения общей части лежит также интерес – интерес законодателя, связанный с реализацией известного правового принципа правовой экономии – экономии законодателем правового материала.

Деление индивидуального или коллективного трудового права на институты может осуществляться на основе выявления сферы реализации интересов субъектов трудового права. Так, в индивидуальном трудовом праве такими сферами являются завязка трудового правоотношения, его изменение; защита персональных данных работника; сфера непосредственного соединения рабочей силы со средствами производства, участие в распределении произведенного продукта; рабочее время и время отдыха; охрана труда; дисциплина труда; профессиональная подготовка, переподготовка, повышение квалификации; оплата труда; сфера прекращения трудового правоотношения – расторжение трудового договора.

Аналогичным образом можно классифицировать и нормы коллективного трудового права, выявляя сферы реализации прав и обязанностей соответствующих субъектов.

[1] Hromadka W., Maschmann F., Arbeitsrecht. Bd. 1 Individualarbeitsrecht. 3. Auflage. Heidelberg, 2005. Marschollek. Arbeitsrecht. 15. Auflage. Muenster, 2006.

V.G. Melnikova

The dual system of employee's interests representation in Germany

В.Г. Мельникова

Дуальная система представительства интересов работников в ФРГ

В статье рассматривается существующая в ФРГ двухуровневая система представительства интересов работников, включающая в себя защиту прав работников профессиональными союзами путем заключения тарифных договоров и систему участия работников в управлении предприятием. В работе проанализированы правовое положение представителей работников, особенности их деятельности. Особое внимание уделяется содержанию тарифных договоров и производственных соглашений.

The article considers the existing in FRG two-level system of employees' interests' representation which involves protection of employees' rights by trade unions through conclusion of tariff contracts and the system of employees' participation in managing the enterprise. Employees' representatives' legal status, peculiarities of their activity are analyzed in the article. The content of tariff contracts and industrial agreements are given special consideration.

В Германии в трудовом отношении стороны объективно находятся в неравном положении. Средством выравнивания договорного паритета и приведения к единству интересов отдельного человека с интересами общества служит система представительства интересов работников. Первая задача решается путем взаимодействия объединений работников и работодателей в рамках тарифного права, вторая – посредством участия работников в управлении предприятием. Профсоюзы и производственные советы являются более сильными, чем работники, партнерами работодателей. Поэтому тарифный договор и производственное соглашение имеют нормативную силу.

В Германии существует дуальная система представительства работников – на предприятии действует производственный совет, а на межпроизводственном уровне – профсоюзы. Для каждой из систем представительства существует своя нормативная база, различные исходные принципы и круг решаемых вопросов. Между обеими защитными силами работников, профсоюзами и рабочими представителями (производственными советами), нет четкого разделения по задачам. Основной задачей профсоюзов является согласование материальных условий труда на межпроизводственном уровне, в то время как производственные советы в первую очередь принимают участие в управлении на предприятии, то есть в решении вопросов, в большей степени касающихся организации труда.

Отношения профсоюзов и производственных советов должны строиться на основе сотрудничества. Зачастую члены производственного совета одновременно являются членами профсоюза. В соответствии с законодательством – это самостоятельные субъекты, не подчиняющиеся друг другу. По мнению законодателя, профсоюзы должны поддерживать производственные советы. Но оба института – это представители работников, и поэтому они необходимым образом периодически вмешиваются в дела друг друга. Законодатель разграничил сферы деятельности между профсоюзами и производственными советами. Не допускается регулирование условий труда через производственное соглашение, если об этом идет речь в тарифном договоре или он решается каким-то иным образом (§ 77 Закона о статусе предприятий – BetrVG). Тарифный договор обладает большей юридической силой по отношению к противоречащим ему производственным соглашениям. Таким образом, каждый из представительных органов выполняет собственные задачи, специфическими способами защищая интересы работников. Производственные советы не заменяют профсоюзы, а обеспечивают социальный мир и порядок на предприятиях.

Для тарифного права Германии основополагающим является принцип тарифной автономии. Согласно данному принципу работодатели и работники определяют условия труда путем свободных переговоров без регулирующего вмешательства государства. Стороны тарифных договоров согласовывают условия об оплате труда, стипендиях лицам, заключившим ученические договоры, о рабочем времени и об отпусках.

© В.Г. Мельникова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры природоресурсного, земельного и экологического права ЮИ ТГУ.
Candidate of legal sciences , associate professor of Tomsk State University Law institute chair of natural resources, land and environmental law.

Основным законом защищается свобода коалиций. Коалиции – это объединения работодателей или работников для сохранения и развития трудовых и экономических условий. Важнейшие коалиции – профсоюзы и союзы работодателей – основанные на членстве объединения, профессиональные организации, и поэтому являются представителями интересов всех работников и работодателей. Профсоюзы и союзы работодателей наравне с государством играют главную роль при формировании условий труда и участвуют в определении немецкой экономической и социальной политики. Понятия коалиции и «профсоюза» или «союза работодателей» не идентичны. Все союзы работодателей и профсоюзы – это коалиции, но не все коалиции – это союзы работодателей и профсоюзы. Требования к объединениям, пользующимся защитой коалиций, меньше, чем требования к профсоюзам (так же как и к союзам работодателей), которые должны добиваться тарифных договоров, контролировать их исполнение и принимать участие в управлении государственными и негосударственными институтами. Профсоюз – это не каждая коалиция работников, а только способная к заключению тарифного договора.

Необходимость различия между способными и не способными к заключению тарифных договоров объединениями вытекает из различной направленности статьи 9 Основного закона и § 2 Закона о тарифных договорах.

Защита свободы коалиций также обеспечивается коалициям работников, которые хотят защищать интересы работников по-другому, чем через заключение тарифных договоров, и, прежде всего коалициям, которые ещё не достигли мощности, делающей их равноправными партнёрами.

На стороне работодателей отмечаются как способные к тарифам, так и не способные объединения как союзы работодателей. Если до недавнего времени союзы работодателей, не способные к тарифам, были практически неизвестны, то сейчас в многочисленных тарифных областях есть объединения, которые предлагают своим членам обычные услуги (юридическая консультация информация, процессуальное представительство), но без заключения тарифных договоров. Другие –обладающие тарифноспособностью – объединения предлагают так называемое «членство, не связанное тарифным договором», это значит членство, которое ведёт к пользованию достижениями союза и даже к праву на поддержку при тарифных переговорах, но не к связанности тарифным договором.

Федеральный трудовой суд подробно описывает предпосылки профсоюзных качеств. С позиции суда «объединение работников должно принять в качестве установленной задачи соблюдение интересов их членов в качестве как работников и способность заключения тарифных договоров. Они должны быть свободно организованы, свободны от противостояния, независимы и организованы на межпроизводственной основе, и они должны признавать действующее тарифное право как обязательное. Кроме того, они должны полностью выполнять свои задачи как тарифный партнёр. Сюда относится действующая сила, направленная против социального противника, или, по-другому, дееспособность организации».

Наибольший интерес из признаков, необходимых для признания коалиции тарифноспособной, представляют социальная мощь (могущественность), готовность к тарифным договорам и забастовкам.

Чтобы в полном объёме иметь возможность выполнять свои задачи как тарифный партнёр, объединение работников должно иметь влияние на социального противника. Оно должно суметь оказать такое давление, что сторона работодателя будет вынуждена принять участие в тарифных переговорах. Объединение работников должно серьёзно восприниматься их социальными противниками так, чтобы условия труда не определялись работодателями, а реально разрабатывались. Из этого следует то, что и по своей организационной структуре оно должно быть в состоянии выполнить поставленные перед ним задачи. Тарифный договор должен быть подготовлен, и он должен быть действительно исполнен. Это требует корпоративной организации. Возможные правовые формы – это правоспособное или неправоспособное объединение. Показателем «могущественности» могут быть число членов и финансовые возможности. Какое требуется число членов, зависит от соответствующего положения в отрасли и вместе с тем от влияния, которое коалиция может оказывать на сторону работодателей. Показателем достаточной силы признается и то, что коалиция уже активно задействована в процессе тарифного регулирования и проводит серьёзные действия. При согласовании тарифных договоров проверяется, является это результатом переговоров или диктата работодателей. Однократного самостоятельного согласования тарифного договора недостаточно.

Требование силы влияния обеспечивает кроме равновесия на переговорах действительную защиту интересов рабочих и поэтому не нарушает позитивную коалиционную свободу статьи 9 Основного закона. На основе равновесия излишними становятся размышления о требованиях профсоюзов о переговорах по отношению к стороне работодателей. Равновесие обеспечивает и сверх этого запрещает контроль содержания тарифных договоров.

Требование социальной «мощности» (могущественности) не обязательно для союзов работодателей. Каждый отдельный работодатель без оглядки на силу своего влияния может стать стороной тарифного договора, соответственно, это распространяется также и на их объединения.

Коалиция должна быть способна и по её уставу готова заключать тарифные договоры. Это важно для членов, которые уже при вступлении в объединение должны знать, будут ли на них распространяться тарифные нормы.

Что касается способности и готовность и к забастовкам, то коалиция работников будет только тогда способна к выполнению своих задач, если она способна к ним. Решение о том, прибегнуть ли к забастовкам, остаётся за коалицией. Необходимо лишь формальное признание готовности к забастовкам.

Основным законом защищается индивидуальная и коллективная, позитивная и негативная свобода коалиций. Соответственно из этого вытекают определенные гарантии свободы коалиций. Так, согласно статье 9 Abs. 3 Satz 2 GG соглашения и меры, через которые коалиционная свобода ограничивается или испытывается, недействительны. Недействительны договоры, которыми работник обязывается не вступать в профсоюз или вступать только в профсоюз конкретного предприятия или которыми работодатель обязывается не зачислять на работу работников, состоящих в профсоюзах. Недействительны в силу защищаемой Основным законом свободы коалиций следующие меры:

- увольнение или смещение работника из-за его профсоюзной принадлежности или проведение несоответствующего тарифного договора;
- утверждение кандидата при условии, что он выходит из профсоюза;
- забастовка, через которую работодатель должен быть заставлен вступить в какой-то определенный союз работодателей или выйти из его союза.

Для заключения тарифного договора стороны наряду с тарифной способностью должны обладать тарифной компетенцией. Под тарифной компетенцией понимается следующее из тарифной автономии коалиции или частной автономии работодателя право заключать тарифные договоры с определенной сферой действия – пространственной, временной, производственно-профессиональной и по кругу лиц. В то время как отдельный работодатель обладает тарифной компетенцией только в рамках предприятия, тарифная компетентность союзов соответственно определяется установленной в их уставах сферой деятельности. Только в пределах этой компетенции союз может заключать действительные тарифные договоры.

В ФРГ профсоюзы организованы преимущественно по отраслевому принципу. Поэтому, например, все рабочие металлообрабатывающей промышленности принадлежат к единственному профсоюзу независимо от того, кем они работают. Если работников предприятия представляет только один профсоюз, то он может оказывать более сильное давление. Один заключенный профсоюзом тарифный договор распространяется в этом случае на всех организованных работников предприятия.

По исторически более раннему принципу профессиональных союзов, когда объединяются работники определенной профессиональной группы независимо от отраслевой принадлежности предприятия, в настоящее время организованы только немногие профсоюзы. В частности, это характерно для высококвалифицированных работников, например – летчиков.

Союзы работодателей также организованы, как правило, по принципу отраслевых объединений; но в исключительных случаях они охватывают различные отрасли.

Требование тарифной компетенции помогает избегать споров о компетенции между равнозначными союзами и тарифной конкуренции на предприятиях. Для этого требуется, однако, согласование компетенций, которое в значительной мере гарантируется тем, что профсоюзы и союзы работодателей, как правило, организованы по отраслевому принципу. В соответствии с этим объединенные в Объединение немецких профсоюзов профсоюзы по его уставу при спорах о разграничении должны проводить третейское разбирательство с целью достижения в пределах Объединения немецких профсоюзов однозначного распределения компетенции по принципу „одно предприятие, один про-

фсоюз". Таким образом, в частности, обеспечивается справедливость и типизация условий трудовых договоров на предприятиях одной отрасли.

Тарифный договор – это договор между способными к заключению тарифного соглашения сторонами для регулирования обязательственных прав и обязанностей сторон соглашения и для установления правовых норм. Тарифное соглашение служит для защиты работника, который почти бессилен в одиночку. С другой стороны, оно способствует типизации трудовых договоров, которые как массовые договоры из соображений упрощения обуславливают необходимость равного регулирования условий труда[1]. Кроме того, тарифным договором должно достигаться то, что в течение его срока по урегулированным в нем вопросам не будет вестись забастовочная борьба.

Тарифный договор в немецкой юридической литературе рассматривается как инструмент свободного от вмешательства государства ценообразования, один из важнейших факторов формирования трудового права[2]. Тарифный договор ввиду принципа наибольшего благоприятствования работнику (§ 4 III TVG) устанавливает минимальные условия труда, которые могут быть улучшены на уровне индивидуального договора.

В соответствии с §1 I Закона о тарифных договорах (TVG) тарифный договор содержит две основные части: нормативную и обязательственную. В нормативную часть включаются нормы, которые непосредственно распространяются на трудовые отношения. Наряду с ними тарифный договор содержит также обязательства сторон, как, например, обязанность сохранения мира – уважать тарифный договор в период его действия как имеющий обязательную силу. Она подразумевается даже без специального закрепления. Поэтому мероприятия трудовой борьбы, имеющие целью его изменение, в период действия договора запрещены.

В соответствии с Законом о тарифных договорах они могут включать следующие виды правовых норм:

1) нормативные положения, регулирующие содержание отдельных трудовых договоров;

2) нормативные положения тарифного договора, регламентирующие порядок заключения трудовых договоров;

3) нормативные положения, регулирующие прекращение трудовых отношений;

4) производственные нормы, регулирующие вопросы, возникающие на предприятии. По мнению Федерального трудового суда ФРГ это тот случай, когда регулирование на уровне индивидуального трудового договора было бы очевидно нерационально и поэтому требуется унифицированное регулирование на уровне предприятия[3];

5) нормы о статусе предприятий касаются правового статуса коллектива рабочих и служащих на предприятии и их органов. Они дополняют Закон о статусе предприятий[4];

6) нормы о совместных учреждениях сторон тарифного договора – это правила о создании, содержании и использовании такого учреждения, о правах и обязанностях работодателей и работников по отношению к учреждению.

Нормативные положения обладают непосредственным и императивным действием, то есть нормы тарифных договоров автоматически распространяются на отдельное трудовое отношение независимо от знания или одобрения ее сторонами трудового договора. Императивное действие означает, что стороны не могут ее изменить соглашением в трудовом договоре в сторону ухудшения положения работника. Такое соглашение будет недействительным.

Закон предусматривает возможность существования диспозитивных тарифных норм. Отличающиеся от содержания тарифного договора соглашения не в пользу работника допустимы, «если они разрешены тарифным договором».

В немецком трудовом праве действует принцип благоприятствования работнику (Guenstigkeitsprinzip). Остаются неприкосновенными индивидуально-договорные соглашения, которые для работника благоприятнее, чем тарифная норма, даже если тарифный договор не предусматривает возможность отступлений[5].

---

[1] Brox, Ruethers, Henssler Arbeitsrecht, 2004. С. 218–219.

[2] Там же. С. 220.

[3] К ним относятся вопросы организации и оснащения предприятия, градации учеников, надзорные учреждения, запрет курения и прочие мероприятия, обеспечивающие порядок на предприятии. BAG NZA 1998, 213, 214.

[4] Betriebverfassungsgesetz (BetrVG).

[5] Однако в связи с этим существует проблема толкования нормы об «изменении положений в пользу работника». Так, в частности, обсуждается вопрос о допустимости улучшения положения работника по отдельным условиям, снижая при этом уровень гарантий по другим условиям.

Тарифные договоры распространяются на лиц, круг которых определен законом: тарифные нормы действуют между взаимно связанными тарифным договором. Тарифная связанность начинается с приобретения членства в стороне тарифного договора и прекращается только с окончанием действия тарифного договора, но не с выходом работника или работодателя из своего союза.

В рамках организации или одного предприятия отдельный работодатель может заключать с соответствующим профсоюзом тарифный договор (§ 21 TVG). В этом случае тарифом будут связаны работодатель и его организованные в профсоюз работники (§ 31 TVG).

По вопросам статуса предприятия и по производственным вопросам достаточно распространения тарифного договора только на работодателя.

Тарифный договор распространяется на создаваемые в соответствии с ним совместные учреждения его сторон.

Законом предусмотрена возможность распространения действия тарифных договоров на работодателей и наемных работников, не охваченных ими путем издания специального административного акта. Издание такого акта относится к компетенции Федерального министерства экономики и труда. Условием является, что уже связанные тарифным договором работодатели занимают минимум 50 % работников в сфере действия тарифного договора и акт представляется изданным в общественном интересе. Кроме того, требуется взаимное согласие тарифного комитета, созданного на паритетных началах из представителей головных организаций работодателей и рабочих.

В трудовые договоры могут включаться различные ссылки на тарифные договоры. Они не обуславливают нормативного действия тарифных норм на трудовое отношение, а лишь приводят к включению их условий на уровне трудового договора.

Кроме профсоюзов интересы работников представляют специальные органы на уровне предприятия. В Германии существует развитая система участия работников в управлении предприятием, подразумевающая участие работников в принятии решений на предприятии, в организации и администрации через их представителей. Целью такого участия является представление интересов трудящихся как при решении вопросов, нбепосредственно затрагивающих их интересы, так и таких, которые могут оказать влияние на условия труда.

Закон о статусе предприятий действует на предприятиях, владельцами которых являются физические или юридические лица либо общества частного права. В учреждениях публичного права – законы о представительстве персонала.

Участие в принятии решений в органах управления организаций. В обществах капитала и товариществах с минимум 500 работниками представители работников на равных участвуют в наблюдательном совете. В обществах капитала с числом работников, как правило, более 2000 и организациях металлургической промышленности с числом работников более 1000 должен быть директор по труду и социальным вопросам как равноправный член правления или руководства. Участие работников в управлении предприятием не осуществляется на предприятиях, хозяином которых является индивидуальный предприниматель, в товариществах, в учреждениях и объединениях. Существует четыре схемы участия работников в управлении предприятием: в средних и крупных обществах, в металлургических предприятиях и бывших металлургических предприятиях. Эти формы регламентируются разными нормативными актами и отличаются по характеру и объему прав представительных органов работников, влиянию профсоюзов. Производственный совет является законным представителем работников предприятия. Он представляет персонал предприятия (рабочих и служащих) и осуществляет права по участию в управлении предприятием и сотрудничеству с работодателем. Производственный совет не представляет интересы руководящих служащих. Для этого создается комитет представителей. Руководящими служащими в соответствии с § 5 абз. 3 Закона о статусе предприятий (BetrVG) признаются работники, которые по трудовому договору и положению могут самостоятельно принимать и увольнять работников, имеют генеральную доверенность или осуществляют управленческие предпринимательские функции.

Производственные советы создаются на предприятиях, на которых трудятся, по меньшей мере, 5 обладающих правом голоса работников. Под предприятием понимается организационное единство, в котором предприниматель один или со своими сотрудниками с использованием материальных и нематериальных средств достигает определенных трудотехнических целей, не связанных с удовлетворением собственных потребностей.

Законодатель достаточно детально регламентирует процедурные вопросы выборов и деятельности производственных советов. Число членов производственного совета зависит от размера

предприятия – количества регулярно занятых работников: 5–20 – 1 человек; 21–50 – 3 члена; 51–100 – 5; … 7001–9000 – 35 членов, свыше 9 000 – увеличивается число членов на два в расчете на каждые последующие 3 000 работников. Выборы по общему правилу проходят раз в четыре года в период с 1 марта по 31 мая. Выдвигать кандидатов могут обладающие правом голоса работники и представленные на предприятии профсоюзы. Для выдвижения необходимы подписи одной двадцатой части обладающих правом голоса работников, минимум – трех, на предприятиях с числом регулярных работников до двадцати – двух работников, в любом случае достаточно 50 подписей работников. Выдвижение профсоюзом подписывается двумя уполномоченными. Предусмотрена особая упрощенная процедура выборов для малых предприятий (с числом работников от 5 до 50). Члены производственного совета осуществляют свою деятельность на общественных началах. Производственный совет избирает из своего состава председателя и его заместителя. Если производственный совет состоит из 9 и более членов, то из своего состава он также избирает постоянно действующий орган – производственную комиссию. На предприятиях с числом занятых более 100 производственный совет может решением большинства делегировать отдельные функции рабочим группам, которые создаются на основе рамочного соглашения с работодателем. Такие рабочие группы могут заключать с работодателем производственные соглашения. Решения производственного совета принимаются большинством голосов присутствующих, заседание правомочно, если присутствуют, по меньшей мере, половина членов.

Закон содержит правила об освобождении членов производственного совета от работы также в зависимости от количества работников предприятия: от 200 до 500 – 1, от 500 до 900 – 2 и т.д. Законом установлены принципы взаимодействия работодателя и производственного совета. Они должны встречаться не реже одного раза в месяц для обсуждения, по спорным вопросам стремиться к соглашению и делать предложения по устранению разногласий. Мероприятия трудовой борьбы между работодателем и производственным советом недопустимы. Работодатель и производственный совет должны воздерживаться от действий, которые могут нарушать мир на предприятии и его работу. На предприятии от них требуется воздерживаться от любых партийно-политических действий. Но этот запрет не распространяется на обсуждение вопросов тарифно-политического, социально-политического, эколого-политического и экономического характера, которые непосредственно касаются предприятия или работников.

В случае необходимости для решения разногласий создается примирительная комиссия. При необходимости производственным соглашением может предусматриваться создание постоянно действующей примирительной комиссии.

Примирительная комиссия состоит из равного числа членов, назначенных работодателем и производственным советом, и нейтрального председательствующего, по кандидатуре которого должно быть достигнуто соглашение сторон. Если согласия достичь не удается, председательствующего назначает суд по трудовым делам. Также суд принимает решение, если не достигнуто согласие о количестве членов комиссии. Расходы, связанные с деятельностью примирительной комиссии, несет работодатель. При этом члены комиссии, принадлежащие к этому предприятию, осуществляют свою деятельность безвозмездно, а внешние имеют право на вознаграждение в соответствии с нормативными актами, издаваемыми министерством.

Примирительная комиссия должна безотлагательно начать свою работу. Комиссия принимает решения после устного совещания большинством голосов. При первом голосовании председательствующий не голосует. Если не было достигнуто большинство, то при повторном голосовании после дополнительного обсуждения в нем участвует председательствующий. Решения излагаются в письменной форме, подписываются председателем и вручаются работодателю и производственному совету. Более детальные правила деятельности (процедура) примирительной комиссии могут быть установлены производственным соглашением. Законом также предусмотрены случаи созыва примирительной комиссии по инициативе одной стороны.

Соглашения производственного совета с работодателем, в том числе когда они основаны на решениях примирительной комиссии, исполняет работодатель, если иное специально не предусмотрено соглашением. Производственный совет не вправе односторонними действиями вмешиваться в управление предприятием. Производственные соглашения принимаются совместно работодателем и производственным советом в письменной форме. Работодатель должен вывешивать их в специальном месте на предприятии.

Заработная плата и другие условия труда, регулируемые тарифным договором, не могут быть предметом производственного соглашения (за исключением случаев, когда тарифный договор это прямо допускает). Производственные соглашения действуют непосредственно и императивно. Если производственным соглашением работникам предоставлены какие-либо права, то отказ от них возможен только с согласия производственного совета. Лишение таких прав не допускается. Производственные соглашения, если иное не установлено, могут быть расторгнуты с предупреждением за три месяца. По истечении срока действия соглашения его правила по вопросам, решение по которым может быть принято примирительной комиссией, действуют далее, пока не будут заменены другим соглашением.

В соответствии с § 80 BetrVG производственный совет имеет широкий круг задач, в частности:

1) следить за тем, чтобы исполнялись действующие для защиты интересов работников законы, постановления, предписания об охране труда, тарифные договоры и производственные соглашения;

2) предлагать работодателю мероприятия в интересах коллектива или предприятия;

2a) способствовать осуществлению фактического равенства мужчин и женщин, в частности при приеме на работу, в занятости, обучении, повышении квалификации и продвижении по службе;

2b) содействовать совмещению семейных обязанностей и трудовой деятельности;

3) заслушивать инициативы (предложения) работников и представительных органов молодежи и учеников, и если они обоснованны, содействовать их осуществлению путем переговоров с работодателем, должен также информировать заинтересованных работников о состоянии и результатах переговоров;

4) содействовать трудоустройству инвалидов и других нуждающихся в особой защите лиц;

5) подготавливать и проводить выборы представительного органа молодежи и учеников и сотрудничать с ним в вопросах защиты интересов несовершеннолетних работников и учеников; он может также запрашивать предложения и мнение представительного органа молодежи и учеников;

6) содействовать занятости пожилых работников на предприятии;

7) способствовать интеграции иностранных работников на предприятии и взаимопониманию их с немецкими работниками, а также предлагать мероприятия по борьбе с расизмом и враждебным отношением к иностранцам на предприятии;

8) содействовать сохранению занятости на предприятии;

9) способствовать мероприятиям по охране труда и производственной охране окружающей среды.

Для осуществления указанных функций работодатель должен своевременно информировать производственный совет. Ему должны представляться необходимые для осуществления его деятельности материалы и информация.

На основании § 87 BetrVG производственный совет, если иное не установлено законом или тарифным договором, имеет право решающего голоса по следующим социальным вопросам:

1) вопросы внутреннего трудового распорядка на предприятии и поведения работников на предприятии;

2) начало и окончание ежедневной работы, включая перерывы, а также распределение рабочего времени по дням недели;

3) временное сокращение или продление обычного рабочего времени;

4) время, место и способ выплаты заработной платы;

5) разработка общих принципов предоставления отпусков и графика предоставления отпусков, а также определение времени предоставления отпуска отдельным работникам, если между работниками и работодателем не достигнуто соглашение;

6) введение и использование технических средств, предназначенных для наблюдения за поведением или работой работников;

7) правила о предотвращении несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а также по вопросам охраны труда в рамках, установленных законодательством;

8) форма, оснащение и управление социальных учреждений, сфера деятельности которых ограничена рамками предприятия, организации или концерна;

9) предоставление и изъятие жилых помещений, которые предоставляются работникам в связи с трудовым правоотношением, а также установление общих условий пользования такими помещениями;

10) вопросы форм (систем) заработной платы на предприятии, в частности, формирования принципов оплаты, а также введения и применения новых методов оплаты, а также их изменения;

11) установление аккордных расценок и премиальных ставок, а также сравнимых вознаграждений, зависящих от результатов труда, включая денежный фактор;

12) общие правила о рационализаторских предложениях;

13) принципы проведения групповой работы (групповая работа – работа в рамках технологического процесса, которую осуществляет группа работников в основном самостоятельно).

Если по указанным вопросам не достигнуто соглашение, то решение принимается примирительной комиссией. Решение примирительной комиссии заменяет соглашение между работодателем и производственным советом.

Представляет определенный интерес решение немецким законодателем проблемы участия работников в решении вопросов, связанных с оснащением рабочих мест, технологическим процессом и производственной средой. Работодатель должен своевременно информировать производственный совет с предоставлением необходимых документов о планировании: нового строительства, перестройки или расширения фабричных, административных или иных производственных помещений; технических установок; технологических процессов и способов работы; рабочих мест. По этим вопросам работодатель должен информировать производственный совет с таким расчетом, чтобы он мог учесть предложения и замечания производственного совета при планировании. Работодатель и производственный совет должны опираться при этом на научные данные об эргономике труда (menschengerechte Gestaltung der Arbeit). Если работники вследствие изменений в технологическом процессе, рабочего места или производственной среды, которые очевидно противоречат подтвержденным научным данным о благоприятном для человека формировании процесса труда, подвергаются особому воздействию вредных факторов, то производственный совет может требовать соответствующих мероприятий по предотвращению, снижению или компенсации вредного воздействия. Если соглашение не достигнуто, то решение применяется примирительной комиссией.

Производственный совет наделен также определенными полномочиями при принятии работодателем решений по кадровым вопросам. Работодатель должен своевременно информировать производственный совет о планировании персонала, в том числе о настоящей и будущей потребности в кадрах, о кадровых мероприятиях, мероприятиях по обучению. Производственный совет наделен правом вносить свои предложения по кадровым вопросам, в том числе относительно гибких форм рабочего времени, содействия неполной занятости и занятости пожилых работников, новых форм организации труда, изменения технологических процессов, повышения квалификации работников и т.д. Работодатель обязан обсудить внесенные предложения. Если он считает их неподходящими, то должен это обосновать. Производственный совет также может вносить предложения, направленные на сохранение занятости.

Принимаемые работодателем руководящие документы по подбору кадров, приему на работу, переводам, перемещениям и увольнениям, анкеты для претендентов на работу требуют одобрения производственного совета. При недостижении соглашения решение принимается примирительной комиссией.

Кроме участия в определении кадровой политики на предприятии, производственный совет наделен правами по участию в принятии решений по частным кадровым вопросам. На предприятиях с числом работников более 20 работодатель должен информировать производственный совет о кадровых мероприятиях и получать его согласие. Законом установлены основания, по которым производственный совет может отказать в согласии. Работодатель должен учитывать мнение производственного совета при каждом увольнении.

Для крупных предприятий (с числом работников более 100) создается экономический совет для обсуждения с работодателем экономических вопросов и информирования производственного совета. Работодатель должен информировать экономический совет обо всех мероприятиях, оказывающих влияние на кадровые вопросы.

В частности, работодатель предоставляет экономическому совету информацию по следующим вопросам: экономическое и финансовое положение предприятия; объемы производства и оборота; программы развития производства и инвестиций, изменение структуры предприятия или его целей, перенос, сокращение и закрытие предприятий или частей предприятия и иные. Экономический совет заседает ежемесячно.

Таким образом, наличие двухуровневого представительства интересов работников позволяет эффективно решать различные задачи. Согласование экономических интересов работников и работодателей происходит на межпроизводственном уровне, конфликт интересов при этом не влияет на производственный процесс, за исключением случаев проведения мероприятий трудовой борьбы (забастовок и локуатов с целью оказания влияния на партнеров по тарифным договорам при их заключении).

В рамках же предприятия обеспечивается сотрудничество работников и работодателя, обеспечивающее эффективный труд и достижение общей цели – прибыльной работы предприятия. Система представительства интересов работников на предприятии основывается на принципиально иных принципах – в этом случае государство делегирует работникам право принимать участие в решении социально значимых вопросов на предприятии, обеспечивая тем самым социальную стабильность и реализуя в полной мере идею социального государства. Сочетание принципа тарифной автономии и наделения работников правами по участию в управлении предприятием позволило Германии достичь высокого уровня в обеспечении трудовых прав работников.

E.R. Voronkova

Legal regulation of employee's strikes in Great Britain

Е.Р. Воронкова

Правовое регулирование забастовок работников в Великобритании

Право на забастовку в законодательстве о труде Великобритании прямо не закреплено. Оно выводится из законодательных норм, которые защищают профсоюзы и участников забастовок от судебных прецедентов, направленных против коллективных организованных действий работников. При этом законодательство о труде Великобритании предусматривает процедуру объявления профсоюзом законной забастовки.

The right to strike according to employment law of Great Britain is not expressed directly. It is implied in the legislative rules, which protect trade unions and employees taking part in strikes against the court precedents, which are not in favor of labor unions. Also English labor law prescribes that there is a special procedure for trade unions to announce a legal strike.

В Великобритании эффективной формой защиты трудовых прав и интересов трудового коллектива является забастовка работников. Статья 246 Консолидированного закона «О профсоюзах и трудовых отношениях» 1992 г. (Trade Unions and Labour Relations Act (Consolidation) 1992) с изм. и доп., внесенными Законом «О трудовых отношениях» 2004 г. (Labour Relations Act 2004)[1] (далее – Консолидированный закон), определяет забастовку как любое коллективное прекращение работы работниками. В деле Connex South Eastern Ltd v National Union of Rail Maritime and TransportWorkers (1999) Апелляционный суд постановил, что определение «забастовки» охватывает любой отказ служащих работать в течение периода времени, когда они должны выполнять свои трудовые обязанности. Забастовка не обязательно связана с приостановкой всей работы, она также включает приостановку работы в определённые дни и установленные часы.

Однако в прецедентном праве Великобритании нет единого мнения по поводу того, какие последствия наступают из-за отказа работника от работы. В деле Bowes & Partners v Press (1894) устанавливалось, что забастовка – это существенное нарушение работником условий трудового договора, которое влечет автоматическое прекращение трудового правоотношения. В настоящее время судебные решения, в соответствии с которыми забастовка работника прямо влечет расторжение его трудового договора с работодателем, признаются необоснованными (London Transport Executive v Clarke (1981)). Делается вывод о том, что работник, принимая участие в забастовке, не стремится к прекращению трудовых правоотношений с работодателем, а желает лишь разрешить определенные противоречия для последующего эффективного сотрудничества с ним. Работодатель, в свою очередь, решает, принять ему отказ бастующих работников от работы или нет. Если он его принимает, то расторгает с ними трудовой договор, что и влечет за собой прекращение трудовых правоотношений.

Наиболее распространенная позиция суда о соотношении забастовки работника и действия его трудового договора отражена в деле Morgan v. Fry (1968). В соответствии с ней уведомление о проведении забастовки является своего рода предупреждением работодателя работником о прекращении действия заключенных с ним трудовых договоров на существующих условиях с одновременным предложением установить новые, более выгодные для бастующих условия труда. Однако в этом же решении рассматривается и иной подход, заключающийся в том, что забастовка приостанавливает действие трудового договора, который возобновляется после ее окончания на прежних или новых условиях.

В Великобритании забастовка будет признана законной, если большинство членов профсоюза, которые предположительно будут в ней участвовать, поддержат ее должным образом в процессе тайного голосования. Требования к проведению голосования и предоставлению уведомления работо-

© Е.Р. Воронкова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент ЮИ ТГУ, старший научный сотрудник Центра сравнительного трудового права.

Candidate of legal sciences, associate professor of Tomsk State University Law institute, senior research officer Comparative Employment law Centre.

[1] http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1992/Ukpga_19920052_en_1.htm#end, http://www.ukincorp.co.uk/s-BK-9-employment-relations-act-2004.html)

дателю изложены в Консолидированном законе и Процедурном кодексе «О проведении голосования по поводу забастовочного движения и уведомлении работодателей»[1], (принятом Министерством по делам занятости (Code of Practice: Industrial Action Ballots and Notice to Employers)[2].

В Великобритании процедура объявления забастовки включает в себя ряд стадий: 1) предупреждение работодателя об организации голосования работников в поддержку забастовки и подготовка его проведения; 2) голосование работников; 3) принятие решения о поддержке или об отказе в поддержке проведения забастовки и доведение до сведения работодателя результатов голосования работников; 4) объявление забастовки уполномоченным органом трудового коллектива.

На первом этапе профсоюзы, желая инициировать забастовку, обязаны представить работодателю предварительное письменное уведомление о голосовании в поддержку ее проведения. Уведомление о голосовании – это письменный документ, заявляющий о намерении профсоюза провести голосование и определяющий дату его начала. Уведомление должно содержать сведения, которыми располагает профсоюз и по которым работодатель может с достоверностью установить работников, имеющих право голоса, без раскрытия конкретных имен (ст. 22 Закона «О трудовых отношениях» 2004 г.). Профсоюз предоставляет уведомление не позднее семи дней до начала его проведения. Он также не позднее трех дней до начала голосования направляет работодателю типовые бюллетени, то есть образцы форм бюллетеней, которые должны быть отправлены работникам, имеющим право голоса, или образец каждого бюллетеня, если они различны по форме.

До проведения голосования профсоюз должен определить круг работников, которые будут принимать участие в голосовании. В соответствии с п. 1 ст. 227 Консолидированного закона право голоса на выборах в поддержку забастовки должно быть предоставлено всем членам профсоюза, которые вправе принимать в ней участие. Данное требование не позволяет профсоюзу исказить представление о реальной поддержке забастовки работников путем голосования членов, которых он не намеревается призывать. Представительный орган работников назначает квалифицированное лицо («инспектора»), которое будет контролировать ход голосования в части соблюдения его участниками необходимых процедур и предоставит профсоюзу отчет об итогах голосования после его проведения.

Второй этап процедуры объявления забастовки заключается в проведении голосования в ее поддержку. Каждому имеющему право голоса на выборах обеспечивается реальная возможность свободно голосовать без каких-либо затрат. Работнику, который имеет право голоса, предоставляется бюллетень. Он отправляется на указанный работником почтовый адрес, обеспечивая возможность голосовать по почте. Голосование проводится путем маркировки избирательного бюллетеня голосующим работником. Избирательный бюллетень должен содержать, во-первых, вопрос, поставленный таким образом, чтобы отвечающий при ответе на него указал “Да” или “Нет”, то есть готов он или не готов принимать или продолжать принимать участие в забастовке. При этом работники вправе ответить «Да» на один вопрос и «Нет» – на другой. Бюллетень также содержит сведения о том, кто в случае поддержки проведения забастовки уполномочен объявить о ее начале и призвать работников принять в ней участие.

На третьем этапе процедуры решается вопрос о поддержке проведения забастовки. Для этого требуется простое большинство голосующих работников (ст. 226 Консолидированного закона). После проведения голосования профсоюз предоставляет информацию голосовавшим работникам и работодателю: о количестве проголосовавших, подавших голоса «За» и «Против», наличии испорченных бюллетеней. Объявление забастовки и призыв работников принять участие в ней будет незаконным, если их работодатель не был информирован профсоюзом о результате проведенного голосования среди его работников.

Четвертый этап заключается в объявлении забастовки. В Великобритании забастовка может быть объявлена в течение четырех недель, начиная с даты проведения голосования или по согласованию между профсоюзом и работодателем иного периода, не превышающего восьми недель (ст. 234 Консолидированного закона). При этом профсоюз обязан предоставить работодателю письмен-

---

[1] Нарушение Кодекса само по себе не является основанием гражданской или уголовной ответственности, но любой суд или трибунал должен принять во внимание его исполнение как свидетельство «практики хороших внутрипроизводственных отношений» (Good Industrial Relation Practice).

[2] Кодекс принят Министерством по делам занятости, вступил в силу 18 сентября, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1992/Ukpga_19920052_en_1.htm#end, http://www.ukincorp.co.uk/s-BK-9-employment-relations-act-2004.html)

ное уведомление о проведении забастовки в течение семи дней. В нем необходимо указать, какие работники примут участие в забастовке (ст. 25 Закона «О трудовых отношениях» 2004 г.), будет ли забастовка непрерывной или прерывистой, определённую дату начала забастовки или конкретные даты проведения разовых забастовочных акций. Профсоюз может самостоятельно отозвать свой призыв к забастовке. В этом случае он должен предоставить всем потенциальным забастовщикам соответствующее уведомление.

В Великобритании забастовка может быть приостановлена либо прекращена в добровольном или принудительном порядке. Профсоюз вправе прервать забастовку, но в случае ее возобновления обязан предоставить работодателю новое уведомление о ее проведении. В соответствии с Консолидированным законом после приостановления забастовки на определенный срок, установленный соглашением сторон трудового спора, она может быть возобновлена без нового уведомления работодателя.

Работодатель вправе обратиться в суд с требованием о вынесении временного судебного приказа[1], обязывающего организаторов немедленно прекратить забастовку до полного разрешения спора судом. Работодатели, добившись временного прекращения забастовки, редко обращаются к полному судебному разбирательству, поскольку в целом они уже достигли своей цели – прекратили забастовку и восстановили производственный процесс. Как отмечается в решении по делу NWL Ltd v Woods (1979), временная приостановка забастовки на практике ведет к ее прекращению.

Добровольное прекращение забастовки обычно связано с урегулированием разногласий между работодателем и трудовым коллективом с помощью примирительных процедур. Принудительное прекращение забастовки осуществляется судом по иску работодателя, являющегося стороной трудового спора, иного лица, чьи договорные права были нарушены. Члены профсоюза также имеют право обратиться в суд с требованием признать забастовку незаконной, если ее проведение не было одобрено большинством членов профсоюза на голосовании.

Наиболее важным в Великобритании является вопрос о правовых последствиях забастовки для бастующих работников. До 1999 г. работодатель имел право уволить тех, кто участвовал в забастовке, даже если забастовка была санкционирована должным образом и поддержана работниками путем проведения голосования. В настоящее время ст. 238А Консолидированного закона предоставляет законодательную защиту работникам, участвующим в законно организованной забастовке в течение «защищенного периода» (protected period)[2]. До принятия Закона «О трудовых отношениях» 2004 г. работники, участвующие в законной забастовке, не могли быть уволены работодателем в течение восьми недель с момента начала участия в ней. Теперь «защищенный период» определяется как сумма основного периода и продленного периода для конкретного работника. Основной период составляет двенадцать недель, начиная с первого дня проведения законной забастовки. Продленный период для конкретного работника составляет период, равный количеству дней, начиная с первого дня или дня, следующего за первым днем законной забастовки (но до окончания защищенного периода), когда работник был уволен работодателем. Первым днем законной забастовки считается день, в который работник начинает принимать в ней участие (даже если в этот день он был уволен работодателем) (ст. 7А Закона «О трудовых отношениях» 2004 г.).

Если забастовка признается судом незаконной, негативные последствия наступают как для организаторов, так и для работников. В случае незаконной забастовки профсоюзы могут привлекаться к гражданско-правовой, а работники – к дисциплинарной ответственности.

В соответствии со ст. 237 Консолидированного закона забастовка признается законной, если в ней участвуют, во-первых, работники – члены профсоюза, объявившего эту забастовку, во-вторых, работники, не являющиеся членами профсоюза, и работники – члены профсоюза, от имени которых она была объявлена. Забастовка будет признана законной и в этом случае, если в ней не принимают участие члены профсоюза.

[1] Судебный приказ – это требование к ответчику о прекращении определённого действия (отрицательный судебный запрет) или принудительном исполнении чего-либо.

[2] В соответствии со ст. 238А Консолидированного закона работник признается несправедливо уволенным, если основанием его увольнения является его участие в законной забастовке при условии, что она имеет место, во-первых, в течение «защищенного периода», во-вторых, по окончании этого периода, если работник прекратил участие в забастовке до истечения «защищенного периода», в-третьих, имеет место после окончания этого периода, когда работник не прекратил принимать участие в законной забастовке до истечения «защищенного периода», а работодатель не предпринял меры по урегулированию разногласий с работниками (в частности, не выполнил процедурные требования, предусмотренные коллективным договором; не согласился начать или возобновить коллективные переговоры после прекращения забастовки; необоснованно отклонил требование профсоюза о применении примирительных процедур или об обращении к услугам посредника после прекращения забастовки).

Если забастовка признается судом незаконной либо участие в ней работника продолжается по истечении «защищенного периода», то он может быть уволен без выходного пособия. Законодательство не предоставляет работнику право обжаловать в суде увольнение за участие в незаконной забастовке, кроме случаев, когда он может доказать, что не все участники забастовки были уволены, или что какому-либо работнику, принимавшему в ней участие, до истечения трехмесячного периода, начиная с момента увольнения, работодатель предложил заключить новый трудовой договор. Увольнение работника, принимающего участие в незаконной забастовке, признается несправедливым, если фактически он был уволен вследствие того, что его интересы представлял профсоюз, либо работник сообщил в государственные органы о правонарушении работодателя, а также заявил о нарушении им требований безопасности и охраны труда и т.д.

Механизм определения того, можно ли привлечь профсоюз к гражданско-правовой ответственности за организацию забастовки, выработан судебной практикой в делах Marina Shipping Ltd v Laughton (1982); Merkur Island Shipping v Laughton (1983).

Во-первых, судья устанавливает, приводит ли забастовка к нарушению прав работодателя. Анализируя нормы общего права Великобритании, можно сделать вывод, что организация профсоюзом забастовки практически в любом случае является правонарушением, за которое он может быть привлечен к гражданско-правовой ответственности.

Во-вторых, судья определяет, отменяет ли законодательство о труде, в частности ст. 219 Консолидированного закона, гражданско-правовую ответственность профсоюзов за совершение деяний, признаваемых прецедентным правом правонарушением. Иными словами, предоставляет ли закон «иммунитет» профсоюзу от доктрин общего права.

Иммунитет предоставляется профсоюзу в том случае, если забастовка проводится для разрешения коллективного трудового спора согласно определению Консолидированного закона[1]. Условием предоставления иммунитета является также совершение действий профсоюзом, направленных на защиту интересов работников или оказание давления на работодателя.

В-третьих, судья выявляет исключения, установленные законодательством, устраняющие действие профсоюзного иммунитета. Профсоюзы несут гражданско-правовую ответственность за организацию забастовки, несмотря на предоставленный ст. 219 Консолидированного закона иммунитет, в следующих случаях: 1) за организацию вторичной забастовки; 2) за действия, нацеленные на принудительное применение на предприятии условий об обязательном членстве работников в профсоюзе (ст. 222 Консолидированного закона) или на признание профсоюза работодателем (ст. 225 Консолидированного закона); 3) за незаконное пикетирование; 4) за невыполнение обязанности проведения тайного голосования до начала забастовки; 5) за забастовку в поддержку уволенных «неофициальных забастовщиков» (ст. 223 Консолидированного закона).

Если профсоюз признан виновным судом в организации незаконной забастовки, работодатель или иные лица вправе взыскать с него возмещение вреда, вызванного ее проведением. При этом Консолидированный закон ограничивает размер компенсации по иску о возмещении вреда.

[1] В соответствии со ст. 244 Консолидированного закона под коллективным трудовым спором понимаются «противоречия между работниками и их работодателем, которые полностью или главным образом относятся к одному или нескольким следующим вопросам: 1) условия трудового найма или фактические условия, в которых работники должны работать; 2) прием или отказ в приеме на работу, основания увольнения или временного отстранения работников от должности, приостановления исполнения обязанностей одного или нескольких работников; 3) распределение работы или трудовых обязанностей одного или более работников; 4) дисциплина труда; 5) профсоюзное членство; 6) привилегии и гарантии представителей профсоюза; 7) процедуры проведения переговоров или консультаций по перечисленным вопросам, включая процедуры признания работодателями и их ассоциациями права профсоюза представлять работников в коллективных переговорах и консультациях».

E.I. Petrova

The comparative law research on the retirement pensions provision in EU countries

Е.И. Петрова

Сравнительно-правовое исследование пенсионного обеспечения по возрасту в странах Европейского союза

В настоящее время Россия переживает сложный процесс реформирования пенсионной системы. Прежде всего, это касается пенсионного обеспечения по старости.Решения, предлагаемые правовой наукой по совершенствованию пенсионного обеспечения в частности обеспечения пенсиями по старости, станут эффективными лишь в том случае, если будут опираться на сравнительно-правовой метод, который позволяет выявить, как решается данная проблема в иностранных правовых системах, и определить, в какой мере ее решение может оказаться полезным и применимым в интересах национального правопорядка. В статье предлагается некоторый анализ действующего в странах Европейского союза пенсионного законодательства с позиций изучения структуры пенсионных выплат и источников их финансирования.

Nowadays Russia is in the difficult process of reforming the pension system. Firstly, it concerns the superannuation allowance security. The ways to improve national pension system presented by the legal science, will be effective if only they are based on the comparative legal method, which gives chance to understand how this problem is solved in foreign legal systems and determine the value of its decision from the point of view of the interests of national law and order. Some analysis of the modern pension legislation in the countries of EU from the point of view of studying the structure of pension allowances and sources of financing them it are presented in the article.

В настоящее время Россия переживает сложный процесс реформирования пенсионной системы. Решения, предлагаемые правовой наукой по совершенствованию пенсионного обеспечения, в частности, обеспечения пенсиями по возрасту (или по старости), станут эффективными лишь в том случае, если будут опираться на сравнительно-правовой метод, который позволяет выявить, как решается данная проблема в иностранных правовых системах, и определить, в какой мере ее решение может оказаться полезным и применимым в интересах национального правопорядка.

Анализ действующего в странах Европейского союза пенсионного законодательства интересен с позиций изучения структуры пенсионных выплат и источников их финансирования. В связи с этим хотелось бы отметить следующее.

1. Модель пенсионного обеспечения по старости в странах ЕС представляет собой сложную структуру. Это характерно как для стран Западной Европы, так и тех государств, которые стали членами ЕС недавно. Пенсионные реформы прошли в Польше (1999 г.), Латвии (2001 г.), Эстонии (2002 г.)[1].

Первый уровень пенсий призван обеспечить защиту от бедности всех проживающих в стране лиц при наступлении определенного возраста. В Нидерландах, Дании, Финляндии, Великобритании, Швеции существуют государственные (национальные) базовые пенсии по старости как универсальный платеж, назначение которого обеспечить выраженный в денежной форме социальный минимум[2]. Существование базовых пенсий не означает абсолютной безусловности их выплаты заинтересованным лицам (это и отличает их от социальных пенсий). Законодательство стран ЕС предусматривает ряд требований для их назначения. Это не только достижение определенного возраста (как правило, 60 или 65 лет), но иногда и определенный период работы или жизни в стране (в Нидерландах – не менее 1 года в период с 15 до 65 лет, в Великобритании – не менее 10 лет в период с 16 до 75 лет, в Германии – не менее 5 лет регулярного страхования до 65 лет, в Дании – 40 лет проживания в стране в период с 15 до 67 лет), а также осуществление надлежащих выплат из заработной платы (дохода) в предусмотренные законодательством финансовые организации[3].

© Е.И. Петрова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой трудового и экологического права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of labour and environmental law.

[1] См.: Contribution compliance in central and eastern European countries: Some relevant issues // International Social Security Review. Vol. 57/4. 2004. P. 52.

[2] См., напр.: Pennings F. Dutch Social Security Law in an International Context. Kluwer Law International. The Hague. 2002. P. 175; Lowe J. Planning your pension. Consumers' Association. London. 2004. P. 39–41.

[3] См., напр.: Pennings F. Указ. соч. P. 178; Lowe J. Указ. соч. P. 43; Poloczek E. The 1992 pension reform in Germany.

Однако главным элементом пенсионного обеспечения по старости стран ЕС является так называемая страховая трудовая (иногда профессиональная) пенсия, формирование которой осуществляется как на страховых, так и накопительных принципах. При этом уровень правового регулирования может быть различным. Так, в Германии и Бельгии условия назначения страховых (профессиональных) пенсий в большей степени регламентируются на национальном уровне. В Германии существует общее правило о необходимости 35-летнего страхового стажа для назначения трудовой страховой пенсии. В то же время для женщин установлены исключения: период страхования для них составляет 15, а иногда и 10 лет. В Бельгии нормальная продолжительность страхового стажа для женщин составляет 40, а для мужчин – 45 лет[1]. Обе страны также в централизованном порядке определяют особые (льготные) правила пенсионного обеспечения шахтеров.

В Нидерландах, наоборот, второй после базовой пенсии уровень пенсионного обеспечения устанавливается в рамках социального партнерства. В таком случае правила выплаты пенсий регулируются законодательством о пенсионных и сберегательных фондах и коллективными соглашениями. Роль государства ограничивается установлением общих положений, направленных на защиту работников. Например, Министерство социальных дел и занятости может обязать работодателей и работников определенной отрасли стать участниками системы дополнительного (профессионального) пенсионного обеспечения, которая в таком случае будет носить обязательный характер. Почти 90 % работающего населения страны охвачено такой системой пенсионного обеспечения[2].

В соответствии с особенностями национального пенсионного законодательства названные уровни пенсионного обеспечения по старости могут существовать самостоятельно либо в сочетании друг с другом. Например, в Великобритании около 96 % одиноких пенсионеров и 99 % супружеских пар получают базовую государственную пенсию[3]. Все иные пенсионные платежи рассматриваются законодательством этой страны как дополнительные, их наличие зависит от того, как человек спланировал свою будущую пенсию.

Размер пенсий данного уровня ставится в зависимость от продолжительности стажа и заработка (дохода) заявителя.

2. К основным характеристикам любой пенсионной системы относится вопрос о формировании источников денежных средств, предназначенных для пенсионного обеспечения. Анализ законодательства стран ЕС позволяет констатировать многообразие вариантов финансирования будущих выплат. Первый уровень – базовые пенсии – обеспечивается чаще всего за счет таких источников, как налоги (Нидерланды), страховые платежи работодателей (Германия, Бельгия). Иногда и работающие граждане должны участвовать в формировании источников финансирования пенсий первого уровня. Последнее правило характерно для Великобритании, где существует несколько видов национальных страховых взносов. Страховые взносы первого класса выплачиваются как самим работником, так и его работодателем. При этом в целях исчисления размера взносов учитывается доход гражданина: нижний уровень дохода; средний уровень дохода; максимальный уровень дохода. Система работает следующим образом.

Если заработок гражданина ниже нижнего предела, он вправе не отчислять страховые взносы, но одновременно это означает, что такой период трудовой деятельности не включается в его страховой стаж и не является учетным в целях начисления пенсии. Если доход гражданина в пределах между нижним и средним уровнями, он также вправе не выплачивать страховые взносы, однако в этом случае размер заработка, который выше нижнего уровня, имеет значение при определении страхового стажа, как если бы он выплачивал взносы, что отражается в его лицевом пенсионном счете. Если заработок гражданина выше среднего уровня дохода, но ниже максимального уровня, он выплачивает процент на всю сумму дохода, которая выше среднего

– Yearbook of Polish Labour Law and Social Policy. Vol. 7. Cracow. 1995. P. 43; Social protection in the Member States of the European Union. EC Directorate. E&SA. 2000.

[1] Langendonck J. Belgium. International Encyclopedia of Laws. Kluwer, 1994. P. 133.

[2] Oorschot W., Boos C. Dutch Pension Policy and Ageing of the Population // The European Journal of Social Security. 1999. Vol. 1/3. P. 297.

[3] См. Lowe J. Указ соч. P. 38. Заметим, кстати, что в России базовая и страховая части трудовой пенсии по старости не существуют как самостоятельные пенсионные платежи, предоставление которых осуществляется независимо друг от друга. В связи с этим трудно сравнивать природу базовой части трудовой пенсии, предусмотренной российским законодательством, с базовыми пенсиями, установленными в европейских странах.

уровня, и весь его заработок, превышающий нижний уровень, учитывается в целях начисления пенсии. Размер взносов, исчисляемый в процентном отношении от суммы заработка, будет разным в зависимости от того, участвует ли гражданин в формировании дополнительных пенсий. И, наконец, если заработок гражданина выше максимального уровня дохода, в целях начисления пенсии считается, что его доход составляет «потолок» данного уровня, например, максимум 630 фунтов стерлингов в неделю в течение налогового года. На указанную категорию граждан в качестве дополнительного финансового обременения возлагается обязанность выплачивать 1 % от их дохода, превышающего максимальный уровень. Эти средства направляются на нужды национальной системы здравоохранения.

Работодатель вносит страховые взносы за работника, если заработная плата последнего не ниже среднего уровня, то есть 94 фунта стерлингов в неделю. Последующих ограничений не предусмотрено[1].

В Великобритании существует еще одно интересное правило, также направленное на дифференциацию взносов в национальную пенсионную систему. Речь идет о так называемом принципе приемлемости страховых выплат. Это означает, что не всякие денежные поступления рассматриваются в качестве национальных страховых взносов в рамках государственного пенсионного страхования, а лишь те, которые соответствовали правовому статусу заявителя и его доходам. Например, взносы могут дифференцироваться в зависимости от того, является ли будущий пенсионер наемным работником или предпринимателем. Категория наемных работников связана со страховыми взносами первого класса, правила которого описывались выше.

Для предпринимателей существуют страховые взносы второго класса, которые подлежат уплате в твердо фиксированной сумме, ежегодно пересматривающейся Правительством Великобритании. Например, в 2005–2006 гг. она составляла 2 фунта 10 пенсов в неделю. Период уплаты данного вида взносов учитывается в страховом стаже гражданина и имеет значение для начисления основной государственной пенсии[2].

Для тех, кто не работает, предусмотрен третий класс взносов, осуществляемых на добровольной основе с правом погашения задолженности за шесть предшествующих участию в страховании лет. Размер взносов также установлен в твердо фиксированной сумме[3].

Страховые взносы четвертого класса подлежат уплате индивидуальными предпринимателями и составляют 8 % от заработка между нижним и максимальным уровнями дохода (т.е. 4 тысячи 895 фунтов стерлингов и 32 тысячи 760 фунтов стерлингов в 2005–2006 гг., а также плюс 1 % на доход свыше 32 тысяч фунтов стерлингов). Однако уплата данного вида взносов не подразумевает получение в будущем большой суммы пенсии. Взносы четвертого класса представляют собой один из способов, которым Правительство Великобритании покрывает дефицит бюджета Пенсионного фонда[4].

Таким образом, в Великобритании размер платежей со стороны граждан зависит от множества факторов, которые, на наш взгляд, следовало бы учитывать и при формировании пенсионного капитала в российской пенсионной системе.

Финансовая база расходов на выплату пенсий второго уровня складывается из страховых взносов работодателей и работников. В Нидерландах это соответственно 2/3 и 1/3 объема поступлений в пенсионные фонды. При этом учитываются такие обстоятельства, как период работы, время выхода на пенсию, уровень доходов работающего. Пенсия при этом исчисляется в твердой сумме или в процентном отношении к величине заработка.

Существование многоканального финансирования пенсионных выплат приводит к такому положительному результату для граждан, как увеличение пенсий и их довольно высокое соотношение с ранее получаемым заработком (доходом): в Нидерландах, например, пенсией компенсируется примерно 70 % заработка (дохода), в Швеции – 76 %, во Франции – 71 %. Пенсионная система Великобритании, заметим, одна из самых «скупых», поскольку государственная пенсия, назначенная в максимальном размере, компенсирует всего лишь 37 % заработка (дохода).

---

[1] Ward S. Your guide to pensions. London. 2005. P. 46–48.

[2] National Insurance Contributions. Class 2 and Class 3. direct debit – the easier way to pay//Inland Revenue. Leaflet CA04. London, 2006.

[3] Voluntary National Insurance Contributions// Inland Revenue. Leaflet CA08. London, 2006.

[4] National Insurance Contributions for Self-Employed People. Class 2 and Class 4// Inland Revenue. Leaflet CWL24. London, 2006.

В связи с увеличением продолжительности жизни населения и низким уровнем рождаемости в странах Европейского союза число лиц пенсионного возраста будет неуклонно расти в течение следующих 50 лет. Это станет одной из самых серьезных проблем, о решении которой многие страны Европы задумываются уже сейчас. Правительства европейских государств прорабатывают меры по сохранению сложившегося уровня пенсионного обеспечения, хотя многие из них не носят популярного характера среди населения. Предлагается, например, увеличить налоги и национальные страховые взносы, а также сократить расходы на другие социальные нужды, как то: обучение, медицинское обслуживание, иммиграционную службу, с тем, чтобы «освободившиеся» финансы использовались для выплаты пенсий; дополнительно к государственной пенсии накапливать средства к старости в обязательном порядке; увеличить возраст выхода граждан на пенсию.

Раздел V

Сравнительно-правовые аспекты публичной власти

K.V. Aranovskiy

Constitutional law in comparative jurisprudence

К.В. Арановский

Конституционное право в сравнительном правоведении

В статье анализируются правила компаративистского подхода в конституционном (государственном) праве, диктуемые тем, что изучаемый объект навязывает собственную методологию и структуру знаний. Дается представление о двух сторонах сравнительного анализа относительно конституционного права - конституционное право и право государственное. Осуществляется сравнительно-правовое исследование понятия конституции в отношении к понятию основного закона, сущности и содержания конституции, видов конституций и конституционного права.

The article analyzes the rules of the comparative approach provided by the special methodology and structure of the constitutional law science, in the process of studying the constitutional (state) law. The understanding of two sides of comparative analysis in the constitutional law sphere – constitutional and state law, is presented. The comparative legal research of the conception of the constitution over matters involving the procedure of accepting the main rule, meaning and content of the constitution, types of constitutions and constitutional law is being undertaking.

Публичное право, особенно право государственное, дает сравнительному правоведению не столь удобный материал, как иные отрасли права. Если общему сравнительному правоведению доступна правовая география с более или менее ясным распределением национальных правовых систем на семьи права (правовые традиции), то в области государственного права такое районирование оказывается, по меньшей мере, затруднительным. Дело в том, что государственное право, как ни странно, гораздо подвижнее, чем то, что сложилось в гражданском праве, процессе и даже в уголовном праве. Его подвижность в значительной мере объясняется тем, что публичная власть не столь тесно привязана к народной жизни, не столь укореняется в ней, как, положим, собственность, договор, наследование, семья и прочее, безотчетно воспроизводимое по традиции, подобно языку или конфессии. По крайней мере, в том, что касается форм государственности, институтов власти, эта подвижность весьма заметна. Избирательные процедуры и системы меняются довольно просто, но решительная и быстрая смена типов судебного процесса практически невозможна, и потому на континенте процесс в основе своей тяготеет к инквизиционному, а не состязательному производству; во Франции за двести лет сменилось несколько конституций, две империи, две монархии и пять республик, но продолжается наполеоновская кодификация.

С такой подвижностью государственное право, в том числе право конституционное, меняется не просто быстрее, но с более свободным перемещением государственно-правовых институтов из одной национальной системы в другую. В итоге, хотя набор государственно-правовых институтов не отличается бесконечным разнообразием (исторических центров их происхождения не так много), но их комбинация в большинстве стран своеобразная. Поэтому, в отличие от общего сравнительного правоведения, в области государственного права нельзя выделить отдельную семью, например, англосаксонского конституционного права, ибо даже в британских доминионах оно получено не только из Англии, но и в отдельных институтах – из США или Европы (конституционная юстиция, омбудсман. Канадский или австралийский федерализм – не английские заимствования, в Соединенном Королевстве никогда не было федерации). И таким же образом нельзя найти представительную группу стран, которые позволительно было бы объединить в семью с однородным набором базовых государственно-правовых институтов по образцу, скажем, Германии или Франции, Советского Со-

© К.В. Арановский, 2008

Доктор юридических наук, профессор, кафедра международного права ЮИ Дальневосточного государственного университета.

Doctor of legal sciences, professor of the Far East State University Law institute International law chair.

юза или Китая. Каждая из таких стран обнаружит комбинацию, в которой есть республика, но нет федерализма, есть конституционная юстиция, но нет омбудсмана и т.д. Иными словами, в области государственного права компаративистике достаются более дробные объекты – не национальная правовая система как исходная целостная единица, но отдельные институты государственного права. Это не значит, что правовой компаративистике путь в государственное право закрыт. Просто в данном случае сам изучаемый объект навязывает несколько иную, чем в общем сравнительном правоведении, структуру знаний и, конечно, их изложения. В курсах по государственному (конституционному) праву зарубежных стран не случайно отсутствует явно выраженная правовая география, которой так выгодно отличается сравнительное правоведение. В них изложение ведется по отдельным выразительным и важным сторонам государственно-правового регулирования, таким как формы правления, избирательное право, государственно-правовые (конституционные) основы статуса личности и другие институты государственного права. Лишь в так называемой особенной части эти институты можно собрать вместе, чтобы представить государственно-правовую систему отдельно взятой страны, но не семьи, объединяющей несколько стран в готовую для изучения однородную группу.

Вместе с тем мировое разнообразие в области государственного права не совсем заграждает дорогу для правовой географии, если в ее составлении опираться не на современную данность в чистом виде, а на категорию государственно-правовой традиции. В этой категории учтены, в первую очередь, стабильные, коренные предпочтения сложившихся народов в части государственного права. И тогда появляется возможность среди прочих традиций государственного права определить конституционное право как отдельную единицу[1].

Две стороны сравнительного анализа относительно конституционного права – конституционное право и право государственное. Лидирующее положение занимает конституционное право, его «среда обитания». Компаративистское изучение конституционного права возможно в двух аспектах в зависимости от того, что взять в сравнение. Во-первых, конституционное право различается в тех странах, где оно получило некоторое развитие. Тогда его нужно представить в сходствах и различиях, наблюдаемых в отдельных его институтах разных стран. Во-вторых, само конституционное право отличается от иных типов государственного права, которые складывались в разных частях планеты. А.Д. Градовский верно называл конституционализм особым политическим типом и относил его к народам, как он выражался, «германской и латинской »[2]. Всякое политически устроенное общество знает государственность, правила публичного отправления власти в отношениях с частными лицами, общественными, территориальными образованиями и другими субъектами. Государственное право универсально, а право конституционное образует его разновидность наряду с мусульманским, социалистическим и другими типами. Так, в исламе «основные начала регулирования государственно-правовых отношений… сложились до X века»[3], то есть до конституционного права. Саудовская Аравия, например, не обзавелась конституционными учреждениями власти и не поставила в основание государственности верховенство права и права человека.

Конституционное право представлено в политико-правовом укладе не просто многих стран, но наиболее влиятельных государств. Его институты отчасти укоренились даже в азиатских обществах (Япония, Южная Корея, Тайвань и др.), не имевших собственных к тому предпосылок. Это дает ему положение убедительной и распространенной модели, занимающей особое место в предмете сравнительного правоведения.

Конституционное право возможно не во всяком обществе. Культур-ными, мировоззренческими его предпосылками выступают протестантское христианство, индивидуалистическое общество, склонное к соревнователь-ности, стяжательству, прагматическому рационализму. Такие общества имеют этические, эмоциональные, поведенческие предпочтения, например, тяготение к устройству жизни в условленных формах и правилах с уверен-ным их воспроизводством. Социальный уклад конституционных обществ отличается непрочностью границ между слоями, подавлением кастовости и солидарности, пацифистскими наклонностями и толерантностью, числен-ным и моральным преобладанием среднего класса и другими признаками. В их экономике преобладает частная собственность, изрядная доля которой не вовлечена в монополии и свободна от государственного вмешательства. Свободная конкуренция как основание рыночного хозяйства и экономиче-ское благополучие также составляют их отличительный признак. Нет случаев, когда бы конституционное право непринужденно сложилось в обществе без влиятельного протестантского сектора в религии, с устойчи-выми иерархиями и сословиями, с националистическими и воинственными настроениями, с

[1] См. об этом: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. СПб., 2003

[2] Градовский А.Д. Государственное право важнейших европейских держав. СПб., 1895. С. 1.

[3] Чиркин В. Е. Мусульманская концепция права, // Мусульманское право. М., 1984. С. 5–6.

развитой солидарностью социальных групп и угнетенным индивидуализмом, в обществах бедных и с монополизмом в экономике. Конституционное право не образуется изданием основного закона.

Понятие конституции в отношении к понятию основного закона. Понятия конституции и основного закона важно отличать. Конституция бывает изложена иначе, чем в основном законе, как и не все основные законы излагают конституционное право. Ими можно узаконить, например, тибетский панчаят, социалистическую государственность, нигерийскую диктатуру, шариат и вообще любой политический строй. Полагая конституцию основным законом, пришлось бы решить, что в самодержавной России с ее основными законами конституция была[1], а в Англии – «отечестве конституционных учреждений»[2] конституции нет, ибо там никогда не было основных законов.

Понятия конституции и основного закона выражают явления разного порядка. Основной закон, как любой закон, – есть форма, условный источник права. Многим конституциям эту форму дают, чтобы поставить их выше других норм, устроить конституционный контроль. Но формой основного закона можно воспользоваться как в изложении конституционного права, так и в государственно-правовом регулировании иного рода. Конституция не связана с какой-то единственной формой. Ее положения бывают выражены в обыкновенных законах, в конституционных конвенциях (обычаях и соглашениях), судебных прецедентах, декларациях, в доктринальных и других источниках. Не имеет ясно выраженной формы основного закона ряд стран с устойчивой конституционной славой, включая Великобританию, Новую Зеландию. Даже конституцию Австрии относят к «некодифицированным»[3].

Понятие конституции открывается в ее истории. Оно столетиями набирало свой смысл и выяснилось в Англии лишь с наступлением Нового времени. Предысторию конституции обозначают 1215 г., когда Иоанн Безземельный, подписав Великую хартию вольностей, обещал считать церковь свободной, не посягать на имущество и личность подданных, не вводить налогов без согласия королевства (королевской курии, с 1265 г. – парламента). До XVII в. история Англии полна как беззаконий, так и конституционным строительством. К исходу XIII в. парламент стали созывать «часто» – почти регулярно. От случая к случаю подтверждались его финансовые прерогативы. К нему добавилась выборная Палата общин, а в XV в. получил признание иммунитет его депутатов. С тем и образовались основы народовластия (в Англии – в виде так называемого «парламентского суверенитета»). Реформация вызвала к жизни протестантскую ветвь христианства, которая дала новые идеи и смыслы, развенчав религиозную и светскую авторитарность, возводя индивидуализм, право личного суждения, собственность и стяжательство в жизненные принципы, а личную свободу – в ранг высшей ценности. С ними стала возможной вера в права личности, догмат «священной и неприкосновенной» частной собственности. Укоренялась вера в верховенство права над самой властью – англичане видели в праве безличный, господствующий над человеческим произволом закон, который не создает, но «открывает» время от времени замкнутая каста судей, провозглашая право в прецедентах. Территориальное устройство и местное управление Англия также развивала в русле конституции – английское самоуправление, которое Р. Гнейст «открыл» для Европы лишь в XIX в.[4], юридически обособило местные сообщества, дав подданным доступ к власти на местном уровне.

Наконец, в XVII в. была издана серия актов, которая вместе с прежними нормами выразила конституцию в том значении, которое теперь содержит это понятие. Акт «для лучшего обеспечения свободы подданных и предупреждения заточений за морями» (Habeas Corpus Act) 1679 г. поставил аресты под судебный контроль. Акты о веротерпимости поддержали моральную, религиозную свободу. Билль о правах 1689 г. определил парламент «часто» созываемым учреждением, запретил королю приостанавливать законы, делать в них изъятия, угрожать парламенту силой, мешать выборам, нарушать свободу прений. Он запретил взимать налоги без закона, нарушать права лиц «не установленными законом наказаниями» и подбором присяжных. Акт об устроении 1701 г. узаконил независимость судей, а Компромисс тори и вигов 1688 г. дал начало многопартийности.

Конституция впервые явилась не в стройной форме основного закона, а в постепенной эволюции, в довольно беспорядочном наборе правоположений. Миновали десятилетия, прежде чем в правовом искусстве появился основной закон. Понимая *конституцию* в правовом содержании, ее *нужно определить как общность правоположений о народовластии, личной и политической свободе, верховенстве права, государственном устройстве и основах местного управления*.

---

[1] Впрочем, в хрестоматии «Конституционное право России» основные государственные законы названы конституционными, поскольку они закрепляли основы монархии, совершавшей «дрейф от самодержавия в сторону монархии конституционной». См.: Угроватов А. П., Таранин А. Б. Конституционное право России. Основные законы, конституции и документы XVIII–XX веков. Новосибирск, 2000. С. 3. Но «дрейф» в конституцию – еще не конституция, а лишь ее возможность.

[2] Градовский А.Д. Указ. соч. С. 3.

[3] См.: Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 6.

[4] См.: Институты самоуправления: историко-правовое исследование. М., 1995. С. 224.

Сущность и содержание конституции. Компаративистика и конституционная история позволяют судить о сущности конституции, ее исконном назначении. Все акты конституционного законодательства обычно объявляются с намерением к общественному миру. В английской конституционной истории оно всегда выражало безотчетное «стремление к порядку, устойчивости»[1]. Принятие и пересмотр конституций нередко устроены так, что выполнить их можно лишь при высокой степени согласия. Конституция отрицает «формы государственного строя», где выражен «деспотизм», а «военная власть выше гражданской», где «препятствуют отправлению правосудия» и т.п. (Декларация независимости США). Гражданская, политическая свобода и власть, подчиненная правам личности и закону, – вот условия, которые конституция вводит в основание мира.

Не каждое общество сойдется на конституционных правилах. Известны иные виды общественного мира. Исламский принцип «шура» вводит в основание государственности совещательност[2] и, как полагают, дает народу больше возможностей участвовать в решениях, чем западная представительная система, разделение властей и права человека[3]. Конфуцианский мир, панчаят, другие традиции дают иной строй общественного согласия.

Сущность же конституции состоит в правовом устройстве гражданского мира, то есть общественного согласия на условиях верховенства права, личной и политической свободы. Ф. Лассаль и другие социалисты представили сущность конституции как расстановку сил в классовой борьбе, выраженную в системе выборов, представительстве, законах. Они передали ее в чертах классового конфликта. Это, однако, противоречит намерениям и настроениям, обеспечившим силу конституции. Конституция и межклассовая «война» – разнополюсные явления. Тяготение к борьбе и агрессии, конечно, коренится в людях, но в них живет и склонность к миру. Конституция построена на том, что мирное состояние общества возможно и выражает одну из таких возможностей. В самой борьбе конституция проявляет себя миротворчески: в парламенте столкновения принимают вид фракционного соперничества; свобода слова и печати позволяет мирно выразить несогласия; в правосудии конфликты разрешаются относительно мирными способами и проч.

Социализм не только предложил особый взгляд на сущность конституции, но и поставил под сомнение ее состоятельность, как и всю «буржуазную» демократию. Различая «юридическую конституцию» и «конституцию фактическую», В. И. Ленин полагал конституцию фиктивной, когда они расходятся. Конституция, стало быть, несостоятельна, если меняется соотношение сил в борьбе, а оно меняется непременно. Не фиктивной объявлена в корне новая *«конституция социалистического типа»*. Она закрепляет народовластие, но вопреки собственно конституции ставит его под руководство господствующей партии; объявляет права граждан, но не возвышает их до ранга неотчуждаемых и предназначает для достижения социалистических целей. В преимуществе оставлены не личные и политические свободы, а социально-экономические права, кроме частной собственности, разумеется. Принцип законности конституция нового типа сопровождает добавлениями «пролетарская», «революционная», «социалистическая», так что преобладают политические установки и по-партийному понятое благо народа. Используя заимствования из конституционного права, социалистическая конституция, выражает, по существу, не конституционализм, но отдельную традицию. Она вводит в основу общественного согласия пролетарско-партийное господство, но не гражданский мир конституционного типа.

Конституция, заметим, показала свою жизнеспособность в обществах, которым близок ее смысл. Это отчасти объясняет американская идея «живой конституции»[4]: основатели конституции не знают будущего, отчего ее несоответствие нуждам общества кажется со временем неотвратимым. Но конституция имеет свои основы и динамическую часть. Статическая, неизменная часть конституции сохраняется через поколения, а рядом с ней действуют подвижные положения конституции. Следуя основам конституции, они делают ее современной – «свободное правительство или благословенную свободу нельзя сохранить... без постоянного возвращения к фундаментальным принципам» (Декларация независимости США). Похожая на художественное отвлечение, идея «живой конституции» не беспочвенна. Конституционное право США покоится на основном законе, который за двести лет потерпел немного изменений, но прецеденты и законы излагают живое конституционное право в тысячах страниц. «Канадское конституционное право наполнено материалами, связанными с толкованием Юридическим комитетом Тайного совета ст. 91 и 92 Акта о Британской Северной Америке»[5]. Франция сменила две монархии, две империи, пять

---

[1] Институты самоуправления. С. 97.

[2] См., напр.: Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманская правовая культура. М., 1997. С. 37–40.

[3] См.: Ан-Наим А. А. На пути к исламской реформации: гражданские свободы, права человека и международное право. М., 1999. С. 84; Zahlan R. S. The Making of the Modern Gulf States. N-Y., 1986. P. 41.

[4] См.: История буржуазного конституционализма XIX в. М., 1986. С. 51–53, 83–85.

[5] См.: Там же. С. 199.

республик и серию конституционных законов, но оставила неизменной Декларацию прав человека и гражданина 1789 г. Подвижна, но постоянна британская конституция. И Конституция России изложена будто бы вслед идее «живой конституции»: за основами конституционного строя и правами человека следуют нормы, допускающие развитие и подвижность.

В *содержании конституции* можно условно выявить две группы положений, из которых первую составляют те, что для конституции обязательны. Конституция непременно содержит положения *о народном суверенитете* – собственном и верховном праве народа на власть. Общность граждан определена высшим источником власти[1], а права институтов государства – производными. Но народовластие связано ограничениями, что отличает конституцию от традиций, возводящих народоправие в абсолют. Она ставит народовластию ряд формальных ограничений и ограничивает его по существу. Народовластие положено осуществлять по правилам: на выборах, референдуме, в народных инициативах, деятельности парламента, партий и «групп давления». Референдум бывает запрещен по ряду вопросов; изменения конституции требуют выдержать трудные процедуры; избирателям нельзя отозвать депутата. Народовластие ограничено правами человека, международным правом, властью правосудия: «Когда Верховный суд объявляет неконституционным законодательный акт или действие выборной исполнительной власти, он отвергает волю представителей народа…»[2].

Конституция непременно содержит нормы *о статусе личности*. «Главная черта конституционных государств есть ограничение суммы прав власти по отношению к управляемым. Это ограничение является в виде провозглашения суммы… прав граждан»[3]. Набор прав бывает разным, но непременно включает разные виды неприкосновенности, избирательное право, право частной собственности. Основой статуса личности выступают правовое равенство и общедозволительный принцип (разрешено все, что не запрещено законом).

Конституция содержит положения о строении *высших институтов власти*. Она объявляет политическое *верховенство парламента либо разделение властей*, в котором, тем не менее, парламент тоже участвует. Разделение властей неверно считать необходимым атрибутом конституции. Разделения законодательной и исполнительной власти нет, например, в ФРГ, где правительство и парламент не обособлены друг от друга, а связаны партийной общностью[4], нет его в Великобритании, где Кабинет и Палата общин объединены парламентским большинством.

Конституции обязательно определяют основы национального права и отводят закону верховенство. Но по французской Конституции, например, область регламентарного правотворчества шире сферы, отведенной закону.

Наконец, конституции непременно содержат положения *о федеративном или унитарном строении государства*, о положении автономий и других образований.

Содержание конституции не исчерпывается обязательными положениями. В ней бывают помещены, в частности, положения о внешней политике и участии государства в наднациональных сообществах, об охране природы и отношениях с религиями, о хозяйственном укладе и «социальном государстве», условия чрезвычайного режима, переходные положения и другие, вплоть до охраны прав сельскохозяйственных рабочих и необходимости учитывать роль этносов при изучении истории.

Конституции и конституционное право в разновидностях и в распространении. Возраст, исторические обстоятельства образования конституций позволяют различать их *по поколениям*. К первому поколению относят ранние (до XIX–XX вв.) конституции. Конституционное право еще не вполне вышло за рамки эксперимента, и у сочинителей конституционных текстов не было богатого, испытанного временем материала. Без обременительных обязательств и программ иные из этих конституций могли пережить политические потрясения и целые эпохи. Конституции второго поколения сложились до II Мировой войны, когда завершилось образование и началось сближение ряда конституционных институтов, прежде лишь намечавшихся: политическая ответственность правительства перед парламентом, конституционная юстиция, новая группа прав (социально-экономических), свобода совести (вместо прежней веротерпимости). Послевоенные конституции третьего поколения

---

[1] Относительно суверенитета конституция содержательно отличается, например, от мусульманского права, где «догма расчленяет это понятие на вселенский суверенитет, принадлежащий Аллаху, и земной, ограниченный волей всевышнего»... – Онан Э. С. Ислам и конституционное строительство в странах Востока // Мусульманское право. М., 1984. С. 106.

[2] Garvey J. H., Aleinikoff T. A. Modern Constitutional Theory. St. Paul, 1989. P. 12.

[3] Градовский А. Д. Указ. соч. С. 18.

[4] «…В ст. 20 говорится лишь о трех различных функциях, принадлежащих трем видам специальных органов… Не упоминается ни о сбалансированности, ни о взаимном контроле трех властей». – Современное буржуазное государственное право. Критические очерки: В 2 т. Т. 1. Буржуазная наука государственного права / Под ред. В. А. Туманова. М., 1987. С. 132.

стали еще ближе друг другу. Почти все они начинаются с раздела о правах, провозглашают правовое государство, используют сходные термины. Объявляя социально-экономические программы и права, составители конституций не стремятся связывать государство строгими обязательствами. XX в. показал, что социальные конфликты угрожают конституционному строю, но и обременять государство социальными обязанностями тоже опасно. Расширилась область конституционного регулирования. В третьем поколении все конституции получили форму единого основного закона, тогда как прежде многие обходились без нее. К третьему поколению относятся и конституции ряда государств, отказавшихся от социализма.

Конституции различаются по форме. Большинство имеет форму основного закона, иной раз дополненного другими источниками, например, федеративным договором. Другая группа конституций изложена в нескольких законах. Конституцию Финляндии, например, образуют Акт о форме правления (1919 г.), Закон о высшем суде (1922 г.), Парламентский устав (1928 г.). Бывает, что у конституции нет определенной структуры, позволяющей формально отличить ее от других норм права.

Распространено заимствование конституционного права[1], а *конституции* поэтому делятся на *оригинальные* и *заимствованные*. Страны с оригинальными конституциями имеют основательную конституционную историю. Их народы выражают себя в конституционном праве, связывая с ним всю свою культуру. Другие страны получили конституционный материал преимущественно в заимствованиях. Кому-то конституция поступила с *переносом* обширных фрагментов западной культуры и ее носителей на новые пространства. Так, в Канаду, Австралию конституционализм переместили носители английской культуры. Во многих странах поступление конституционных заимствований обеспечено экономическим, военным и другими видами *давления*.

Перенос и давление лишь в общем изображают пути распространения конституционализма. Во-первых, возможны сочетания, где они действуют вместе, например, в Индии или в ЮАР. Во-вторых, конституционные заимствования можно приписать отчасти династическим обстоятельствам, когда представители европейских монархий становились государями других стран. В-третьих, конституционному праву нельзя отказать в способности вдохновлять собою народы: его потенциал и качество конституционного регулирования высоки. Какой бы, однако, ни была привлекательной конституция, лишь перенос конституции обеспечивает ее основательное укоренение. Давлению же всегда отвечают сопротивлением, более или менее значительным.

Заимствование различается не только условиями доставки, но и составом конституционного материала: *сплошное заимствование отличается от компиляционного*. В первом случае страна-реципиент получает его от конституционного права одного донора (Кот д'Ивуар – от Франции; Канада – преимущественно от Великобритании). Компиляционное заимствование вызывает материал из конституционного права нескольких стран. Так, текст Конституции Японии скомпилирован из американского и европейского конституционного права.

География распространения и укоренения конституционного права сложна. Сектор миссионерски, наступательно настроенных конституционных обществ включает США и культурно близкие им страны – Великобританию, возможно Канаду (не считая Квебека) и другие. Область устойчивого и несколько замкнутого конституционного права занята Скандинавией, Финляндией, Швейцарией, Австралией. Есть причины отдельно назвать общества, которые в прошлом показывали склонность перейти в неконституционное состояние. Австрия, Франция, Германия (отчасти), Италия дают поводы к таким суждениям. Умеренный, не вполне самостоятельный, но проделавший основательную эволюцию конституционализм сложился, например, в Испании, Чехии, Венгрии. К странам конституционного права с оговорками относятся те, государственность которых, как и другие стороны культуры, представляется «ведомым» со стороны Запада. Это пограничная часть конституционной географии. Их ведомый характер поддерживает соседство с другой культурой, государственностью, экономикой, например, Большого Китая, Северной Кореи, России, арабских стран. Тайвань, Южная Корея, ряд стран СНГ, Израиль обоснованно или по старой памяти опасаются такого соседства и тяготеют к странам конституционного права. География конституционного права условна. Ее можно дополнить, указав на общества, где конституционализму стойко возражают. Неравномерность его распространения указывает на то, что конституционное право нельзя полагать одинаково пригодным во всех обществах. Оно укореняется лишь в общественной среде известного качества. В ней только и может конституция получить признание, принимая форму основного закона или оставаясь без нее. Конституция образуется тем, что получает силу во взглядах и в поведении участников конституционных отношений.

[1] Так, сочинители текста индийской конституции «не ставили себе целью выработать оригинальную или единственную в своем роде конституцию». Шарма М. П. Государственный строй Индийской республики. М., 1958. С. 49.

A.F. Vasilyeva , E.G. Prikhodko

Problems of civil service law evolution in Germany and Russia

А.Ф. Васильева, Е.Г. Приходько

Проблемы развития служебного права в Германии и России

В 2006 г. в Германии была опубликована книга одного из ведущих исследователей немецкой публичной службы Х.П. Булля под названием «Будущее служебного права» (Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006.). Идеи, высказанные автором, считаются революционными для немецкой правовой мысли, поскольку затрагивают фундаментальные основы традиционной публичной службы. Предлагаемая статья подготовлена по материалам названной книги и посвящена сравнению проблем современной публичной (в первую очередь – государственной) службы в Германии и России.

In 2006 the book by one of the prominent researchers of German public service X.P. Bull under the title " Future of civil service law" (Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006.) was published in Germany. Ideas expressed by the author are considered to be revolutionary for the German legal thought, as they touch upon fundamental bases of traditional public service. The given article is prepared on the materials of the book in question and is devoted to the comparison of modern public (firstly civil) service problems in Germany and Russia.

Эффективность и недостатки современной публичной службы являются одними из наиболее обсуждаемых вопросов государственного управления и в Германии, и в России. В немецкой юридической литературе отмечается, что хорошее качество государственного управления и публичной службы – это залог правовой стабильности. Однако в финансовом отношении публичная служба во все времена была обременительной для государства. Служащие ориентированы на соблюдение правил, но не на результативность государственного управления. В отношениях с гражданами-заявителями и получателями государственных услуг бюрократия выступает с позиции «сверху-вниз». Кроме того, в проходящих в современной Германии дискуссиях интенсивно обсуждается вопрос о тенденциях развития службы в контексте глобализации технических, экономических и политических процессов[1].

Схожая ситуация наблюдается и в России. Реформа государственного управления с необходимостью ставит вопрос об изменениях в системе государственной службы.

Одним из основных принципов в публичном управлении становится признание гражданина в качестве равного субъекта в отношениях с публичной властью. Этот принцип должен стать определяющим для всех ситуаций взаимодействия служащих и граждан, всех функций, форм и методов деятельности государственных органов. Однако, как отмечается в отечественной литературе, трудно «утвердить в сознании чиновника восприятие обратившегося к нему гражданина не как докучающей обузы, а как потребителя услуг, которые он обязан предоставить данному гражданину. Следствием подобного положения является ограниченная способность системы к выполнению функций государственного управления и оказания общественных услуг»[2].

С изменением концепции государственного управления тесно связан вопрос об оптимизации функций органов исполнительной власти. Разграничение функций государственного управления между разными органами исполнительной власти влечёт дифференциацию требований к государственным служащим, выполняющим разные функции, реализующим разные методы и формы государственного управления[3].

© А.Ф. Васильева, Е.Г. Приходько, 2008

Васильева А. Ф. – старший преподаватель кафедры конституционного, административного и муниципального права ЮИ СФУ. Senior lecturer of Siberian Federal University Law institute chair of constitutional, administrative and municipal law.

Приходько Е. Г. – старший преподаватель кафедры конституционного, административного и муниципального права ЮИ СФУ. Senior lecturer of Siberian Federal University Law institute chair of constitutional, administrative and municipal law.

[1] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 11.

[2] Барциц И.Н. О концептуальных направлениях развития системы государственной службы РФ // Журнал российского права. 2008. № 6. С. 22.

[3] См., напр.: Приходько Е.Г. Требования, предъявляемые к государственным служащим, осуществляющим функции по представлению государственных услуг // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) / Под общ. ред. Е.В. Гриценко, Н.А. Шевелевой. М., 2007. С. 66–70.

Концепция административной реформы ориентирует служащих на переход к управлению по результатам, когда оценка деятельности будет связана с конкретными результатами, а не процессом их достижения[1]. Не менее актуальным вопросом для российской государственной службы является вопрос об электронном правительстве, информационной открытости государственного управления[2].

Представляется, что в целом указанные проблемы характерны не только для России и Германии, но и для большинства современных государств[3]. Вместе с тем нельзя не признать, что в практике российской государственной службы ещё не обозначились те проблемы, которые уже стали актуальными для других стран в связи с разгосударствлением отдельных функций, глобализацией экономики и политики.

Современное состояние государственной службы по данным статистики

Для эффективного разрешения настоящих и будущих проблем, возникающих перед государственным управлением, необходимо, чтобы инструменты государственной службы, урегулированные нормами служебного права, обладали достаточной гибкостью и адаптивностью к изменяющимся условиям. Чтобы понять, отвечает ли современное служебное право этим требованиям, представляется полезным рассмотреть состояние государственной службы и основные критические замечания, звучащие в её адрес.

Согласно статистическим данным, количество служащих в Германии в последние годы значительно уменьшилось. Сокращению численности служащих предшествовал период роста численности персонала государственных учреждений. В 1950 г. служащих было 2,3 млн; в 1960 – 3,2 млн, в 1970 – 3,9 млн; в 1980 – 3,7 млн; в 1990 – 4,9 млн человек. После объединения Германии – 6,7 млн человек. Сейчас в связи с приватизацией, сокращением персонала (данные процессы затронули школы, детские суды, полицию, суды и др.) количество служащих сократилось[4]. Оставшиеся служащие несут повышенную нагрузку, и у них много сверхурочных часов. В ФРГ количество лиц, занятых на публичной службе, составляет 14 % от общего числа занятых. Во Франции – 20 %, в Швеции – свыше 30 %, в Дании – свыше 35 %, в Нидерландах и Великобритании – 12 %[5].

Что касается качественной характеристики занятости на государственной службе Германии, то отмечаются некоторые структурные сдвиги в системе публичной службы. Так, количество чиновников уменьшилось, но количество служащих возросло. Произошло «облагораживание» структуры персонала: служба на руководящих должностях в 1960 г. осуществлялась 34 % служащих, в 2002 г. – 54 % служащих. Крупнейшим работодателем в публичном секторе сейчас являются земли как субъекты Федерации (по состоянию на 2002 г. – более 50 % служащих). В этих цифрах отражаются произошедшие изменения в функциях и структуре службы. Кроме того, в Германии, в сравнении с другими европейскими странами, количество служащих предпенсионного возраста не является критическим. Служба феминизировалась (особенно среднее и высшее звено, а также сфера юстиции)[6].

По данным Федеральной службы государственной статистики России, в 2007 г. количество занятых на государственной службе в России составило 5,2 % от общего количества занятых[7]. Однако для сопоставления российских показателей с европейскими целесообразно использовать иные статистические данные – о количестве занятых в государственном секторе экономики, поскольку публичная служба в европейских странах осуществляется не только в государственных органах, но и в иных организациях, осуществляющих функции государственного управления. В России работают на государство 32 % от общего числа занятых[8], при этом процентное соотношение остаётся стабильным на протяжении нескольких лет, но в абсолютном выражении цифры снижаются.

Таким образом, в европейских странах до трети всех занятых находятся на публичной службе. В то же время в большинстве стран наблюдается постепенное снижение числа занятых на публичной службе.

[1] Концепция административной реформы в РФ в 2006–2010 гг.: Одобрена распоряжением Правительства РФ от 25 октября 2005 г. (с доп.) // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

[2] См., напр.: Концепция формирования в РФ электронного правительства до 2010 г.: одобрена распоряжением Правительства РФ от 6 мая 2008 г. // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2372; Стенографический отчёт о заседании президиума Государственного совета «О реализации Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации» // http://www.kremlin.ru/appears/2008/07/17/2341_type63378type63381_204340

[3] Мэннинг Н., Парисон Н. Реформа государственного управления: международный опыт. М., 2003. С. 25.

[4] См. сайт Федеральной статистической службы www.dstatis.de

[5] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 16–19.

[6] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 19–20.

[7] http://www.gks.ru/bgd/regl/b08_11/IssWWW.exe/Stg/d01/06-03.htm

[8] http://www.gks.ru/bgd/regl/b08_11/IssWWW.exe/Stg/d01/06-02.htm

Критика государственной службы и современное служебное право

Особое значение в современном мире приобретает критика со стороны общества, которой подвергается государственная служба той или иной страны. Х.П. Булль подчёркивает, что «негативная оценка деятельности государства не играла роли, пока государство выступало в отношениях с гражданами авторитарно, и это являлось традиционным. Современное демократическое государство должно заботиться о том, чтобы граждане, обязанные подчиняться решениям управления и зависящие от услуг публичного управления, признавали (акцептировали) это управление (что не исключает критику публичной власти и её решений). Парламентская демократия нуждается в принципиальном доверии граждан, поскольку требует от граждан «жертв». Поэтому необоснованная и постоянная критика службы является негативным фактором»[1].

Представляется, что пока российской государственной службой риски государственного управления в связи с отсутствием поддержки и доверия граждан оценены не в достаточной степени. Снижение доверия граждан к государству влечёт комплекс глобальных социальных проблем. Закономерным итогом является ухудшение репутации государства-работодателя и, как следствие, массовый отток кадров. «Плохая репутация службы отпугивает претендентов на занятие должностей публичной службы, что в будущем приведёт к кадровому провалу, не будет происходить кадровой смены служащих»[2].

На первый взгляд, данное предположение о тенденции развития немецкой публичной службы является несколько преувеличенным и не в полной мере относится к практике российского государственного аппарата, которому отток кадров в ближайшее время не грозит. Вместе с тем нельзя исключать такого развития событий в перспективе. В большинстве стран государственный и частный сектор конкурируют на рынке труда в стремлении привлечь на работу наиболее квалифицированных специалистов.

Предполагаемые социальные последствия оттока кадров с государственной службы можно просчитать исходя из численности и качественной характеристики персонала публичных учреждений. Уменьшение численности служащих приводит к возрастанию нагрузки на оставшийся персонал, что в свою очередь, отражается на качестве государственного управления. Однако следует признать, что обратный процесс увеличения персонала не приводит к автоматическому повышению качества управления, так как не существует прямой зависимости между увеличением количества служащих и качеством их работы.

Настроение государственных служащих в Германии и России во многом совпадает. Х.П. Булль отмечает, что, по опросам немецких служащих, уже сейчас многие «скучают» по прошлым отношениям, когда служба публичная была более престижна, чем служба в частном секторе. Вследствие многочисленных попыток сократить персонал и иным образом снизить затраты на государственную службу многие служащие недовольны сложившимся положением вещей, они ощущают себя «мальчиками для битья», отвечающими за промахи политиков, и, естественно, высказывают намерение уйти со службы. Преобладают настроения недоверия служащих к руководству, несправедливое отношение которого к служащим может понизить их мотивацию. Однако, несмотря на всё это, достаточно большое количество служащих весьма ценят свою работу за материальное содержание, стабильность служебных отношений и уверенность в том, что не будет необоснованного увольнения. Общепризнанным фактом является то, что служащие заинтересованы не только в оплате труда, но и имеют высокий уровень потребности участвовать в решении публичных задач, заниматься публичной деятельностью[3]. В опросах российских государственных служащих, в частности служащих Красноярского края, также было выявлено, что служащие не только заинтересованы в стабильных государственно-служебных отношениях, в построении карьеры и достойном материальном содержании, но и готовы и стремятся решать задачи публичного управления и работать более интенсивно[4].

Несмотря на то, что некоторые государственные служащие считают, что к результатам их деятельности относятся с предубеждением, «определённые аспекты критики со стороны общества являются объективно обоснованными. Так, нельзя не признать обоснованности упреков относительно медлительности некоторых органов, усложнения управленческих процедур. Конечно, многие органы работают в условиях высоких требований эффективности и работают достаточно эффективно. Но это не является

[1] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 12.
[2] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 12–13.
[3] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 14.
[4] Отчёт Государственного университета Высшей школы экономики по итогам социологического исследования среди государственных гражданских служащих Красноярского края // Текущий архив администрации губернатора Красноярского края.

общим правилом. Управленческая культура (стиль реализации публичных функций) и внутренние нормы и ритуалы различны в системах разных государственных органов. В значительной части это зависит от качества управленческого персонала, находящегося на вершине управления этого органа.

Как известно, одну и ту же функцию можно осуществлять по-разному: властно выступать по отношению к гражданину, схематически (формально) отрабатывать функцию или выступать с полным уважением и вниманием к гражданину. На практике существуют все три формы.

Руководителям бывает сложно создать у служащих мотивацию работать интенсивно и уволить тех, кто не встраивается в общий темп работы органа. Можно предположить, что соотношение между теми служащими, которые эффективно выполняют функции, и теми служащими, которые неэффективно выполняют свои функции, такие же, как и в частной экономике. Однако возможности фактического реагирования на такое поведение на службе значительно меньше»[1].

Не вызывает сомнений, что медлительность в действиях, чрезмерное усложнение процедур, невнимательное отношение к клиентам являются «визитной карточкой» отдельных российских публичных учреждений. Поэтому упрощение административных процедур (в том числе сокращение сроков), снижение административных барьеров, регламентация административных процессов – приоритетные направления административной реформы в России. Вместе с тем на практике признаётся, что реализация изменений по данным направлениям имеет действенные результаты только при наличии заинтересованности руководителей государственных органов. Введение административных регламентов без поддержки внутриорганизационными мерами редко даёт ощутимые результаты. Вместе с тем внутриорганизационное государственное право (система правовых норм, регулирующих отношения внутри государственного аппарата и отдельных государственных органов) в России не развито, поэтому решение многих вопросов зависит не от правовых предписаний, а исключительно от позиции руководителей государственных органов.

Как видно, основными критическими замечаниями в отношении государственной службы как в Германии, так и в России являются «неповоротливость» государственного аппарата и бюрократизация его деятельности, что не соответствует современным условиям и темпу развития экономики и общественной жизни.

Государственные служащие находятся в сложном положении, поскольку повышение уровня общественных ожиданий влечёт постоянное возрастание требований к персоналу государственных органов. Внешние условия труда на публичной службе значительно изменились. Все органы оснащены информационной и коммуникационной техникой, что увеличило темп и интенсивность работы, в связи с чем сотрудники вынуждены постоянно обучаться. Наряду с этим оплата в публичном секторе в Германии в последние годы отстала от темпов роста в частном секторе. У чиновников содержание было даже урезано, например, за счёт увеличения трудовой недели без введения дополнительной оплаты.

На изменение условий труда существенно повлияли приватизационные процессы. Например, почта, железные дороги, предприятия по утилизации отходов, больницы, дома престарелых были выведены из государственного сектора, переведены в другие организационные формы, а в некоторых случаях полностью приватизированы[2]. Соответственно тысячи занятых в этой сфере работников утратили статус служащих и перешли в другую сферу, где действуют принципы, отличные от принципов сферы государственного управления. И, естественно, для тех, кто перешёл в частный сектор, стали действовать тарифные правила частного сектора, что, как считается, значительно ухудшило условия труда служащих[3].

Приватизационные процессы в России не столь крупномасштабны. Вместе с тем упразднение ряда государственных органов с созданием на их базе государственных корпораций, учреждение многофункциональных центров по оказанию публичных услуг, преобразование государственных органов в государственные учреждения влекут изменение статуса государственных служащих. Законодательство о государственной службе РФ не предусматривает каких-либо компенсационных механизмов на случай утраты статуса государственного служащего, и служащие не имеют возможности каким-либо образом влиять на решение проблем, связанных с приватизацией государственных функций.

Итак, с одной стороны, внешняя критика государственной службы указывает, что качество государственного управления оставляет желать лучшего, с другой – служащие находятся в сложной переходной ситуации изменения ценностей и приоритетов государственной службы. В Германии вопросы преобра-

[1] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 12–13.

[2] Более подробно о процессах приватизации см.: Васильева А.Ф. Делегирование государственных функций субъектам частного права // Правоведение. 2008. № 2.

[3] Bull H.P. Vom Staatsdiener zum öffentlichen Dienstleister. Zur Zukunft des Dienstrecht. Band 27. 2006. S. 20–21.

зований в государственной службе стоят достаточно остро и активно обсуждаются. В России ситуация более спокойная (во всяком случае менее обсуждаемая публично), но выбранное направление развития государственного управления с неизбежностью ставит те же вопросы, с которыми уже столкнулась немецкая публичная служба.

Х.П. Булль предполагает, что ситуация усугубляется тем, что законодательство регулирует государственно-служебные отношения, опираясь не на современные потребности, а на традиционное представление о государственной службе, сформировавшееся ещё в период монархии. Так, в Германии корпус служащих возник в период просвещённой монархии из служащих местных феодалов, которые должны были отказаться от своих частных интересов и беспристрастно выполнять функции государства. Эти идеалы сохраняются и являются традиционными и в правовом социальном демократическом государстве[1]. Те же идеалы считаются основополагающими для российской государственной службы[2].

Служебное право, основанное на традиционном представлении о государственной службе, не всегда может предоставить инструменты для преодоления недостатков современного государственного управления. Как отмечают немецкие учёные, оно не содержит в себе потенциала для развития службы в правильном направлении. В частности, немецкая служба является слишком регламентированной, многие правила – устаревшими. Действующее служебное право усугубляет различия в правовом статусе государственных служащих и лиц, статус которых определяется общим трудовым правом. Как отмечает Х.П. Буль, роль служебного права для осуществления эффективного, беспристрастного, стабильного государственного управления переоценивается[3].

Ограничения, препятствующие развитию служебного права

Рассмотрим те положения, которые вытекают из традиционного представления о государственной службе и препятствуют развитию современного служебного права в Германии и России.

1. Соотношение служебного и тарифного (трудового) права.

Разделение на чиновников и наёмных работников по тарифному праву является одним из ключевых моментов немецкой публичной службы. Исторически это было необходимо для того, чтобы концентрировать реализацию властных полномочий в руках чиновников, которые состоят в особых, доверительных отношениях с государством[4]. Однако деятельность чиновников находится не только во властном поле (см. § 2 абз. 2 Рамочного закона ФРГ о правовом статусе чиновников). На практике чиновники осуществляют и другие, не только властные функции. Поэтому презумпция высокой благонадежности и преданности чиновников государству означает, с другой стороны, недоверие к другим работникам. Сегодня это положение рассматривается уже как несправедливое.

Разделение в статусах чиновника и наёмного работника во многих областях не является необходимым для осуществления функций государства и усложняет управление государственным персоналом. Уже 35 лет назад было зафиксировано и подтверждено, что функции чиновников и наёмных работников во многом идентичны. Формальные различия в статусе со временем становятся всё меньше. В будущем это всё меньше будет приниматься во внимание – только там, где задачи и способ их осуществления порождает особые права и обязанности реализующих эти задачи лиц (специальный правовой статус). Существующее ныне разделение на две конкурирующие системы привело к содержательно неравному и несправедливому регулированию занятых в публичной службе. Люди, которые заняты одинаковой работой и служат вместе, имеют разные условия оплаты труда, социального обеспечения, отпуска и т.д. Они сравнивают себя с другими и требуют уравнивания в правовом статусе, что сегодня с правовой точки зрения является невозможным[5].

---

[1] Bull H.P. Указ. соч. S. 13.

[2] Об истории возникновения государственной службы в России см.: Архипова Т.Г., Румянцева М.Ф., Сенин А.С. История государственной службы в России. XVIII-XX века. М., 2000. О традиционном представлении о государственной службе см., напр.: Атаманчук Г.В. Сущность государственной службы: история, теория, закон, практика. М., 2002; Гришковец А.А. Правовое регулирование государственной гражданской службы: учеб. курс. М., 2003.; Старилов Ю.Н. Служебное право. М., 1996.

[3] Bull H.P. Указ.соч. S. 23.

[4] Статья 33 абз. 4 Основного закона ФРГ.

[5] Bull H.P. Указ. соч. S. 23–24.

Существенным аргументом, который выдвигают консервативно ориентированные сторонники сохранения разделения на чиновников и простых служащих, служит наличие специального правового регулирования как одного из условий для постоянного надлежащего осуществления функций государства, а также принципы непартийности и лояльности. Это утверждение является недоказанным и опровергается системами службы в других государствах, где функции государства реализуются надлежащим образом без такого разделения. В настоящее время до сих пор остался неисследованным вопрос о взаимосвязи между статусом чиновника и качеством его управленческих действий. В некоторых странах вообще нет чиновников, но государственное управление осуществляется. Профессионально-этические установки этой категории служащих определяются в трудовых договорах. Возникает вопрос, насколько необходим статус чиновников государству[1].

Российское законодательство по-разному регулирует статус лиц, замещающих государственные должности, статус государственных служащих и статус служащих государственных учреждений. Более близки по правовому статусу лица, замещающие государственные должности, и государственные служащие. При этом статус государственных служащих есть только у лиц, замещающих должности в государственных органах. Статус иных лиц, осуществляющих государственное управление, значительно отличается. Вместе с тем функции государственного управления осуществляются не только государственными органами, но и, например, государственными учреждениями. С точки зрения законодательства о государственной службе РФ, деятельность государственных служащих существенно отличается от деятельности работников, поскольку направлена на обеспечение исполнения полномочий государственных органов. Вместе с тем с расширением невластной сферы деятельности государства граница между деятельностью служащих государственных органов и государственных учреждений постепенно исчезает. Возникают вопросы об основаниях отличий в статусе лиц, выполняющих одинаковые функции государственного управления (например, оказывающих публичные услуги) в органах и учреждениях, о равном подходе к определению прав и обязанностей этих лиц.

Кроме того, ограничение применения норм трудового права к государственно-служебным отношениям не позволяет использовать гибкие механизмы служебного времени, оплаты труда и др., предусмотренные трудовым законодательством[2].

2. Принципы государственной службы.

Традиционные принципы государственной службы, закреплённые в абз. 5 ст. 33 Основного закона ФРГ, зачастую выступают как тормоз реформы государственной службы. Например, принцип карьерного роста достаточно подробно регламентирован, в том числе его действие распространяется на доступ к государственной службе. Шансы поступления на службу сегодня во многом зависят от уровня образования. При этом новая система образования не учитывает взаимозависимость карьерных ступеней[3]. Исключения происходят в достаточно сложных процедурных формах (экзамены и решения, требующие квалифицированного большинства). Положения об экзамене и о карьерном росте несоразмерно сильно урегулированы. Излишне детальная регламентация в принципе характерна для немецкой службы.

Принцип государственной службы как основной профессии в течение всей жизни затрудняет попытки развития гибких, мобильных служебных отношений. Например, занятость на неполный рабочий день, в которой во многом заинтересованы женщины. Частичная занятость сейчас востребована и с политической точки зрения, и с точки зрения рынка труда (чтобы как можно большее число людей были заняты)[4].

Законодательство о государственной гражданской службе РФ связывает занятость служащего со временем, проведённым на служебном месте. Оплата труда зависит от количества отработанных часов. Сокращённое время труда, гибкие графики работы, предусмотренные трудовым законодательством, считаются несвойственными государственной службе и не применяются на практике. В результате служащие вынуждены проводить значительную часть времени на служебном месте, не

[1] Bull H.P. Указ. соч. S. 28.

[2] О применении норм трудового права к отношениям на государственной службе см., напр.: Гусев А.В. Роль трудового права в регулировании государственной гражданской службы // Российский юридический журнал. 2005. № 1; Чиканова Л.А. Правовое регулирование служебных отношений на государственной гражданской службе: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. № 4.

[3] Подобная проблема существует и в России. Введение двух ступеней высшего профессионального образования (бакалавриата и магистратуры) не нашло отражения в квалификационных требованиях государственных служащих РФ.

[4] Bull H.P. Указ.соч. S. 24.

достигая при этом требуемых результатов. Кроме того, подобный подход влечёт «растягивание» служащими выполняемой работы, замедление управленческих процессов. Вместе с тем опыт современных компаний свидетельствует, что при переходе на оплату труда по результатам не только увеличивается производительность, но и улучшается климат в коллективе, повышается лояльность сотрудников к компании. В таких компаниях сотрудники с ненормированным рабочим днем присутствуют в офисе столько, сколько им нужно для дела, а с нормированным – трудятся установленное законодательством количество часов, но график выбирают сами. Представляется, что опыт планирования рабочего времени, существующий в частном секторе, может успешно использоваться на государственной службе в тех случаях, когда функции служащего не связаны с необходимостью неотлучного нахождения на служебном месте.

Консервативно настроенные сторонники традиционного служебного права ссылаются на названные принципы в научных дискуссиях и судебных спорах. Например, Федеральный административный суд Германии признал неконституционным введение служебных отношений на условиях частичной занятости, поскольку такое регулирование нарушает принцип эффективности государственной службы и право на денежное содержание служащего[1].

3. Система денежного содержания государственных служащих.

Принцип денежного содержания гарантирует соразмерное содержание служащих. В прошлом этот принцип являлся социальным достижением. Его суть состоит в том, что оплачивается не результат деятельности служащего, а государственный служащий находится на содержании государства. Сама терминология указывает на традиции системы службы и её взаимосвязь в прошлом и близость к военной службе, что сейчас уже является неактуальным. В современных условиях система денежного содержания служащих становится устаревшей и неэффективной. В то время как везде в системе оплаты действует корреспонденция прав и обязанностей (одна сторона предоставляет услуги, другая сторона их оплачивает), на государственной службе эта зависимость практически не прослеживается. Кроме того, обычно стороны договариваются об оплате услуг, а государственному служащему оплата устанавливается в одностороннем порядке.

Гарантия достаточной и соразмерной оплаты труда служащих, с одной стороны, находится в сфере регулирования профессиональных объединений; с другой, – является социальным обязательством государства создать необходимый прожиточный минимум каждому гражданину. Данное обязательство связано с принципом социального правового государства и принципом равенства и обязывает нанимателя осуществлять дифференциацию оплаты в зависимости от функции, её значимости и результатов. Старая модель денежного содержания вредит и самому государству, поскольку препятствует оплате труда в зависимости от индивидуальных результатов деятельности. Сейчас оплата труда у служащих трансформировалась в оплату в зависимости от эффективности и результативности труда, поэтому законодатель находится на пути признания новых реалий[2].

Принцип денежного содержания государственных служащих присущ и российской государственной службе (см. ч. 1 ст. 50 Федерального закона от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе РФ»). Концепция административной реформы предполагает при переходе к управлению по результатам постепенное изменение системы оплаты труда служащих, но, как представляется, эта инициатива не найдёт широкой поддержки среди государственных служащих.

В свете реализации в России демографических программ весьма интересным представляется вопрос о влиянии оплаты труда на демографические процессы. В частности, представляет интерес позиция немецкого исследователя насчёт зависимости размера денежного содержания государственного служащего от возраста, семейного положения и наличия детей. Х.П. Булль пишет, что в прошлом это отвечало историческим условиям и было правильным. Однако сегодня, когда происходит сокращение социальных расходов государства для всех работников, сохранение этой системы для государственных служащих является несправедливым. Возраст не должен быть определяющим условием для размера денежного содержания, таким условием должен быть профессиональный (жизненный) опыт. Семейное положение учитывается в системе налогообложения, поэтому не должен дополнительно влиять на денежное содержание. Дети служащих не являются более нуждающимися, чем дети других наёмных работников. Иное понимание вело бы к нарушению принципа равенства по

[1] Bull H.P. Указ. соч. S. 23–24.
[2] Там же. S. 25–26.

отношению к тем, кто не занят на государственной службе, тем более что такая дифференциация уже не признаётся и не поддерживается обществом, поэтому подлежит изменению[1].

Недостатком системы денежного содержания государственных служащих и в Германии, и в России является отсутствие тарифной автономии: денежное содержание устанавливается представителем нанимателя в одностороннем порядке, договорный процесс отсутствует, что в каждом конкретном случае не позволяет учесть изменения на рынке труда. Хотя служащие и обладают правом на профессиональные объединения, но они лишены права на забастовку, что препятствует эффективной защите прав служащих и отстаиванию их интересов в условиях оплаты[2].

4. Подготовка, переподготовка и повышение квалификации государственных служащих.

Качество персонала немецкой государственной службы в целом высокое. Подготовка кадров устроена таким образом, что постоянно в наличии имеются молодые специалисты для различных уровней службы и для различных требований. Так, для высоких уровней персонал набирается из университетов. Руководители более низкого ранга – из специализированных высших школ, которые по многим направлениям достигают уровня стандартов университета, но преимущественно являются «внутренними» образовательными учреждениями. Выпускники этих учреждений готовятся именно для службы, легко в ней социализируются, но мало конкурентоспособны или не конкурентоспособны вовсе в частном секторе[3].

Вместе с тем в образовании и повышении квалификации служащих не учитывается ряд аспектов. Образование ориентировано, прежде всего, на формально правильное применение норм права, что отвечает принципам правового государства, но не является достаточным для того, чтобы система управления соответствовала современным требованиям. Управление должно быть не только законным, но и результативным и признаваемым населением. Граждане ожидают не только правильного принятия решений, но и их соответствующего выполнения. Всё более актуальным становится умение служащих думать «экономически выгодно»[4].

Представляется, что по ряду позиций система подготовки кадров государственной службы РФ значительно отстаёт от немецких образцов. Во-первых, подготовка кадров специализации «государственное и муниципальное управление» не даёт надлежащих результатов – служащие не способны самостоятельно принимать решения, применять нормы права и ждут подробных указаний руководства. Во-вторых, не получает дальнейшего развития система дополнительного образования в зависимости от уровня требований по должности, предусмотренная указом Президента РФ от 28 декабря 2006 г. «О дополнительном профессиональном образовании государственных гражданских служащих РФ». В-третьих, обучение служащих ориентировано на ознакомление с действующим законодательством, но не на разрешение реальных ситуаций с использованием принципов права и правил применения правовых норм. Кроме того, в России долгое время отсутствовали правовые нормы, регулирующие деятельность государства в отношениях с гражданином. Поэтому пока только происходит процесс становления правил публичного управления, совершенствуется правовое регулирование в сфере государственного управления, формируется «привычка соблюдать закон» и преодолевается «правовой нигилизм» в среде государственных служащих[5].

«В последнее время всё чаще возникают вопросы о том, является ли система государственного управления современных государств подготовленной для новых социальных вызовов; какие организационные условия, процедуры и менталитеты публичной службы не отвечают прогнозируемому развитию и что нужно сделать. Эти вопросы можно только проиллюстрировать примерами. Например, заинтересованное предприятие требует в свете усиливающейся конкуренции в условиях глобализации экономических отношений простых, необременительных, имеющих обязательную силу решений о предоставлении различных публичных услуг (финансирование, банковские гарантии и т.п.). Субъекты государственного управления частично могут и должны учесть эти пожелания: увеличить темп принятия решений, проявлять заботу о скорейшем согласовании с другими органами и учитывать экономическую позицию предприятия при принятии решения в рамках административного усмотрения. Представляется,

---

[1] Bull H.P. Указ. соч. S. 26.
[2] Там же S. 25–27.
[3] Там же. S. 20.
[4] Там же. S. 27.
[5] Выступление Д.А. Медведева на церемонии вступления в должность Президента РФ // http://www.kremlin.ru/appears/2008/07/17/2341_type63374type82634type122346_200262.shtml

что не всегда публичная администрация в состоянии соответствовать этим условиям, и в этом отношении критика бюрократии обоснована, поэтому здесь должны происходить изменения.

Публичная администрация часто не настроена действовать инновационно, она ориентируется на старые, уже испробованные способы принятия решений решения, не ищет новых путей. И достаточно часто администрацию не интересует вопрос о том, как воспринимается ее решение теми лицами, которым оно адресовано. Но в этом заинтересовано общество»[1], от доверия которого зависит признание и поддержка действий государства.

Подводя итог сравнению положения современного служебного права в Германии и России, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, в Германии и России существуют общие традиционные (классические) основы государственной службы, что выражено в принципах данного института.

Во-вторых, и немецкой, и российской публичной службе присущи схожие проблемы. Одинаковые ситуации становятся поводом для критики со стороны общества: медлительность государственного аппарата, сложность управленческих процедур, недостаточная результативность деятельности.

В-третьих, есть отдельные моменты, с которыми российская государственная служба ещё не сталкивалась, но с развитием государственного управления наверняка не избежит. Это относится к процессам приватизации государственных функций, аутсорсинга, глобализации и др. Для минимизации негативных последствий этих процессов необходимо уже сейчас изучать опыт публичной службы Германии.

В-четвёртых, современное служебное право Германии и России во многом остаётся традиционным, а в некотором отношении – даже консервативным, и это препятствует его развитию, а следовательно, не позволяет государству эффективно отвечать на новые общественные вызовы. Признание неадекватности ряда положений классической концепции служебного права современным условиям должно стать первым шагом на пути его изменения и приведения в соответствие с ожиданиями общества.

[1] Bull H.P. Указ. соч. S. 28–29.

E.V. Gritsenko, E.G. Babelyuk, A.V. Madyarova

Courses of the legal reform of public authority legal reform in cities of federal level: search of the Russian model and German experience

Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк, А.В. Мадьярова

Направления законодательной реформы публичной власти в городах федерального значения: поиск российской модели и германский опыт

В статье анализируются основные проблемы, возникающие в процессе организации и деятельности органов государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения, в первую очередь, проблемы правового регулирования особенностей соотношения их статусов. Авторами исследуется германский опыт сочетания верховенства публичной власти и самостоятельности местного самоуправления на примере города- земли Бремена. На основе этого опыта в статье формулируются предложения по совершенствованию российского законодательства по данной проблеме.

The article analyses the basic problems arising in the process of the organization and activity of the state power bodies and local self- government ones in the cities of federal value. Firstly, problems of legal regulation of the peculiarities of a parity of their statuses are analyzed. Authors investigate the German experience of a combination of the public power leadership and local self- government independence on an example of town-land – Bremen. On the basis of this experience the article offers suggestions on the Russian legislation perfection on the given problem.

Введение

На современном этапе федеративной, административной и муниципальной реформы в новом осмыслении нуждается вопрос об организации публичной власти в городах федерального значения, об особенностях реализации принципов федеративного устройства и самостоятельности местного самоуправления в указанных субъектах Российской Федерации.

Особенности организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения предопределены особенностями статуса этих типов субъектов Российской Федерации. Москва и Санкт-Петербург являются одновременно городскими населенными пунктами (городскими поселениями[1], хотя и не муниципальными образованиями), в которых обеспечивается единство городского хозяйства. Причем в соответствии со сложившейся территориальной организацией городов федерального значения в них входят другие города и поселки, население которых также не может быть лишено права на осуществление местного самоуправления[2].

Сложная природа конституционно-правового статуса городов федерального значения с неизбежностью предполагает невозможность осуществления государственной власти и местного самоуправления в них таким же образом, как и в иных территориальных субъектах РФ. Не случайно

© Е.В. Гриценко, Е.Г. Бабелюк, А.В. Мадьярова, 2008

Е.В. Гриценко – доктор юридических наук, профессор кафедры государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета. Doctor of legal sciences, professor of Saint-Petersburg State University chair of state and administrative law.

Е. Г. Бабелюк – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета (г. Санкт-Петербург). Candidate of legal sciences, associate professor of Saint-Petersburg State University state and administrative law chair (Saint-Petersburg).

А. В. Мадьярова – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного, международного и европейского права Российской правовой академии Минюста России (г. Москва). Candidate of legal sciences, associate professor of the Russian law academy state, international and European law chair of Russian Ministry of justice state (Moscow).

[1] Характеристика Москвы и Санкт-Петербурга как городских поселений присутствует и в решениях Конституционного Суда РФ. Так, в Определении от 15 ноября 2001 г. № 241-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ю.П. Седых-Бондаренко на нарушение его конституционных прав положениями статей 4, 6, 12 и 14 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» Конституционный Суд РФ указал: территория Москвы и Санкт-Петербурга как городских поселений совпадает с территорией городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга как субъектов Российской Федерации (абз. 2 п. 2 мотивировочной части Определения № 241-О).

[2] Определение Верховного Суда РФ от 30 марта 2001 г. по делу № 5-Г01-12.

«особенности организации местного самоуправления в городах федерального значения Москве и Санкт-Петербурге» провозглашены одним из общих принципов организации местного самоуправления в Российской Федерации в одноименном Федеральном законе (ст.79 ФЗ № 131[1]).

Все это свидетельствует о том, что назрела необходимость внесения изменений в федеральные законы с целью комплексного учета особенностей организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения. Эти особенности до сих пор регулируются на федеральном уровне весьма фрагментарно и бессистемно, в основном лишь в части особенностей организации местного самоуправления.

Проблемы правовой основы организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения

Следует констатировать наличие комплекса проблем конституционно-правового характера, связанных с регламентацией и толкованием особенностей организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения.

1. С одной стороны, сложившаяся в законодательстве и судебной практике интерпретация действия конституционного принципа организационной обособленности местного самоуправления от государственной власти (ст.12 Конституции РФ) в городах федерального значения не предполагает каких-либо принципиальных исключений для данного типа субъектов РФ. Город федерального значения не может быть одновременно признан муниципальным образованием, а городские органы государственной власти не могут осуществлять какие-либо полномочия органов местного самоуправления. Требование законодательного разграничения государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения трактуется как обязательность создания внутригородских муниципальных образований со всеми атрибутами самостоятельности. При этом согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, не допускается «самостоятельное установление Москвой и Санкт-Петербургом как субъектами Российской Федерации ограничений федеральных гарантий местного самоуправления, если такие ограничения не следуют непосредственно из федерального законодательства»[2].

С другой же стороны, и законодатель, и судебная практика признают:

а) Особенности осуществления государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения, имеющих двойной статус и городских поселений, и субъектов РФ, неизбежны.

б) Эти особенности, однако, должны быть в русле общих принципов: «Некоторые особенности, обусловленные необходимостью сохранения единства городского хозяйства, …. *ни в коей мере не отменяют действия общих принципов* организации местного самоуправления в Российской Федерации»[3].

в) Кроме того, эти особенности требуют специального законодательного регулирования.

Приведенная интерпретация конституционных положений об организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения отличается противоречивостью. Во-первых, если Федеральный закон об общих принципах устанавливает особые принципы организации местного самоуправления для городов федерального значения, а следовательно, исключения

---

[1] Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (далее – ФЗ № 131). // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

[2] Абз. 4 п. 2 мотивировочной части Определения № 241-О от 15 ноября 2001 г. Данная правовая позиция была неоднократно подтверждена в последующих решениях Конституционного Суда РФ: абз.3 п. 2 мотивировочной части Определения от 6 февраля 2003 г. № 75-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Карпова Игоря Алексеевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 69 Устава города Москвы, статьи 5 Закона города Москвы «О районной управе в городе Москве» и части 6 статьи 2 Закона города Москвы «О внесении изменений и дополнений в Устав города Москвы»; абз. 1 и 2 п. 3 мотивировочной части Определения от 5 июня 2003 г. № 274-О об отказе в принятии к рассмотрению запроса Санкт-Петербургского городского суда о проверке конституционности абзаца второго пункта 3 статьи 6 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и жалобы администрации муниципального образования «Смольнинское» на нарушение той же нормой конституционных прав и свобод; абз. 2 и 3 п. 2 мотивировочной части Определения от 27 мая 2004 г. № 176-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кукановой Галины Николаевны и Сазонкиной Людмилы Александровны на нарушение их конституционных прав положениями абзаца второго пункта 3 статьи 6 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», пункта 23 Временного положения об общих принципах административно-территориального деления и организации местного самоуправления в городе Москве, статей 25 и 26 Устава города Москвы.

[3] Определение Верховного Суда РФ от 30 марта 2001 г. по делу № 5-Г01-12.

из общих правил, то вряд ли можно говорить о том, что в данных субъектах РФ все общие принципы организации местного самоуправления, установленные для других субъектов РФ, действуют без каких-либо изъятий. Во-вторых, не ясно, что понимается под ограничениями, «непосредственно следующими из федерального законодательства» и можно ли считать особенности осуществления местного самоуправления в городах федерального значения такими ограничениями конституционных прав и свобод граждан. От ответа на этот вопрос зависит установление пределов регулирования законами городов особенностей организации местного самоуправления.

Представляется, что особенности организации местного самоуправления в городах федерального значения следует рассматривать в рамках дополнительных специальных принципов организации публичной власти, наличие которых обусловлено спецификой конституционно-правового статуса указанных субъектов РФ. Эти особенности не следует трактовать как ограничения конституционных прав граждан на осуществление местного самоуправления уже хотя бы потому, что право на осуществление местного самоуправления имеет коллективную природу и принадлежит территориально организованному населению (местному сообществу, муниципальному образованию), а не отдельному гражданину. В городах же федерального значения таким естественно исторически сложившимся сообществом прежде всего является население городского поселения в целом, внутригородские территории выступают в качестве вторичных «искусственных» территориальных подразделений города, которые выделяются в целях более эффективного управления городской инфраструктурой и обеспечения более полного участия граждан в городском управлении. Этим обусловлена также предоставленная ныне в ФЗ № 131 возможность конкретизации особенностей организации местного самоуправления в установленных федеральным законом пределах в уставах и законах городов.

2. В то же время соотношение федерального и городского законодательства об особенностях осуществления местного самоуправления в городах федерального значения остается весьма неопределенным. Если исходить из того, что городской законодатель может регулировать особенности только в тех направлениях, которые прямо предписаны федеральным законом (установление и изменение границ внутригородских муниципальных образований, их преобразование, порядок учета мнения населения при проведении муниципально-территориальных преобразований; перечень вопросов местного значения; состав муниципального имущества; источники доходов местных бюджетов, включая установление и введение в действие местных налогов и сборов), то получается, что во всех остальных направлениях в городах федерального значения должны действовать общие принципы, установленные Федеральным законом № 131 для всех муниципальных образований, независимо от их типа. Данный законодательный подход приводит к серьезным диспропорциям.

Так, например, не ясно, в какой степени города федерального значения самостоятельны при определении порядка установления, изменения границ внутригородских муниципальных образований, порядка их преобразования, при закреплении форм учета мнения населения в процессе муниципально-территориальных преобразований.

При определении форм участия населения в осуществлении местного самоуправления городской законодатель лишен возможности закрепить такие формы, как сход граждан или территориальное общественное самоуправление, поскольку в ФЗ № 131 эти формы самоорганизации жителей раскрываются только применительно к поселениям (ст.ст. 25, 27).

Кроме того, вряд ли целесообразно и оправданно распространять на все внутригородские муниципальные образования тот универсальный набор принципов определения структуры органов местного самоуправления, который установлен для муниципальных образований иных типов в территориальных субъектах РФ, не учитывая при этом особенности внутригородских территорий, критерии их создания, численность населения и другие факторы. Федеральный закон, однако, не позволяет городам отступать от жесткой федеральной схемы системы и структуры органов местного самоуправления.

Наконец, ФЗ № 131 не исключает возможности передачи отдельных государственных полномочий органам местного самоуправления внутригородских территорий путем наделения городским законом. Однако органы государственной власти города федерального значения лишены возможности участвовать через своих представителей в формировании комиссии для проведения конкурса на замещение должности главы администрации внутригородского муниципального образования. У городских органов государственной власти отсутствуют возможности утвердить городским законом

условия контракта для главы администрации внутригородской территории в части, касающейся осуществления отдельных государственных полномочий, а также установить дополнительные требования к кандидатам на эту должность, поскольку ФЗ № 131 предусматривает такое участие субъектов РФ только при замещении должности главы администрации муниципального района и городского округа (ч. 3–5 ст. 37).

Таким образом, возникает явная коллизия: с одной стороны, ФЗ № 131 предоставляет весьма широкие полномочия городскому законодателю при определении территориальной, материальной и финансовой основ местного самоуправления, компетенции внутригородских территорий, а с другой – практически полностью лишает город федерального значения права регулировать вопросы, связанные с организацией и деятельностью органов местного самоуправления. Тем самым еще более усугубляется организационный разрыв между самостоятельными публичными субъектами – городом и внутригородскими территориями. Преодоление же этого разрыва является необходимым условием обеспечения единства городского хозяйства.

3. Регламентация особенностей организации местного самоуправления в городах федерального значения должна быть увязана с закреплением особенностей организации системы органов государственной власти в этих субъектах Федерации. Однако Федеральный закон № 184-ФЗ от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» (далее – ФЗ № 184), Федеральный конституционный закон № 1-ФКЗ от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» регулируют лишь общие принципы организации государственной власти для всех субъектов РФ, без указания на особенности статуса городов федерального значения. Соответственно единого комплексного подхода к регламентации основ публичной власти в таких субъектах Российской Федерации на федеральном уровне не наблюдается.

Германский опыт сочетания единства публичной власти и самоуправленческих начал в городском управлении на примере города-земли Берлина

Анализ современных противоречий и проблем в законодательном регулировании и интерпретации организации государственной власти и местного самоуправления в российских городах федерального значения неизбежно порождает вопрос: а возможно ли в принципе такое построение системы власти в городе – субъекте федерации, при котором единство системы власти сочетается с самоуправлением внутригородских территорий и не нарушается право жителей на осуществление местного самоуправления? Как показывает опыт Германии, такие модели организации публичной власти существуют, причем их реализация не означает нарушения закрепленных в Европейской хартии принципов местного самоуправления.

В Германии с 1924 г. получил широкое признание тезис о том, что задачи, которые призваны решать «метрополии» – крупнейшие города, коренным образом отличаются от задач, решаемых коммунами. С одной стороны, должно быть организационно объединено значительное число людей с различными интересами и потребностями в эффективной транспортной системе, разумном градостроительном планировании, системе сбора, утилизации и переработки отходов и многом другом. С другой же стороны, и здесь существуют потребности, которые могут быть удовлетворены на местах, а не на общегородском уровне[1]. В отличие от коммун, метрополии, оставаясь едиными публично-правовыми, городскими территориальными корпорациями, субъектами права, сочетали в себе единство власти с децентрализацией управления. Децентрализация же управления предполагает существование на местном уровне, то есть в частях города, определенных относительно самостоятельных организационных структур, не обладающих, однако, собственной правосубъектностью.

Данный тезис в полной мере может быть отнесен к определению статуса города-земли Берлина. Организацию управления в Берлине пронизывает идея неразрывной связи государственного управления и местного самоуправления. Здесь государственная и общинная деятельность не разграничиваются, соответственно, нет общин[2] как территориальных корпораций публичного права и юридических лиц, обладающих правосубъектностью. Абзац 2 ст. 3 Конституции Берлина[3] гласит: «Орган народного

[1] Wolff, Hans J., Die Grundlagen der Organisation der Metropole, Dissertation 1924, S. 21 ff., 128. (Цит. по: Musil, Andreas / Kirchner, Sören, Das Recht der Berliner Verwaltung: Unter Berücksichtigung kommunalrechtlicher Bezüge. Berlin u.a.: Springer, 2002. S.1).

[2] Понятие общины в целом сопоставимо с российским понятием муниципального образования.

[3] Конституция Берлина от 23 ноября 1995 г. с последними изм. от 6 июля 2006 г. (GVBl. 1995, S. 779; 1998, S. 82;

представительства (Парламент Берлина – *Abgeordnetenhaus*), правительство (Сенат – *Senat*) и администрация (*Verwaltung*), включая органы управления в административных округах (*Bezirksverwaltungen*), осуществляют полномочия Берлина как общины, объединения общин и земли».

Административные округа, на которые подразделяется территория города, не обладают собственной правосубъектностью и правами юридического лица, эти качества присущи только городу в целом. Вместе с тем административные округа Берлина являются «самоуправляющимися единицами» города (*Selbstverwaltungseinheiten*)[1] и «реализуют стоящие перед ними задачи на началах самоуправления»[2]. При этом их органы – Окружное собрание депутатов (*Bezirksverordnetenversammlung*) и Окружной комитет (*Bezirksamt*), – будучи органами окружного управления, включаются в систему непосредственного земельного (городского) управления. Представительный характер Окружного депутатского собрания не влияет на его характеристику в законодательстве Берлина в качестве *органа публичного окружного управления*[3] и на вхождение представительного органа округа в систему городского управления.

Как единицы самоуправления административные округа отличаются следующими признаками:

1) Собрание депутатов округа избирается на основе прямых выборов гражданами, а Окружной комитет избирается Собранием депутатов на срок его полномочий;

2) депутаты Собрания действуют на непостоянной основе и осуществляют контроль за управленческой деятельностью Окружного комитета;

3) на Собрание возлагаются в основном нормотворческие полномочия, включая принятие бюджетного плана округа;

4) Окружной комитет состоит из бургомистра и пяти советников, которые работают на постоянной профессиональной основе, возглавляют и курируют структурные подразделения Окружного комитета, образованные по отраслевому и функциональному принципам;

5) развитие самоуправленческих начал в деятельности округов сочетается с децентрализацией управления и последовательным расширением круга задач, которые осуществляются не на общегородском уровне, а на уровне округа. Ныне этот круг весьма широк и сформулирован по остаточному принципу: округа осуществляют все местные управленческие задачи, кроме тех, которые законом отнесены к ведению головной администрации Берлина (*Hauptverwaltung*). В соответствии с внесенными Вторым законом о реформе управления в Берлине изменениями в Закон о полномочиях органов общего управления[4] к задачам головной администрации относятся общегородские предметы ведения: задачи общего руководства и координации (планирование, вопросы определения принципов общегородского развития, направление деятельности округов, надзор за их деятельностью), управление полицией, юстицией, налогами; иные предметы ведения, которые вследствие их природы должны осуществляться на общегородском уровне, а также те, которые непосредственно определены в Приложении к названному Закону. Не указанные в нем вопросы считаются задачами округов;

6) окружные органы обладают правом на судебную защиту в установленных Конституцией и законодательством пределах; в частности, округ имеет право на подачу запроса в Конституционный суд Берлина о разрешении спора о компетенции между головной и окружной администрациями.

В то же время административные округа Берлина не являются самостоятельными территориальными корпорациями и не обладают собственной правосубъектностью, в отличие от общин и общинных объединений в других федеральных землях – территориальных субъектах Федерации. Это проявляется в следующем.

1. Округа не обладают правом издания уставов и положений. Им принадлежат лишь ограниченные правотворческие права: в случаях, предусмотренных Конституцией Берлина и законами, они могут издавать постановления. Постановлениями утверждаются, в частности, плановые документы,

---

2005, S. 494; 2006, S. 262, 446, 710). Данная норма закреплена также в § 1 Закона о полномочиях органов общего управления Берлина в ред. от 22 июля 1996 г. с изм. от 13 июля 1999 г., 19 июля 2002 г., 19 декабря 2005 г. (Gesetz über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung – Allgemeines Zuständigkeitsgesetz – GVBI. 1996, S. 302, 472; 1999, S. 374; 2002, S.199; 2005, S.790).

[1] Абз.1 § 2 Закона об окружном управлении Берлина в ред. от 17 июля 1989 г. с изм. от 25 июня 1998 г., 22 июля 1999 г., 28 февраля 2001 г., 27 сентября 2001 г., 7 июля 2005 г. (GVBI. 1989, S. 1494; 1998, S. 177, 210; 1999, S. 374; 2001, S. 61, 521; 2005, S. 390).

[2] Абз. 2 ст. 66 Конституции Берлина.

[3] В Конституции Берлина положения об обоих основных органах округа содержатся в разд. VI «Управление». Как органы «окружного управления» Собрание депутатов и Окружной комитет (Бецирксамт) определены в Законе об окружном управлении Берлина в разд. 1 «Основы окружного управления» (абз. 2 § 2).

[4] GVBI. 1998 Nr. 23. S. 177.

принятие которых передано округам (планы застройки, ландшафтные планы). Таким образом, хотя в принципе функция планирования остается за городом в целом, отдельные полномочия в этой сфере также децентрализованы.

2. Округа не обладают территориальным верховенством: в большинстве случаев согласия округа на проводимые городом изменения его внутренних границ не требуется (такое согласие необходимо только в том случае, если изменения оформляются не законом, а постановлением Сената).

3. Округа не обладают финансовым верховенством. Доходы округов являются элементом единого городского бюджета. В то же время в рамках закона о бюджете за ними закреплена общая сумма (Globalsumme), расходование которой осуществляется по решению Окружного собрания об окружном бюджетном плане. В соответствии с Приложением к Закону о полномочиях органов общего управления головная администрация принимает руководящие указания о порядке составления окружных бюджетных планов и осуществляет их проверку.

4. Организационные основы окружного самоуправления (порядок создания, состав, компетенция органов) установлены в Конституции Берлина, а не самими округами. Хотя округа участвуют в управлении с соблюдением принципов самоуправления и децентрализации, окружные органы управления во внешних отношениях в процессе реализации вопросов окружного ведения представляют Берлин в целом.

5. Округа осуществляют возложенные на них задачи, опираясь как на правовые, так и административные предписания головной администрации; они подлежат правовому надзору со стороны Берлинского Сената либо Управления Сената по внутренним делам, которые могут использовать более широкий спектр надзорных средств по сравнению с обычным набором средств коммунального правового надзора.

Так, в процессе осуществления правового надзора в отношении органов окружного управления Берлина Сенат и Управление по внутренним делам используют наряду с типичными для муниципальной практики Германии средствами (требование представления информации; право дачи указаний о принятии необходимых актов /решений/; требование принудительного исполнения; назначение уполномоченного) такие дополнительные средства, как право отмены Сенатом решений и распоряжений органов окружного управления, идущих вразрез с правовыми и административными предписаниями (*Aufhebungsrecht*), право вмешательства (*Eingriffsrecht*). Последнее может быть применено в случае, если действие (бездействие) Окружного комитета вредит общегородским интересам Берлина.

6. По общему правилу полномочия по приему на работу (службу), переводам и увольнениям в сфере публичной службы принадлежат Сенату Берлина, лишь решение внутренних кадровых вопросов в окружных органах передается Окружному комитету.

Проанализированные на примере Берлина особенности организации управления и самоуправления в городе-земле не рассматриваются в немецкой правовой теории в качестве нарушения конституционной гарантии коммунального самоуправления. Это связано с тем, что в данном случае отступления от общего правила продиктованы поиском оптимальной управленческой конструкции, которая бы в наибольшей степени способствовала достижению главной цели – созданию благоприятных условий для жизнедеятельности населения. При этом единство города как территориальной корпорации сочетается с децентрализованным управлением и внедрением самоуправленческих начал на низовом уровне городского управления.

Предложения по совершенствованию российского федерального законодательства в части регулирования организации публичной власти в городах федерального значения

Полагаем, что и в России назрела необходимость переосмыслить сложившееся в теории и практике понимание соотношения государственной власти и местного самоуправления в городе федерального значения, отказаться от такой интерпретации конституционных принципов, в соответствии с которой отделение местного самоуправления от государства возводится в абсолют. С одной стороны, не следует подменять организационное обособление жестким отделением городских государственно-властных функций от городских задач местного самоуправления. С другой – нельзя абсолютизировать принцип невхождения органов местного самоуправления в систему органов государственной власти. В то же время в городе федерального значения должны быть обеспечены

реальные гарантии самоуправления на местах – в организации и деятельности внутригородских органов власти.

Направления законодательных изменений. Учитывая неразрывную связь особенностей организации местного самоуправления в городах федерального значения с особенностями организации в них государственной власти, в изменениях и дополнениях нуждается Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». В этом Законе необходимо закрепить, что в городах федерального значения Москве и Санкт-Петербурге государственная власть и местное самоуправление осуществляются с особенностями, обусловленными необходимостью сохранения единства городского хозяйства при одновременном соблюдении гарантий самостоятельности органов местного самоуправления внутригородских муниципальных образований и обеспечении реального участия органов местного самоуправления в принятии решений по вопросам общегородского значения. Указанные особенности должны устанавливаться уставами и законами городов федерального значения в соответствии с Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», иными федеральными законами.

Необходимо синхронизировать системы государственной гражданской службы и муниципальной службы в городах федерального значения, в связи с чем представляется целесообразным одновременное внесение изменений и дополнений в Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» и Федеральный закон от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (далее – ФЗ о муниципальной службе). При этом в ФЗ о муниципальной службе следует особо закрепить особенности муниципальной службы в городах федерального значения, урегулировав в нем дополнительные полномочия общегородских органов государственной власти по установлению нормативов оплаты труда муниципальных служащих внутригородских муниципальных образований.

В то же время комплексная реформа российского федерального законодательства в части регулирования организации публичной власти в городах федерального значения в первую очередь должна быть направлена на совершенствование ФЗ № 131 и должна затронуть особенности организации местного самоуправления.

Вопросы компетенции органов местного самоуправления внутригородских территорий. В упорядочении нуждается правовая регламентация со стороны субъектов Российской Федерации – городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга перечня вопросов местного значения внутригородских муниципальных образований. Между тем в настоящее время Федеральный закон № 131 никак не определяет принципиальные подходы к перечню вопросов местного значения внутригородских территорий, полностью оставляя данный вопрос за пределами федерального регулирования.

Действующая редакция ч. 2 ст. 79 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» носит чрезмерно общий, неконкретный характер и не позволяет создать гибкие механизмы правового регулирования и взаимодействия государственных органов и органов местного самоуправления. В частности, указанная норма не позволяет закреплять за органами местного самоуправления не вопросы местного значения в целом, а отдельные полномочия по вопросам местного значения, вводить в определенных сферах своеобразное совместное ведение субъектов Российской Федерации – городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга и внутригородских муниципальных образований (вопросы городского значения, в которых полномочия распределяются между городскими органами государственной власти и органами местного самоуправления внутригородских территорий). Это приводит к тому, что данные субъекты Российской Федерации вынуждены полностью изымать те или иные вопросы из числа вопросов местного значения в целях сохранения единства городского хозяйства.

А такой вынужденный подход противоречит требованию Конституции РФ о самостоятельном решении вопросов местного значения (ч. 1 ст. 130, ч. 1 ст. 132 Конституции Российской Федерации). Это требование означает, в частности, что при определении компетенции органов местного самоуправления в городах федерального значения недопустимо такое определение предметов ведения, которое превращало бы местное самоуправление в консультативный институт при органах

государственной власти городов федерального значения. Местному самоуправлению должны быть обеспечены реальные властные функции, связанные с принятием или непосредственным юридически значимым участием в принятии решений по вопросам местного значения общегородского, межмуниципального характера. При этом за местным самоуправлением должны быть закреплены полномочия в важных вопросах общественной жизни, непосредственной жизнедеятельности населения территории, а не малозначимые, несущественные задачи. Это также вытекает из международных стандартов в сфере местного самоуправления. Согласно Европейской хартии местного самоуправления местное самоуправление подразумевает самостоятельную регламентацию и управление значительной частью публичных дел (п. 1 ст. 3); местному самоуправлению должна быть обеспечена полнота и исключительность полномочий (п. 4 ст. 4). Несоблюдение указанных правил, закрепление за органами местного самоуправления вторичных функций либо определение их полномочий через понятия «участие», «содействие» и т.п., без закрепления соответствующего механизма реального влияния на принимаемые решения фактически приводит к завуалированному лишению органов местного самоуправления реальных полномочий и превращает их из институтов самостоятельной публичной власти в формы участия общественности, проявления общественной инициативы в решении вопросов местного значения.

Однако сохранение единства городского хозяйства вовсе не подразумевает в качестве единственного и незаменимого средства централизацию многих местных функций на уровне городов федерального значения как субъектов Российской Федерации, не предопределяет, что все общезначимые для города вопросы должны решаться исключительно на общегородском уровне органами государственной власти города. Это требование означает лишь, что необходимо гармонизировать действия всех органов власти по решению общегородских задач, так организовать их взаимодействие, чтобы обеспечить проведение согласованной политики в интересах города в целом, в рамках законной компетенции каждого уровня власти. То есть необходимо такое определение компетенции, при котором бы обеспечивался учет общегородских интересов при реализации на муниципальном уровне вопросов местного значения. А это не требует безусловного перераспределения функций, а предполагает обеспечение участия органов государственной власти в принятии решений органами местного самоуправления, создания механизма совместного принятия решений и т.п. Изменения ФЗ № 131 в этой части как раз и должны создать правовую основу для установления различных гибких механизмов разграничения полномочий между органами государственной власти и органами местного самоуправления внутригородских муниципальных образований. При этом субъекты Российской Федерации – города федерального значения сохраняют прерогативу самостоятельно решать, какие вопросы отнести к вопросам местного значения, какие – к числу полномочий органов государственной власти данных субъектов РФ, а какие – к числу вопросов совместного ведения, и по последней группе – как распределить полномочия между органами государственной власти и местного самоуправления.

Также непосредственно в ФЗ № 131 следует закрепить, что вопросы местного значения в городах федерального значения определяются из числа вопросов местного значения, установленных этим Федеральным законом. В настоящее время в связи с нечеткостью правовых предписаний имеют место случаи включения в перечень таких вопросов государственных полномочий субъектов Российской Федерации или «факультативных» полномочий, право осуществления которых предоставлено органам местного самоуправления ст.ст. 14.1, 15.1, 16.1 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и другими федеральными законами. Соответственно, необходимо исключить и возможность закрепления за органами местного самоуправления в городах федерального значения полномочий по тем вопросам, которые ст.ст. 14, 15, 16 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» отнесены к вопросам местного значения, в качестве делегированных государственных полномочий субъектов РФ.

Одновременно в рамках совершенствования разграничения полномочий между общегородскими органами и органами внутригородских территорий можно предложить внести изменения в «отраслевые» федеральные законы[1], в которых сейчас в качестве общего правила устанавливается, что

[1] Речь идет, в частности, о положениях следующих федеральных законов: п. 2 ст. 31 Закона Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании»; ч. 4 ст. 40 Закона Российской Федерации от 9 октября 1992 г. № 3612-1 «Основы законодательства Российской Федерации о культуре»; п. 3 ст. 11 Федерального закона «О

в городах федерального значения установленные этими законами полномочия органов местного самоуправления осуществляются органами государственной власти городов федерального значения, если законами данных субъектов РФ не установлено иное. Исходя из Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и предлагаемого нами подхода к разграничению полномочий между уровнями городской власти, это не вполне корректно. Поэтому в таких законах следует предусмотреть новую формулировку, согласно которой «по умолчанию» названные в «отраслевых» законах полномочия принадлежат органам местного самоуправления, если законами городов федерального значения не предусмотрено иное.

Указанные изменения ФЗ № 131, как представляется, не должны привести к потере контроля за деятельностью органов местного самоуправления, поэтому они должны сопровождаться изменениями в организации системы органов местного самоуправления, обеспечивающими субъектам Российской Федерации – городам федерального значения возможности влияния на персональный состав органов местного самоуправления.

Имущество внутригородских территорий городов федерального значения. Имущество, находящееся в муниципальной собственности, должно соответствовать компетенции органов местного самоуправления. Действующая редакция ст. 79 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» допускает множественные толкования. Однако этот принцип был исходным при принятии Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и четко изложен в ст.ст. 50, 85 данного Закона применительно к другим муниципальным образованиям.

При этом, если какой-либо вопрос согласно законам субъектов Российской Федерации – городов федерального значения отнесен к совместному ведению, данные субъекты РФ самостоятельно решают, на каких правах предоставить органам местного самоуправления имущество, необходимое для осуществления их полномочий по решению этого вопроса – собственности или безвозмездного пользования.

Кроме того, следует устранить пробел в правовом регулировании и четко закрепить, что имущество, которое перечислено в ст. 50 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и которое субъекты Российской Федерации – города федерального значения не закрепляют за внутригородскими муниципальными образованиями, может находиться в собственности данных субъектов Российской Федерации.

Направления реформы организационных основ местного самоуправления в городах федерального значения. Реальное включение органов местного самоуправления внутригородских территорий в решение вопросов общегородского значения, закрепление за ними полномочий по вопросам совместного ведения на основе принципа децентрализации возможно лишь при условии более тесного, чем в иных субъектах Российской Федерации, организационного взаимодействия городских и муниципальных властей в городе федерального значения. В действующей редакции Федерального закона № 131 данный аспект особенностей организации и осуществления местного самоуправления в городах – субъектах РФ вовсе остался неурегулированным.

В связи с этим назрели следующие изменения организационных основ местного самоуправления в городах федерального значения:

А) предоставить возможность устанавливать упрощенную структуру органов местного самоуправления во внутригородских территориях городов федерального значения, включая «комиссионную» модель, при которой функции представительного и исполнительного органа жестко не разграничиваются, а исполнительно-распорядительные полномочия осуществляются через систему комитетов, образуемых представительным органом и возглавляемых депутатами;

Б) отказаться от «двойного» юридического лица (представительный орган и местная администрация) во внутригородских муниципальных образованиях: правами юридического лица предлагается наделять либо представительный, либо исполнительно-распорядительный орган, в зависимости от избранной структуры органов местного самоуправления;

защите населения и территорий от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера» от 21 декабря 1994 г. № 68-ФЗ; ст. 19 Федерального закона «О пожарной безопасности» от 21 декабря 1994 г. № 69-ФЗ; ч. 2 ст. 63 Градостроительного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ; ч. 2 ст. 14 Жилищного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ и др.

В) допустить во внутригородских муниципальных образованиях возможность совмещения главой муниципального образования функций председателя представительного органа и главы исполнительно-распорядительного органа;

Г) расширить полномочия субъектов РФ – городов федерального значения по законодательному регулированию отдельных аспектов организации и деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления;

Д) ввести новую форму публичного контракта с выборным должностным лицом местного самоуправления – главой внутригородской территории, исполняющим полномочия главы исполнительно-распорядительного органа муниципального образования со следующими особенностями: условия контракта определяются представительным органом внутригородской территории и субъектом РФ в части осуществления полномочий по вопросам общегородского значения (совместного ведения) и переданных государственных полномочий; контракт с главой внутригородской территории заключает высшее должностное лицо субъекта РФ, он же наделяется правом инициировать расторжение контракта в случае нарушения его условий. Наделение высшего должностного лица субъекта РФ полномочием по заключению такого контракта является своеобразной формой предварительного контроля за деятельностью главы муниципального образования со стороны органов государственной власти города федерального значения;

Е) предусмотреть возможность влияния субъектов РФ – городов федерального значения на подбор кадров на должность главы местной администрации через процедуру проведения конкурса на эту должность и через определение условий контракта в части осуществления полномочий по вопросам общегородского значения (совместного ведения) и переданных государственных полномочий.

Изменения территориальных основ организации местного самоуправления в городах федерального значения. Определение порядка установления и изменения границ внутригородских территорий городов федерального значения, их преобразования представляется необходимым отнести к ведению субъектов РФ – городов. Вместе с тем в Федеральный закон № 131 должны быть включены нормы о принципах определения границ внутригородских территорий, в которых следует подчеркнуть искусственный (вторичный, производный) характер их создания. В связи с этим особое значение в ряду принципов территориальной организации местного самоуправления в городах федерального значения приобретает принцип учета сложившейся социальной, транспортной и иной инфраструктуры, необходимой для эффективного осуществления полномочий органов местного самоуправления, а учет мнения населения в процессе осуществления муниципально-территориальных преобразований можно предложить проводить по упрощенной схеме – через решение представительного органа внутригородского муниципального образования.

Предлагаемые изменения действующих федеральных законов в части регламентации вопросов организации государственной власти и местного самоуправления в городах федерального значения направлены на обеспечение более тесного взаимодействия всех уровней городской власти при соблюдении гарантий децентрализации и самоуправления. Они нуждаются в дальнейшем обсуждении в целях выработки оптимального сочетания единства городского управления и самостоятельности внутригородских территорий.

Y.P. Ivonin

The legal nature of the local self-government in European legal theory of the XIX century: parallels between Russia and Germany

Ю.П. Ивонин

Юридическая природа местного самоуправления в европейской правовой теории XIX века: русско-немецкие параллели

Исследование юридической природы местного самоуправления в германской и российской правовой теории второй половины XIX в. проходило в условиях перехода доктрины «свободной общины» к «государственной» теории местного самоуправления. Русских и германских правоведов объединяли тезисы: местное самоуправление сочетает в себе признаки частноправового союза (общественной корпорации) и публично-правового образования; разграничение предметов ведения и компетенции органов местного государственного управления и местного самоуправления возможно тоЛько по формальным, а не материальным основаниям.

Research of the legal nature of the institute of local self-government in the German and Russian legal theory at the second part of the XIX century was conducted in the conditions of the "free community" doctrine transition to the "state" theory of the local self-government. Russian and German lawyers agreed on the understanding of the following points: local self-government combine the features of the privy legal union (social corporation) and public legal corporation; the division of competence and powers between the local state government bodies and local self-government ones can be implemented only on formal but not on the material basis.

В российском и германском правоведении XIX в. наблюдался устойчивый интерес к юридической природе местного самоуправления, что было связано с определением границ внутреннего государственного суверенитета. И в Германии, и в России происходило распространение идей «государственной теории» муниципалитетов, сопровождавшееся отказом от теории «свободной общины». Существенные уточнения в «государственную» теорию самоуправления внес знаменитый германский правовед, профессор Гейдельбергского университета Георг Еллинек. Он подтвердил значение того факта, что вопрос о местном самоуправлении имеет не только правовую, но и политическую основу и само стремление к созданию самоуправления было противовесом королевскому абсолютизму и мощи полицейского государства. По словам ученого, «лишь в сознательной борьбе с абсолютизмом выясняется значение многообразного расчленения государства в интересах общества и отдельного индивида; его начинают требовать и защищать», в результате «учение о разделении государства детально разрабатывается теперь теорией права»[1].

Согласно Г. Еллинеку, централизованное государство необходимо связано с недемократическим правовым режимом, то есть является «полицейским государством». Его критика является одновременно и критикой централизованного территориального управления. Исследователь отмечал: «Школьным типом государства было государство централизованное, в котором вся публичная, осуществляемая на основе властвования, деятельность исходит исключительно из центра государства и здесь же завершается, т.е. все дела, относящиеся к области публичного права, ведаются органами, компетенция которых простирается на всю территорию государства. Этому государству новейшая теория противопоставляет государство децентрализованное, в котором государственные дела более или менее самостоятельно решаются государственными органами или союзами с пространственно ограниченной компетенцией»[2]. Рассуждая об объеме этой компетенции, Г. Еллинек полагал, что «местным органам суда и управления необходимо должна быть предоставлена, в определенных пределах, решающая власть, которая при известных обстоятельствах приобретает окончательный характер»[3].

© Ю.П. Ивонин, 2008

Доктор философских наук, профессор, директор института международных отношений и права Новосибирского государственного университета экономики и управления.

Doctor of philosophy, professor, director of Novosibirsk State University of economics and management institute of international relations and law.

[1] Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 462.

[2] Еллинек Г. Указ. соч. С. 462–463.

[3] Там же. С. 463.

В общем виде ученый понимал децентрализацию государства следующим образом: «Всякое расчленение государства на территориальные подразделения в целях управления и суда неизбежно обусловливает его децентрализацию. Учреждения этих частей государства являются не исполнительными органами центрального правительства или, по крайней мере, не исключительно таковыми, а имеют свою решающую власть, при наличности известных условий, изъятую от контроля и пересмотра со стороны высшего установления»[1].

Принцип децентрализации в современной правовой теории является бесспорным, дискуссионным представляется лишь способ его реализации в конституционном устройстве. Как утверждал ученый, «политически и юридически возможен только вопрос о размерах и пределах этой децентрализации»[2].

С точки зрения Г. Еллинека, *самоуправление* является формой децентрализации. Другая форма последней – *административная децентрализация* – неминуемо тяготеет к федерализации государства. Административная децентрализация угрожает единству государства и поэтому отрицательно оценивается ученым. Он писал: «От указанной формы децентрализации децентрализация в форме самоуправления политически отличается тем, что последняя представляет форму нормальную, а первая – ненормальную, в которой проявляется тенденция либо к новым государственным образованиям, либо к более интенсивной централизации всего государства, нивелирующей особенности отдельных земель»[3].

Автор выделяет англосаксонский и континентальный варианты самоуправления. Отличительной чертой англосаксонского варианта Г. Еллинек (вслед за Р. Гнейстом) считает неразличимость его от местного государственного управления, Автор писал: «Для англичан форма правления их государства есть self-government, находящий свое завершение в парламенте. Self-government противополагается government by prerogative, управление односторонней, ничем не связанной волей короля.... Это самоуправление начинается с управления местными делами, осуществляемого исключительно или, по крайней мере, при содействии лиц, которые подчинены только закону, а не служебным предписаниям королевского центрального правительства, и избирается из круга лиц, заинтересованных в местном управлении, которое по английскому воззрению обнимает и отправление правосудия»[4].

Континентальные воззрения на самоуправление, наоборот, требуют не превращения местных союзов в органы государственного управления, а разграничения компетенции государства и самоуправления, то есть «возвращения к прежней коммунальной свободе и создания или признания самостоятельных публичных корпораций в качестве носителей функций управления. Так как община повсюду занимает низшее место в организации управления, она представляется естественной основой государства и даже признается во времени и логически предшествующей ему»[5]. Иными словами, Г. Еллинек признавал концепцию «свободной общины» базовой для континентального правоведения.

Самоуправление как форму децентрализации Г. Еллинек определял следующим образом: «Публичное управление через посредство лиц, не находящихся в постоянном профессиональном служебном отношении к тому публичному союзу, управлением которого они ведают»[6]. При этом автор выделял разные юридические типы самоуправления: *самоуправление как публично-правовую обязанность и самоуправление как субъективное правомочие местного союза как целого или его членов*. Такое основание классификации автор считал наиболее фундаментальным: «Самоуправление осуществляется на основе либо обязанности, либо права на управление. Оно осуществляется, далее, либо отдельными индивидами, либо союзами»[7].

Самоуправление как публичная обязанность возлагается либо на местный союз в целом, либо на отдельного члена этого союза. В последнем случает оно основывается на «общей обязанности граждан к подчинению велений государства». Помимо общего для всех них отсутствия прямой служебной подчиненности должностных лиц местного союза государству существенными чертами такого типа являются следующие:

- система «почетных должностей» (непрофессиональный характер деятельности);
- несменяемость персонального состава носителей данных должностей;
- законодательная регламентация деятельности и отсутствие подзаконной регламентации;

[1] Еллинек Г. Указ. соч.С. 468.
[2] Там же. С. 463.
[3] Там же. С. 488.
[4] Там же. С. 468.
[5] Там же. С. 465.
[6] Там же. С. 471.
[7] Там же. С. 470–471.

• замещение должности посредством назначения государством;

• постоянное проживание носителя почетной должности на территории местного союза[1].

В том случае, если самоуправление осуществляется посредством системы почетных должностей, правовой статус местного союза определяется Г. Еллинеком как пассивный публично-правовой союз. Он не пользуется публичной властью как субъективным правом, которая лишь делегируется государством, построен на принципе принудительного членства и самофинансировании управленческой деятельности[2]. При этом данный союз не является субъектом местного управления. Как подчеркивал Г. Еллинек, «пассивное самоуправление есть, по своей юридической природе, государственное управление, осуществляемое заинтересованными лицами»[3].

Для континентальной Европы, полагал ученый, характер статус местного союза как *активного публично-правового союза*. Признаком «активного самоуправления» является то, что его субъектом выступает местный союз в целом, а не заинтересованные лица. Активный публично-правовой союз действует не как орган государства, а от собственного имени, реализуя как бы «собственное» публичное право. Он также отправляет обязательную государственную службу, «несмотря на то, что он является в то же время носителем прав власти»[4]. Соединение этих признаков не может быть признано правовой теорией, однако реализовалось в исторической практике народов: «Возможность права на самоуправление с первого взгляда представляется несовместимой с идеей единства государства и его власти, согласно которой только само государство может обладать правом на imperium. Она действительно может быть понята только исторически, так как такие права исторически связаны с дуализмом средневекового государства»[5].

Обсуждая проблему местного союза как активного публично-правового союза, Г. Еллинек, тем не менее, не согласен с положениями концепции «свободной общины». Германский правовед писал: «Всякая власть, принадлежащая общине, есть власть производная, в том числе и права властвования, дарованные ей в качестве индивидуальных прав. Собственное право властвования общины никогда не есть первоначальное право»[6].

Г. Еллинек разрешает указанное противоречие в правовом статусе местного самоуправления – обязательность государственной службы / публичная власть как субъективное право – следующим образом. Он полагает, что к местному союзу прилагается *общедозволительный способ* правового регулирования. Принцип «дозволено всё, что прямо не запрещено законом» позволяет этому союзу выступать субъектом локального нормотворчества. Правовед отмечал, что «общинное управление повсюду является управлением в соответствии с государственными законами. Но закон предоставляет также общинам право распоряжения: право издавать местные обязательные постановления (статуты), благодаря чему община участвует в материальном законодательстве»[7].

Ученый полагал, что государство определяет права и обязанности местных союзов, но не может полностью регламентировать все проявления их деятельности. Применительно к этому нерегламентированному предмету ведения местного союза справедливо следующее: «Поскольку противное не установлено ограничительными государственными правоположениями, здесь имеет силу собственная воля общины, ограниченная только целями союза»[8].

Г. Еллинек отмечал и то обстоятельство, что делегированные государством правомочия реализуются местным союзом в целях, не покрывающихся умыслом законодателя. В этой ситуации возникает иллюзия «собственного права» местного союза, причем права публичного характера. Ученый утверждал: «Полицейская власть, право требовать от своих членов отбывания личных и имущественных повинностей принадлежит общине не только в видах исполнения ее обязанностей по отношению к государству, но и для осуществления ее самостоятельных задач. Налоги, взимаемые общиною в силу принадлежащей ей власти, расходуются на все без исключения общинные цели. Imperium является поэтому для общины административным средством для осуществления всех ее функций»[9].

---

[1] Еллинек Г. Указ. соч. С. 471–472.
[2] Там же. С. 473.
[3] Там же. С. 478.
[4] Там же. С. 473.
[5] Там же. С. 474.
[6] Там же. С. 475.
[7] Там же. С. 477.
[8] Там же. С. 476.
[9] Там же. С. 476–477.

Imperium, то есть директивно-принудительная публичная власть государства, реализует как делегированные правомочия местных союзов, так и их собственные притязания в отношении членов союзов. Феномен квази- собственного публичного права местного союза позволяет Г. Еллинеку ввести понятие о различиях «собственной» и «перепорученной» компетенции органов местного самоуправления. Автор полагал, что их различение было осуществлено теоретически некорректно в «хозяйственной» концепции и что таковое возможно лишь на основе «государственной» теории. Он писал, что возможно «различать самостоятельную и порученную (перенесенную, делегированную) компетенцию общины, каковое различие, хотя источником его и является упомянутая французская терминология, получает здесь, однако, совершенно иной смысл. В самостоятельной сфере деятельности община осуществляет свое право, в делегированной – она есть орган государства»[1].

Г. Еллинек был достаточно квалифицированным ученым, чтобы не понимать того, что выделение «собственной» и «перепорученной» компетенции органов местного самоуправления противоречит самым главным постулатам «государственной» концепции. Невозможно разграничение компетенции государства и местного союза по *материальному* признаку, оно может быть проведено не по принципиальным соображениям о разнородности предметов их ведения, а лишь по прагматическим соображениям, ради удобства управления. Государство лишь фактически, а не *de jure* отказывается от реализации всех формально принадлежащих ему правомочий в сфере регулирования локальных отношений. Более того, автор даже склонялся к мысли о том, что два типа компетенции органов местного самоуправления выделяются в рамках политического, а не юридического исследования. Г. Еллинек отмечал: «В своих общинных законах государство формально распоряжается неограниченно организацией и компетенцией общин, не встречая при этом никаких непреодолимых границ. Но это положение является таким же юридическим вспомогательным представлением, как и соответственное положение о всемогуществе государства по отношению к индивиду»[2].

«Государственную» теорию самоуправления развивал и профессор Московского университета Б.Н. Чичерин. Основные идеи о юридической природе местного самоуправления Б.Н. Чичерин изложил в книге «Общее государственное право», опубликованной в 1894 г. По мысли Б.Н. Чичерина, институт местного самоуправления вытекает из общей природы государства как политического союза, то есть союза свободных людей. Поэтому государство предполагает не подавление и унификацию частных интересов и частных общений, а их гармонизацию. Исследователь отмечал, что государство «имеет один общий центр, из которого исходит общее направление и которому все подчиняется; но рядом с ним существует множество отдельных центров, которые, подчиняясь высшему единству, сохраняют однако, свою долю самостоятельности». Эта признаваемая государством самостоятельность лиц имеет и территориальный характер: «Таковы союзы местных интересов. Свободные граждане, живущие на местах, имеют совокупные интересы, для осуществления которых они образуют местные союзы, полагающие себе местную или частную цель». Однако лицо не остается только носителем партикулярных интересов, но имеет и интересы, общие всем гражданам. Поэтому местное самоуправление обязательно подчинено государству. Б.Н.Чичерин писал: «Интересы могут ограничиваться частною сферой, и тогда самые союзы сохраняют характер частных товариществ. Но чем шире становятся цели, чем больше в них входит совокупность интересов, чем более лиц они обнимают, тем более они получают характер общественный. Местные и частные союзы становятся постоянными учреждениями… Через это они становятся в зависимость от общих государственных интересов и входят в состав государственного управления»[3].

Государственное территориальное управление, по мнению правоведа, основывается на двух базовых принципах – централизации и самоуправлении. Он полагал, что «под именем централизации в точном смысле разумеется подчинение местного управления центральной власти», при этом «противоположно централизации местное самоуправление, т.е. самостоятельное управление местными делами представителями местных жителей»[4].

Необходимость централизации управления связывалась автором, продолжающим традиции «юридической исторической школы» С.М. Соловьева, с партикуляризмом местных союзов, которые сами не в состоянии возвыситься до общегосударственных задач. Ограниченность местных союзов

[1] Еллинек Г. Указ. соч. С. 477.
[2] Там же. С. 477.
[3] Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 373.
[4] Там же. С. 376.

проявляется во-первых, в неразвитости государственного сознания, в противопоставлении своих интересов общим интересам всех остальных граждан, то есть государству. Во-вторых, противоречие интересов в самом местном союзе грозит нарушением справедливости, то есть правового равенства: «Местный союз заключает различные классы и интересы, а потому, при решении общего дела, большинство может притеснять меньшинство… Поэтому здесь необходим высший судья, которым может быть только государственная власть»[1].

Частью системы централизованного управления в развитом правовом государстве выступает, по мнению Б.Н. Чичерина, надзор над местными союзами. Автор выступал за то, чтобы над местными союзами осуществлялся троякий государственный надзор – законодательный, судебный и административный. Последний, по мнению ученого, является самым существенным: «Суд может только пресекать выступления из пределов ведомства, установленных законом; в нарушение интересов он, по самому существу своему, не вступается. Это – дело правительственной власти, которой поэтому и принадлежит высший контроль над местным управлением»[2].

Централизация территориального управления включает, по мнению русского правоведа, следующие правомочия центральных государственных органов:

• назначение местных властей и утверждение выборных должных лиц местного самоуправления;

• надзор над местными властями;

• восхождение местных дел на решение или утверждение центральной власти;

• направление местной деятельности из центра посредством обязательных постановлений, инструкций и предписаний.

Необходимо подчеркнуть, что противоположностью централизации автор полагал не децентрализацию, а самоуправление. Б.Н. Чичерин различал государственные органы местного управления и органы местного самоуправления. В развитом государстве децентрализация не может распространяться на первых, так как именно административная централизация является гарантией субъективных публичных прав граждан. Ученый отмечал: «Централизация может относиться не только к местным союзам, но и к местным органам правительства. Чем шире права последних, тем меньше дел восходит на высшее утверждение. Но понятно, что именно здесь централизация может служить гражданам гарантиею против произвола и притеснений местных властей… Истинная децентрализация та, которая производится в пользу местного самоуправления»[3].

Местное самоуправление подразделялось автором на *политическое* и *административное*. Политическое самоуправление отождествлялось Б.Н. Чичериным с федерализмом (сложным государством) и не рассматривалось в качестве нормальной формы государственного устройства. Ученый писал: «Политическое самоуправление, дающее политические права местным союзам, вовсе не совместимо с государственным единством. Оно возможно только в сложном государстве или в общественном строе, которое держится на началах частного права, каков был средневековый порядок. В единичном государстве речь может идти только о самоуправлении административном»[4].

Признаками административного самоуправления автор считал следующие:

1. Принадлежность должных лиц самоуправления к числу постоянно проживающих на территории местного союза. При этом способ формирования органов местного самоуправления – назначение на должность или выборы – автор считал малозначащим. Б.Н. Чичерин писал, что для органов местного самоуправления характерен «выбор представителей для заведывания местными делами, или же назначение правительством независимых лиц из местных жителей для самостоятельного управления делами».

2. Нормотворческие правомочия местного союза (право издания локальных подзаконных нормативных актов). Согласно Б.Н. Чичерину, для органов местного самоуправления характерна «автономия, т.е. право издавать обязательные постановления для известной местности». При этом «издаваемые ими обязательные постановления ограничиваются полицейскими порядками, причем нередко требуется согласие правительственных властей»[5].

3. Правоприменительная практика органов местного самоуправления. Этот признак для русского ученого был наиболее существенным. Он писал: «Самый существенный вопрос состоит в том: имеют

[1] Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 375–376.
[2] Там же. С. С.376.
[3] Там же. С.379.
[4] Там же. С.379.
[5] Там же. С.380.

ли представители местности только право решать дела, с возложением исполнения на правительственные органы, или же они имеют свои собственные органы, заведывающие предоставленными им делами? Только последним установляется самоуправление в истинном смысле».

4. Б.Н. Чичерин полагал, что придание органам самоуправления публичного характера предполагает наделение их правоохранительными функциями. Исследователь отмечал: «Им может быть предоставлено право вынуждать свои решения, или же они могут ограничиваться управлением вверенных им делами, а собственные меры принуждения, например, взыскание податей, предоставляются другим властям, административным или судебным. В последнем случае местные власти сохраняют чисто корпоративный характер; в первом случае они становятся органами общей государственной власти»[1].

Как последователь философии права Гегеля, Б.Н. Чичерин настаивал на «диалектическом единстве» централизации и местного самоуправления в государственном устройстве. По его словам, «сохраняя значительную долю самостоятельности в местных делах, самоуправление должно подчиняться центральной власти во всем, что касается общих государственных требований»[2].

Согласно Б.Н. Чичерину, местный союз не может рассматриваться как частная корпорация, а существует как публично-правовое образование, хотя и не утрачивающее элементов корпоративного характера (представительства частных интересов). Ученый отмечал: «Выделение чисто государственной сферы из области частных союзов ведет к признанию двоякого начала в местном управлении: правительственного и общественного. Первое выражается в организме государственных должностей, второе в местном представительстве»[3].

Б.Н.Чичерин продемонстрировал близость своих построений концепции самоуправления Р. фон Гнейста[4]. Русский автор настаивал на цензовом характере избирательной правоспособности: должности в местном самоуправлении могут занимать лишь имущие лица, отправляющие их безвозмездно (как «почетные должности»), а избирателями могут быть лишь налогоплательщики. С точки зрения автора, такой порядок отвечает принципу правового равенства: управлять местным союзом должны те, кто формирует местный бюджет[5].

В процессе перехода российских и немецких правоведов от концепции «свободной общины» к «государственной» теории местного самоуправления были сформулированы следующие базовые признаки этого института правового государства.

1. Институт местного самоуправления обеспечивает эффективность государственного территориального управления, реализуясь в любом типе территориального устройства государства.

2. По материальным признакам невозможно разграничить предметы ведения и компетенцию органов местного государственного управления и местного самоуправления, эти различия устанавливаются только по формальным основаниям – способам замещения должностей в органах самоуправления и государственных органах, правовом статусе местного самоуправления. Для должностных лиц местного самоуправления характерны выборный порядок замещения должностей, отсутствие прямой служебной подчиненности государству, подчинение государственному надзору за их деятельностью, минимальным выражением которого является судебный надзор за правомерностью решений в судах общей юрисдикции либо в порядке административной юстиции.

3. Местное самоуправление сочетает в себе признаки частно-правового союза (общественной корпорации) и публично-правового образования.

---

[1] Чичерин Б.Н. Указ. соч. С. 380.
[2] Там же. С. 381.
[3] Там же. С. 384.
[4] Анализ концепции Р. фон Гнейста см.: Ивонина О.И., Ивонин Ю.П. Классические концепции местного самоуправления в европейской правовой теории // Юридический вестник СибУПК. Новосибирск, 2003. № 2.
[5] Чичерин Б.Н. Указ. соч. С.415.

V. S. Kasho

Comparative analysis of tendencies of local self-government responsibility regulation to the state in Russia and foreign countries

В.С. Кашо

Сравнительный анализ тенденций регулирования ответственности местного самоуправления перед государством в России и зарубежных странах

В статье дается сравнительный анализ тенденций регулирования ответственности местного самоуправления перед государством в России и зарубежных странах. Делается вывод, что в тех странах, где самоуправление развивается снизу, преобладает модель с преимущественно судебной ответственностью, а в странах, где оно формируется под усиленным воздействием государства, применяется модель с преимущественно внесудебной ответственностью. Отмечается, что для современной России, в отличие от большинства зарубежных стран, характерно усиление внесудебных форм ответственности местного самоуправления перед государством.

The comparative analysis of tendencies of regulation responsibility of local self-government to the Russian government and foreign countries is given in the article. The conclusion is that in those countries where self-government develops from underneath, the model with mainly judicial responsibility dominates, and in countries where it is formed under the strengthened influence of the state the model with mainly extrajudicial responsibility is applied. It is emphasized that for modern Russia, unlike the majority of foreign countries, strengthening of the extrajudicial forms of responsibility of local self-government to the state is typical.

Изучение зарубежного опыта и применение сравнительного метода при исследовании местного самоуправления не является новым и традиционно используется в российском конституционном и муниципальном праве[1]. Так, дореволюционное законодательство о земском самоуправлении уже опиралось на заимствованные в Европе принципы и идеи[2]. Использование зарубежного опыта актуально и сейчас, так как Россия, не имеющая прочных традиций местного самоуправления, пережила сначала его полное отрицание в советский период, а затем идеализацию в 90-е гг. прошлого века. Хотелось бы, чтобы из двух способов развития способностей к самоуправлению, выделенных, например, В. Остромом: на жестком опыте истории и на опыте друг друга[3], был выбран последний вариант.

Из всех вопросов муниципальной ответственности наибольший интерес в настоящее время, на наш взгляд, представляет проблема государственного контроля за местным самоуправлением и применением мер ответственности. Как отмечает С.Г. Соловьев, эта проблема, возникшая более ста лет тому назад, полностью не решена ни в одной стране[4]. Тем более этот вопрос не решен в России. В научных трудах, посвященных зарубежному местному самоуправлению, рассматриваются различные меры ответственности, выделяются модели, но нет даже попыток примерить эти модели к Российской Федерации.

Следует отметить – несмотря на то, что принцип ответственности местного самоуправления в целом и органов местного самоуправления, в частности, в настоящее время является общепризнанным и закреплен как в международно-правовых документах, так и в национальном законодательстве,

© В.С. Кашо, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of constitutional, administrative and municipal law.

[1] См. напр.: Васильчиков А. О самоуправлении. Сравнительный обзор русских и иностранных земских и общественных учреждений. Т. 1–2. СПб, 1872; Свешников М.И. Основы и пределы самоуправления. Опыт критического разбора основных вопросов местного самоуправления в законодательстве важнейших европейских государств. СПб, 1892; Барабашев Г.В. Муниципальные органы современного капиталистического государства (США, Великобритания). М.: МГУ, 1971; Черкасов А.И. Органы местного управления в зарубежных странах: сравнительное исследование. / М.: ИНИОН, 1994; Черкасов А.И. Сравнительное местное самоуправление. Теория и практика. М.,1998; Евдокимов В.Б., Старцев Я.Ю. Местные органы власти зарубежных стран. М.: Спарк, 2001.

[2] См.: Абрамов В.Ф. Теория местного самоуправления на отечественной почве // Полис. 1998. № 4. С. 152–154.

[3] Остром В. Смысл американского федерализма. Что такое самоуправляющееся общество. М., 1993. С. 293

[4] Соловьев С.Г. Указ. соч. С. 18.

нет единого подхода к соответствующему понятийному аппарату. Термин «ответственность» чаще всего подразумевает «самостоятельность», а не негативные правовые последствия, что характерно для российского муниципального права. Например, в п. 2.1 Положения «Об общинах земли Баден-Вюртемберг» от 23.07.1984 г. говорится, что «община управляется на своей территории всеми общественными функциями единолично и под собственную ответственность, если законодательством не предусмотрено иное решение»[1]. В конституциях и законах зарубежных стран способы государственного воздействия на местное самоуправление и санкции, применяемые к органам местного самоуправления (роспуск муниципальных советов, отстранение глав местных администраций, отмена актов, выдача обязательных предписаний и т.п.) обозначаются обычно понятиями «контроль», «надзор», «административный надзор», «правовой надзор», «финансовый контроль», «бюджетный контроль», «опека над лицами». Это еще один аргумент в пользу широкого понимания муниципальной ответственности, так как эти понятия, действительно, трудно разделить. Поэтому ответственность органов местного самоуправления перед государством в зарубежных странах должна охватывать, на наш взгляд, все возможные формы государственного воздействия на органы местного самоуправления, связанные с контролем, оценкой их деятельности и применением мер государственного принуждения, а не только меры наказания. Хотя в научной литературе имеют место различные подходы к анализу взаимоотношений центральных и местных органов, необходимость эффективного контроля центра над местным управлением обычно не подвергается сомнению[2].

Даже поверхностный взгляд на регулирование ответственности органов местного самоуправления в некоторых странах показывает их многообразие по уровню регулирования, применяемым мерам, основаниям их применения, субъектам контроля и надзора. Но наряду с многообразием можно выявить определенные закономерности, определяемые применяемой в стране моделью взаимоотношения органов местного самоуправления и государства. А сама модель определяется, в свою очередь, историческими традициями, принадлежностью к той или иной правовой семье, влиянием соседних стран, государств, имеющих военное, политическое или иное влияние на развитие страны.

Наибольшее значение для изучения теоретических вопросов ответственности органов местного самоуправления перед государством имеет распространенное в научной литературе выделение двух моделей местного самоуправления: англосаксонской и романо-германской, хотя представляют научный интерес и более подробные классификации[3]. Применительно к вопросу ответственности их можно определить соответственно как модели: а) с преимущественно судебной ответственностью; б) с преимущественно внесудебной ответственностью[4].

Модели местного самоуправления с преимущественносудебной ответственностью

Считается, что меньше всего мер ответственности органов местного самоуправления перед государством в англосаксонской правовой системе, где на местах отсутствуют представители государственной власти общей компетенции, надзор носит в основном судебный характер и отсутствует соподчинение нижестоящих органов вышестоящим. Но роль суда велика, так как в соответствии с принятым в странах с данной моделью принципом позитивного регулирования местные органы власти имеют только те полномочия, которые им прямо разрешены законом, все остальное запрещено. Поэтому любое действие местных властей, не опирающееся на конкретный акт, его разрешающий, аннулируется и влечет за собой серьезную судебную ответственность[5].

Кроме того, существует периодический отраслевой и специализированный функциональный контроль: инспекционные проверки школьных инспекторов, инспекторов пожарной, лесной охраны; предварительное согласование министерством займов; проверка финансовой деятельности, рассмотрение

---

[1] Цит. по: Ясюнас В.Л. Указ. соч. С.124.

[2] Черкасов А.И. Указ.соч. С.118.

[3] Например, В.Б. Евдокимов по принадлежности к правовой семье выделяет 5 моделей: британскую, романскую, американскую, германскую и скандинавскую. См.: Системы местного управления в зарубежных странах // Государственная власть и местное самоуправление. 2005. № 2. С. 21–25.

[4] Подобный подход можно встретить у В.Г. Игнатова и В.В. Рудого, которые все модели в зависимости от степени влияния государственных структур на деятельность органов местного самоуправления подразделяют на «модели автономного местного самоуправления» и «модели наблюдаемого местного самоуправления». См.: Игнатов В.Г., Рудой В.В. Местное самоуправление. Ростов н/Д. Феникс, 2003. С. 34–42. Но вряд ли можно согласиться с их выводом о том, что в России «автономная модель». Там же. С. 42.

[5] См.: Евдокимов В.Б., Старцев Я.Ю. Указ. соч. С. 62–63.

жалоб омбудсманом и т.п. Но он не влечет отмены решений органов местного самоуправления или досрочного прекращения их полномочий – окончательно вопрос решается судом.

Выбор данной модели был обусловлен значительной степенью самостоятельности общин, развитыми традициями местного самоуправления. Сказанное относится и к США, где местное самоуправление традиционно рассматривалось как основа демократического развития страны[1].

Модели с преимущественно внесудебной ответственностью

Наиболее разработанной и более жесткой с точки зрения ответственности органов местного самоуправления перед государством является романо-германская модель, которая предполагает не только судебный контроль, но и общий административный надзор, осуществляемый специальными государственными служащими, назначаемыми в территориальные коллективы (департаменты), или другими уполномоченными лицами. Одна из основных задач местных органов государственной власти – обеспечение нормального функционирования территориальных коллективов и осуществление контроля за деятельностью органов местного самоуправления. В прошлом подобный контроль осуществлялся преимущественно посредством так называемой «административной опеки», предполагавшей вступление в силу решений местных властей лишь после их одобрения соответствующими государственными надзорными инстанциями. В настоящее время административная опека почти везде уступила место административному контролю, в рамках которого решения местных органов власти по вопросам их собственной компетенции могут быт оспорены вышестоящими структурами лишь по мотивам законности в судебном порядке»[2]. Например, во Франции до реформ 1982 г. существовал полный контроль за местными нормативными актами и деятельностью органов местного самоуправления, что снижало активность самого населения, принижало роль местного самоуправления и вызвало необходимость децентрализации. Но даже после децентрализации, значительно ослабившей прямое вмешательство и административный контроль, у органов государственной власти на местах во Франции остались такие полномочия, как:

− контроль за законностью (обязанность органов местного самоуправления в четырехдневный срок передавать принятые ими нормативные акты в префектуру и обязанность префекта проверять законность этих актов);

− бюджетный контроль (право префекта устанавливать бюджет местного сообщества если он не принят в установленный законом срок; включать в бюджет обязательные статьи расходов после обращения в региональную счетную палату);

− специализированный финансовый контроль (который осуществляется региональными счетными палатами за финансовыми операциями местных сообществ и их учреждений);

− рассмотрение административным судьей дела о незаконности нормативного акта органа местного самоуправления, отсрочка его исполнения до принятия решения по существу;

− роспуск коммунального совета;

− отстранение мэра префектом от исполнения своих полномочий представителя государства, если он с ними не справляется;

− временное отстранение мэра от должности решением министра внутренних дел;

− отстранение мэра от должности решением министра декретом Совета министров[3].

Кроме того, с целью финансового контроля создана государственная комиссия по оценке расходов, переданных коммунам, и соответствия этим расходам государственных компенсаций. В нее вошли депутаты парламента и сенаторы. Одновременно был учрежден комитет по местным финансам, который собирается несколько раз в году, чтобы оценить правильность осуществления государственных трансфертов в бюджеты коммун с позиций местной власти[4].

В ряде других стран, взявших за основу французскую модель, прямые органы государственного управления общей компетенции на места могут не назначаться, но вместе с тем предусматривается широкий перечень мер воздействия на органы местного самоуправления со стороны вышестоящих уровней местного самоуправления или государственных внесудебных органов. Роль наблюдателя

[1] См., напр.: Токвиль А. Демократия в Америке: Пер. с фр. М.,1992.
[2] См.: Игнатов В.Г., Рудой В.В. Указ. соч. С. 36–39.
[3] См.: Евдокимов В.Б., Старцев Я.Ю. Указ. соч. С. 157–161.
[4] См.: Игнатов В.Г., Бутов В.И. Местное самоуправление: российская практика и зарубежный опыт. М., 2005. С. 87.

за органами местного самоуправления играет обычно руководитель администрации вышестоящего территориального уровня.

Например, в Германии администрация района (крейса) одновременно выполняет функции администрации района как местного сообщества и государственной администрации; а окружная администрация (там, где ее нет – министерство внутренних дел земли) осуществляет государственный контроль за администрациями районов. Глава исполнительной власти района – ландрат в некоторых землях (Рейнланд-Пфальц, Саар, Баден-Вюртемберг) является государственным чиновником и назначается правительством земли по представлению районного собрания или предварительно согласовывается с Министерством внутренних дел земли. Надзор со стороны государства за местным самоуправлением в Германии обычно подразделяется на правовой и профессиональный.

Правовой надзор осуществляется в случаях, когда органы местного самоуправления выполняют задачи, отнесенные к кругу собственных полномочий. Он ограничивается тем, чтобы обеспечивалось выполнение законодательно предусмотренных и взятых на себя органами местного самоуправления публично-правовых задач и обязательств, а также законность их управленческой деятельности. Из этого следует, что государство не может вмешиваться в вопросы, решаемые по собственному усмотрению, если органами местного самоуправления не допускаются противоправные действия. Правовой надзор за законностью включает следующие меры:

− порицание (предупреждение о несоответствии акта законодательству);

− требование отмены незаконного акта;

− принятие необходимого решения вместо органа местного самоуправления;

− роспуск представительного органа, отставка главы исполнительной власти;

− назначение уполномоченного, временно осуществляющего полномочия органа местного самоуправления;

− признание акта незаконным судом[1].

Профессиональный надзор осуществляется в сфере делегированных полномочий органов местного самоуправления с целью обеспечения их надлежащего исполнения. В этой сфере надзор государства охватывает также вопросы, решаемые по усмотрению общины, то есть надзор выходит за рамки контроля правомерности и производится непрерывно, с точки зрения эффективности и целесообразности.

При любом надзоре органы государственного надзора могут прибегать к своим надзорным полномочиям лишь в законодательно определенных рамках, а общины в случае нарушения своих прав могут обратиться в Федеральный или земельный конституционные суды, административные суды.

В Ирландии министр по охране окружающей среды (уполномоченный государственный орган, который осуществляет надзор за местным самоуправлением) может распустить местный совет в следующих случаях:

− если после проведения соответствующего расследования он посчитает, что местный совет не осуществляет свои функции надлежащим образом;

− если местный совет отказывается действовать в соответствии с распоряжением суда;

− если местный совет действует вразрез с недвусмысленно выраженными требованиями того или иного закона;

− если местный совет отказывается представить свои счета для аудиторской проверки;

− если число членов совета стало меньше кворума, необходимого для ведения его заседаний.

В Латвии местный совет может быть распущен парламентом в случае, если он нарушает Конституцию, законы, постановления правительства и решения суда или же пытается совершить действия, относящиеся к юрисдикции центрального правительства, а также оказывается неспособным набрать рабочий кворум на трех заседаниях подряд[2].

Романо-германская модель местного самоуправления возникала обычно в тех случаях, когда управление на местах строилось «сверху», в обществе преобладали идеи сильной государственной власти, преобладало централизованное государственное начало.

[1] См.: Евдокимов В.Б., Старцев Я.Ю. Указ. соч. С. 181–182; Раздел 4 Положения «Об общинах земли Баден-Вюртемберг» от 23.07.1984 г.; Ясюнас В.Л. Указ. соч. С. 143–146; Административное устройство ФРГ. Немецкие крейсы. Бонн: Немецкий Ландкрейстаг. С. 23.

[2] См.: Черкасов А.И. Указ. соч. С. 125–126.

Общеевропейские подходы к ответственности органов местного самоуправления перед государством

В конце XX в. в большинстве европейских стран проводились реформы, ведущие к сближению названных моделей, в результате чего в Европейской хартии местного самоуправления 1985 г. было сформулировано несколько общеевропейских подходов к ответственности органов местного самоуправления перед государством.

Во-первых, в ст. 3 п. 1 Хартии местное самоуправление определяется как право и реальная способность органов местного самоуправления регламентировать значительную часть публичных дел и управлять ею, действуя в рамках закона, под свою ответственность и в интересах местного населения. Таким образом акцентируется внимание на самостоятельность местного самоуправления и его реальную способность осуществлять переданные полномочия.

Во-вторых, п. 2 ст. 3 закрепляет ответственность (подотчетность) исполнительных органов местного самоуправления перед Советами или собраниями, избираемыми непосредственно населением. Тем самым закладываются основы взаимоотношений между представительными и исполнительными органами местного самоуправления.

В-третьих, в ст. 4 устанавливается требование определения и ограничения полномочий местного самоуправления только в пределах, установленных законом. Следовательно, полномочия и ответственность органов местного самоуправления могут быть установлены только законом, а не подзаконными актами.

В-четвертых, пп. 1 и 2 ст. 8 ограничивают контроль со стороны государства за деятельностью органов местного самоуправления при осуществлении собственных полномочий контролем только за обеспечением законности и конституционных принципов. Следовательно, государство не вправе решать вопросы целесообразности и эффективности осуществления данных полномочий.

В-пятых, в п. 1 ст. 4 и п. 2 ст. 8 допускается возложение на органы местного самоуправления ответственности за выполнение отдельных государственных полномочий и контроль вышестоящих органов власти за надлежащим исполнением органами местного самоуправления делегированных им полномочий.

В-шестых, в п. 3 ст. 8 закрепляется принцип соразмерности вмешательства контролирующего органа значимости интересов, которые это вмешательство имеет в виду защитить.

И, в-седьмых, ст. 11 гарантирует органам местного самоуправления право на судебную защиту для обеспечения свободного осуществления ими своих полномочий и соблюдения принципов местного самоуправления, в том числе при привлечении их к ответственности.

Таким образом, Европейская хартия местного самоуправления уделяет достаточно много внимания муниципальной ответственности, определяя оптимальный баланс сочетания государственных интересов и самостоятельности местного самоуправления.

Российский опыт регулирования муниципальной ответственности

В России местное самоуправление развивалось традиционно сверху. В современном понимании оно возникло в результате земской реформы 1864 г. и городской реформы 1870 г., когда с учетом европейского опыта того периода были созданы органы земского и городского самоуправления, рассматриваемые законодателем как органы общественного самоуправления. Но параллельно с ними существовали органы государственной власти на местах. Формально земские и городские органы не были подчинены местной государственной администрации, хотя фактически свою деятельность осуществляли под контролем министра внутренних дел и губернатора. В дальнейшем, при Александре III, положения о земских и городских учреждениях были пересмотрены в сторону усиления государственного влияния на принятие решений. Например, был учрежден орган административного надзора за земскими учреждениями – губернское по земским делам присутствие. Губернатор получил право приостанавливать действие постановлений земских собраний, которые противоречили, по его мнению, «общим государственным пользам и нуждам» или явно нарушали «интересы местного населения». Незаконные постановления губернатор в месячный срок передавал в губернское по земским делам присутствие, а не соответствующее местным пользам и нуждам – в очередное губернское земское собрание. Решение присутствия о законности постановления могло быть обжаловано в Сенат, а целесообразность определялась министром внутренних дел. Отмена или изменение таких постановлений осуществлялись по представлению министра

внутренних дел Государственным Советом или Комитетом министров. Если постановления какого-либо земского собрания выходили за рамки законности и целесообразности, правительство могло распустить такое собрание и назначить повторные выборы. В этом случае управа в полном составе назначалась министром внутренних дел. Существовал аналогичный порядок отмены и изменения постановлений городских дум, опротестованных губернаторами[1]. Органы местного самоуправления занимались в основном местными хозяйственными делами, здравоохранением, образованием и находились под полным контролем государства.

Таким образом, в дореволюционной России существовали характерные для романо-германской модели взаимоотношения государства и местного самоуправления с ограниченной хозяйственной самостоятельностью местного самоуправления и его государственной опекой.

В советский период идея автономии местных органов власти отрицалась, они рассматривались как частицы единой государственной власти, поэтому взаимоотношения между местными и центральными органами государственной власти в том числе и в сфере ответственности строились на принципах централизма и прямого подчинения нижестоящих органов власти вышестоящим.

После легального признания местного самоуправления в начале 90-х гг. XX в. предпринимались попытки соединить общепризнанные принципы местного самоуправления с советской моделью организации власти. Так, в Законе РФ от 06.07. 1991 г. «О местном самоуправлении» провозглашалась самостоятельность местного самоуправления и в то же время сохранялась соподчиненность по вертикали представительных органов и местной администрации. Не соответствующие законодательству решения органов местного самоуправления могли быть отменены вышестоящим Советом, а местная администрация считалась подотчетной по всем вопросам не только местному Совету, но и вышестоящим исполнительным и распорядительным органам, которые вправе отменить акты, противоречащие законодательству. По закону от 5 марта 1992 г. «О краевом, областном Совете народных депутатов и краевой, областной администрации» указанные органы могли отменять решения нижестоящих соответственно представительных и исполнительных органов местного самоуправления.

Хотя Конституция РФ 1993 г. закрепила организационное обособление органов местного самоуправления от органов государственной власти и их самостоятельность, современная модель взаимоотношений органов государственной власти и местного самоуправления сложилась не сразу. Федеральный закон от 28.08.1995 г. первоначально основывался на англосаксонской модели местного самоуправления с преимущественно судебной ответственностью, что было концептуально не оправдано, так как такая модель целесообразна, как было показано выше, в странах в развитыми традициями местного самоуправления, формирующегося «снизу». Многие субъекты федерации, пытаясь выйти за рамки этой модели, вводили свои меры ответственности в отношении местного самоуправления, в результате чего их акты, как правило, вступали в противоречие с Конституцией РФ и Федеральным законом от 28.08.1995 г. Позже законодатель, видимо, осознал чрезмерно либеральный подход к ответственности органов местного самоуправления и 4 августа 2000 г. в Федеральный закон от 28.08.1995 г. были внесены поправки, свидетельствующие о переходе на романо-германскую модель (в частности, предусмотрены роспуск представительного органа местного самоуправления, отрешение от должности главы муниципального образования органами государственной власти субъектов федерации). Однако, как отмечается в литературе, существенного эффекта в развитие местного самоуправления и всей системы публичной власти эти поправки не внесли[2].

Федеральный закон № 131-ФЗ от 06.10.2003 г. еще более усилил меры ответственности органов местного самоуправления перед государством, предусмотрев примерно такие же меры воздействия, какие существуют в Германии. Контроль и надзор за местным самоуправлением осуществляется органами полномочными представителями Президента РФ в федеральных округах, законодательными и исполнительными органами государственной власти субъектов федерации, органами юстиции, прокуратуры, счетными палатами, налоговыми органами, казначейством, министерством регионального развития, иными отраслевыми и функциональными органами исполнительной власти. Меры воздействия включают роспуск представительного органа местного самоуправления, отрешение от должности главы муниципального образования (главы местной администрации), временное осуществление полномочий органов местного самоуправления органами государственной власти

[1] См.: Институты самоуправления: историко-правовое исследование. М., 1995. С. 293–294.
[2] См.: Игнатов В.Г., Бутов В.И. Указ. соч. С. 205.

субъектов РФ, введение временной финансовой администрации. Как правило, эти меры сочетаются с судебным контролем. Но контроль за реализацией отдельных государственных полномочий включает право давать обязательные указания, а также приостанавливать или отменять акты органов местного самоуправления во внесудебном порядке.

В целом все эти меры вписываются в подходы к ответственности, существующие в странах с романо-германской моделью, и адекватны ситуации, когда местное самоуправление развивается «сверху». Но развиваются в противоположном, чем в этих странах, направлении в сторону усиления внесудебных форм.

Данная тенденция воспринята неоднозначно в научной литературе. Например, И.В. Выдрин считает, что на данном этапе это оправдано, так как, за исключением определенных исторических периодов, Россия оставалась государством с ярко выраженным централистским началом, в котором местному самоуправлению почти не было места. Вот почему привлеченное в Россию в начале 90-х гг. местное самоуправление нуждается в опеке государства, его патронаже[1].

В.Г. Игнатов и В.В. Рудой, напротив, считают усиление ответственности органов местного самоуправления перед государством в Федеральном законе от 06.10.2003 г. одним из проявлений огосударствления местного самоуправления, превращающим его в местное управление[2]. Действительно, такая опасность имеется, так как некоторые исследователи уже давно выявили следующую интересную закономерность двойственной природы местного самоуправления, происходящую из его взаимоотношений с системой государственной власти: чем выше степень влияния на местное самоуправление органов, входящих в систему государственной власти, тем слабее самоуправленческие, общественные начала в деятельности местных сообществ[3].

Сопоставление мер ответственности, субъектов их применения, тенденций развития законодательства позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, контроль, надзор, ответственность являются необходимыми элементами взаимоотношений органов государственной власти и местного самоуправления во всех странах.

Во-вторых, преобладание судебных или внесудебных форм ответственности зависит от исторических и иных особенностей развития страны, наличия традиций местного самоуправления.

В-третьих, в настоящее время происходит сближение стран по формам ответственности, выработаны определенные общеевропейские подходы. При этом остается неизменным судебный контроль, косвенный профессиональный контроль за исполнением отдельных государственных полномочий, исчезает административная опека и по мере развития местного самоуправления сужаются функции прямого административного контроля и надзора.

В России регулирование ответственности органов местного самоуправления в настоящее время развивается в пределах подходов, имеющихся в европейских странах, взявших за основу романо-германскую модель, ближе к ее германской разновидности. Но если в этих странах идет постепенное смягчение государственного контроля и надзора, то в России наблюдается противоположная тенденция – усиление государственного воздействия, что вряд ли будет способствовать развитию самоуправленческих начал.

---

[1] Выдрин И.В. Указ. соч. С. 42.

[2] Уваров А.А. Указ. соч. С.104.

[3] Игнатов В.Г., Рудой В.В. Указ. соч. С. 21; Барабашев Г.В. Местное самоуправление. М., 1996. С. 13.

L.A. Mitskevich

A problem of administrative discretion and uncertain legal concepts in administrative law of Germany

Л.А. Мицкевич

Проблема административного усмотрения и неопределенных правовых понятий в административном праве Германии

Статья посвящена одной из наиболее интересных теоретических проблем, рассматриваемых в науке административного права Германии – проблеме свободного государственного управления (административного усмотрения), которое означает право органа государственного управления на определенную свободу действий при принятии решения. В статье освещаются понятие административного усмотрения, его пределы, способы правового регулирования, а также типичные ошибки, встречающиеся в правоприменительной практике органов государственного управления. Статья может быть полезна студентам юридических вузов и юристам-практикам, а также всем, интересующимся проблемами административного права.

The article deals with the most interesting theoretical problems in the German administrative law science, namely the problem of free sate government (administrative discretion), which means that state governmental body has the right to act with certain freedom in making decisions. The article highlights the concept of administrative discretion, its limits, means of legal regulation, and some typical mistakes which take place in law applying practice of state government bodies. The article may be of interest to the law university students, law practitioners and those interested in administrative law problems.

Понятие административного усмотрения

В соответствии со своим основным предназначением все органы государственного управления призваны осуществлять реализацию (исполнение) норм административного права путем применения их к конкретным жизненным обстоятельствам. Именно поэтому органы государственного управления называются *исполнительными* (относительно закона) и *правоприменительными* (относительно норм права) органами. В зависимости от степени *правовой связанности*, точнее, ограниченности законом свободы органов при осуществлении своих функций, различаются два основных вида или способа осуществления этой деятельности органами государственного управления: *связанное законом* государственное управление и *свободное* государственное управление (*административное усмотрение*).

Связанное законом государственное управление означает, что положениями закона установлено четкое правовое регулирование деятельности органов государственного управления, у них отсутствует свобода усмотрения относительно того, могут ли они осуществлять исполнение предписаний правовых норм и каким именно образом. Например, в соответствии с законодательством каждый гражданин, достигший 16 лет, обязан получить паспорт. Этой обязанности гражданина корреспондирует правовая обязанность органа государственного управления выдать каждому, кто достиг указанного возраста, данный паспорт. Или другой пример: законодательством установлена обязанность предпринимателей получать разрешение на создание и функционирование определенных видов производственных сооружений (например, электростанций). Это разрешение должно быть выдано, если у заявителя есть все необходимые условия. Соответственно, орган государственного управления обязан выдать подобное разрешение при выполнении заявителем всех предусмотренных законодательством требований.

Свободное государственное управление (*административное усмотрение*) отличается от связанного тем, что орган государственного управления получает право на определенную свободу действий при принятии решения о том, может ли он применить соответствующую норму права и каким образом. Например, если предприниматель не выполняет условие получения разрешения на созда-

© Л.А. Мицкевич, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного, административного и муниципального права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of constitutional, administrative and municipal law.

ние производственной установки, то соответствующий орган государственного управления вправе запретить функционирование данной установки. Слово «вправе» означает, что орган государственного управления имеет определенную свободу усмотрения в данной ситуации. Следовательно, такая формулировка предоставляет соответствующим органам и должностным лицам свободу действий при решении вопроса о том, *должны ли они действовать* и *каким именно образом*.

Административное усмотрение считается нормальным и необходимым в административно-правовой науке и практике. В обоснование приводится тезис о том, что, с одной стороны, детальное регламентирование всех возможных действий администрации в правовых нормах в целях максимального достижения ее «связанности законом» привело бы к излишней казуистике и непомерному раздуванию количества правовых актов. С другой стороны, предусмотреть абсолютно все жизненные ситуации невозможно, поэтому отсутствие у органов государственного управления права действовать без соответствующего предписания повлекло бы за собой еще худшие, даже непредсказуемые последствия. Значит, оптимальным является наличие «эластичных» законов, которые дают возможность с учетом всех фактических обстоятельств дела принять справедливое решение. Таким образом, наличие административного усмотрения как возможности для органов государственного управления действовать самостоятельно закрепляется в законах, специально предоставляющих им это право. Кроме того, административное усмотрение возможно также тогда, когда отсутствует специальное закрепление в законе (конечно, если это действие не нарушает принцип «оговорки в законе» в сфере конституционных основ или основных прав граждан). Административное усмотрение предполагает последовательность ответов на два главных вопроса: первый вопрос – «*может* ли вообще действовать орган государственного управления?», при положительном ответе на первый появляется второй вопрос – «*как* он может действовать?»

Указание на возможность административного усмотрения дается в § 40 Закона ФРГ об административной процедуре: «Если орган государственного управления управомочен действовать по своему усмотрению, то он должен осуществлять это полномочие в соответствии с целями и в границах предоставленного полномочия»[1].

Принципиальным положением при применении административного усмотрения является требование о том, чтобы цели, содержание и пределы действий были достаточно четко и определенно выражены в законе, то есть соответствовали *требованию достаточной определенности*. Таким образом, речь не идет об «абсолютной свободе» усмотрения, оно всегда должно соответствовать обязанностям органа. Кроме того, сохраняет свое действие и *требование различной плотности (интенсивности)* властного воздействия.

Естественно, что вопрос о пределах предоставления свободы усмотрения зависит от сферы деятельности органов государственного управления. Если речь идет об областях, в которых затрагиваются основные права и законные интересы граждан или основные конституционные положения, то, естественно, рамки сферы усмотрения здесь весьма ограничены, если же речь идет о вопросах, находящихся на «периферии» конституционного регулирования, свобода усмотрения возрастает. Но в любом случае это усмотрение должно быть четко зафиксировано законодателем.

Следует специально остановиться на принципиальном положении, характеризующем административное усмотрение. Это так называемый «*общий (предварительный) запрет каких-либо действий без специального разрешения*», то есть запрет для государственного управления самостоятельного правового регулирования порядка реализации прав граждан, поскольку это прерогатива законодателя.

Суды при рассмотрении дел обязаны всегда применять этот принцип, выясняя, были ли все необходимые правовые условия для выдачи какого-либо разрешения или для отказа в нем. В свою очередь, законодатель обязан урегулировать пределы вмешательства государства в основные права граждан, определив публично-правовую сферу жизни. Он не может передать это право исполнительной власти.

Следует разъяснить, что в ФРГ существуют две основных формы разрешительного порядка реализации прав граждан:

- во-первых, это запрещение любых действий без специального разрешения («*запрет с оговоркой разрешения*»);

- во-вторых, разрешение любых действий, если они специально не запрещены («*разрешение с оговоркой запрета*»).

[1] Закон ФРГ об административной процедуре (Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25.05. 1976. i.d.F. vom 23.01.2003. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2003. Далее –VwVfG).

Общепризнанным в науке и подтвержденным судебной практикой является тезис о том, что гражданин, право которого реализуется через разрешительный порядок, имеет право на получение разрешения в любом случае, если отсутствуют установленные законом правовые основания для отказа[1].

Следует специально обратить внимание на то, что свободное государственное управление (административное усмотрение) может быть правильно понято лишь в системе всех правовых категорий немецкого административного права. В отличие от российской правовой науки в немецкой науке о праве общепринятым считается, что правовая норма состоит из двух частей. Первая часть определяется как описание в норме фактических обстоятельств (буквально – состава деяния – Tatbestand), при наличии которых наступают правовые последствия (Rechtsfolge) – это вторая часть нормы. Закон предоставляет органу государственного управления право действовать по усмотрению именно тогда, когда при наступлении определенных правовой нормой обстоятельств (условий) у органа имеется возможность выбора между различными вариантами поведения. При наступлении этих правовых обстоятельств (условий) орган государственного управления вправе самостоятельно определять, какие именно правовые последствия из предусмотренных законом должны наступить. Существует два варианта административного усмотрения: орган вправе выбирать один из нескольких предусмотренных нормой права вариантов или орган вправе действовать в определенной области по своему усмотрению. Соответственно этому можно выделить две формы предоставления усмотрения: право на свободу усмотрения при принятия решения (когда орган государственного управления решает, будет ли он вообще осуществлять какие-либо меры) и право на свободу усмотрения при выборе варианта поведения (если орган принял решение действовать в данной ситуации)[2]. Таким образом, административное усмотрение относится только к той части нормы, которая описывает правовые последствия, но не к первой части нормы права – правовым обстоятельствам (составу деяния).

Способы правового регулирования административного усмотрения

С точки зрения юридической техники полномочия органов государственного управления действовать по своему усмотрению могут быть представлены в законодательстве в различных вариантах.

Во-первых, положения закона могут прямо говорить о возможности усмотрения субъекта государственного управления. Как отмечается в литературе, эти случаи довольно редки[3]. Например, нормы социального права содержат положение о том, что уполномоченный орган государственного управления решает вопрос о формах и размере социальной помощи гражданам по собственному усмотрению в рамках предоставленных полномочий, если данным законом не установлено иное (то есть если не исключено усмотрение).

Во-вторых, право на административное усмотрение вытекает из взаимосвязи всех положений законодательства, но эти случаи также встречаются не очень часто. Например, в соответствии с нормами транспортного права участник транспортного движения, который не соблюдает законодательство в области дорожного движения, может быть приглашен на различные обучающие мероприятия. Вопрос о том, кто именно должен быть приглашен на обучение, решает орган государственного управления.

В-третьих, о том, что органу государственного управления предоставлено право на усмотрение, свидетельствуют формулировки в законе, которыми выражены предоставляемые ему полномочия. Как правило, полномочия действовать по усмотрению формулируются словами «может», «вправе», «уполномочен», «разрешено» или иным подобным образом.

В-четвертых, в некоторых случаях право на усмотрение может быть предоставлено с помощью формулировки «долженствования». Например, уполномоченный орган должен распорядиться, чтобы производственная установка, действующая без соответствующего разрешения, была остановлена.

Таким образом, можно констатировать, что существуют текстуальные различия при описании полномочий органов связанного и свободного управления. В отличие от формулировок закона, предоставляющих органу государственного управления возможность действовать по усмотрению, при регулировании действий связанного управления законодатель употребляет слова: «обязан, должно быть выполнено, следует» и т.п.

---

[1] BVerfG DOEV 1979, 50.

[2] Peine F.- J. Allgemeines Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006. S. 48.

[3] Ibid. S. 49.

Однако при всех возможных вариантах правового регулирования в данном отношении действует один общий принцип или общее правило: абсолютной свободы усмотрения не существует. Органы государственного управления осуществляют свою деятельность по собственному усмотрению в соответствии с *целями* предоставленных им полномочий и в предусмотренных законом границах.

Виды ошибочных действий органов государственного управления при осуществлении административного усмотрения

Основное практическое значение теории административного усмотрения связано с возможностью судебной защиты прав граждан при принятии органом решения в рамках свободного государственного управления. Как будет показано далее при описании субъективных публичных прав граждан, обязанностям органа не всегда корреспондирует субъективное публичное право гражданина. Это в значительной степени связано с тем, в каких рамках действует орган. В сфере связанного государственного управления судебный контроль осуществляется за соблюдением «связанности» законом при осуществлении деятельности органа. В сфере свободного государственного управления судебный контроль, говоря в самом общем виде, концентрируется на выяснении того, нет ли грубых правовых ошибок в данной деятельности органа. Это означает, что законными будут признаны лишь те действия и акты, которые не содержат «ошибок усмотрения» (Ermessensfehler). Соответственно в науке административного права и в судебной практике разработана специальная конструкция различных вариантов «ошибок усмотрения».

1. Если орган государственного управления выбирает вариант правовых последствий, которые не предусмотрены данной нормой, то говорят о *превышении пределов* свободы усмотрения (Ermesse nsüberschreitung). Например, если законом предусмотрена возможность запрета деятельности какой-либо установки, а орган государственного управления предписывает снести данное производственное сооружение. Таким же вариантом ошибочного административного усмотрения является назначение административного штрафа с превышением размера, установленного нормой права[1].

2. *Неиспользование предоставленных законом полномочий* на принятие решения в рамках свободного усмотрения (Ermessensnichtgebrauch) предполагается в том случае, если орган государственного управления пренебрег («не увидел») основаниями для своих действий и не стал вообще рассматривать вопрос о том, может ли он действовать по усмотрению и каким образом. В качестве примера приводится случай с жалобой гражданина в полицию на то, что «ранний и громкий колокольный звон» рядом расположенной церкви нарушает его покой, а полицейский не предпринимает никаких мер, так как ошибочно полагает, что вообще не уполномочен выносить каких-либо предписаний, адресованных церкви[2]. На самом деле полицейский должен выяснить, имеются ли правовые основания для его вмешательства в данном конкретном случае.

3.*Ошибочное решение* в рамках свободного усмотрения (Ermessensfehlgebrauch) предполагается в тех случаях, когда орган государственного управления не учел все обстоятельства дела, не взвесил все возможности при принятии решения или обосновал свое решение теми обстоятельствами, которые не должны были повлиять на принимаемое решение. Например, если уполномоченный орган при высылке иностранца не учитывает его брак с гражданкой Германии, хотя это является весьма существенным обстоятельством.

4. *Злоупотреблением свободой усмотрения* (Ermessensmissbrauch) считаются действия органа или должностного лица, если их полномочия используются не в тех целях, которые предусмотрены законом. Например, полицейский нарушает правила дорожного движения и едет под запрещающий дорожный знак не в целях обеспечения безопасности движения, а для своих личных нужд[3].

5. *Нарушение основных прав граждан и принципов государственного управления* также является одним из вариантов ошибочного административного усмотрения. Объективными критериями для ограничения пределов усмотрения являются основные права граждан и общие принципы государственного управления, в особенности принципы применимости, обоснованности и соразмерности принимаемых решений. В качестве примера может быть приведен закрепленный в ст. 3 Основного ракона ФРГ принцип равноправия граждан, который предполагает требование для

[1] Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. Muenchen, 1997. S. 127.
[2] Там же.
[3] Peine F.- J. Указ/ соч. S. 51.

органа государственного управления действовать в одинаковых случаях одинаковым образом, иными словами, запрещает органам в одинаковых случаях действовать различным образом при применении нормы права.

Сужение пределов административного усмотрения

Административное усмотрение означает возможность выбора одного из нескольких предусмотренных законом способов поведения и принятие одного решения из нескольких видов возможных решений. Однако существуют случаи, когда возможность выбора ограничивается только одним вариантом поведения. Следовательно, в этих случаях уже нельзя говорить об усмотрении, поскольку оно сужается до единственно возможного решения. Эти случаи в немецком административном праве называются «сужение усмотрения до нуля» (Ermessensreduzierung auf Null)[1].

Соответственно при сужении административного усмотрения правомерным является только одно решение, поскольку именно оно и будет решением, не содержащим ошибок усмотрения, все остальные решения должны быть признаны ошибочными. Так, например, несмотря на принципиальную свободу полиции действовать по своему усмотрению, в определенных случаях она обязана принять меры, в частности, при возникновении существенных угроз правовым ценностям (благам)[2].

Неопределенные правовые понятия

Общеизвестно, что законодатель формулирует элементы нормы, содержавшие состав деяния или правовые условия, с различной степенью определенности. В одних случаях они формулируются совершенно четко и однозначно, в других содержание этой части правовой нормы достаточно спорно.

При объяснении этого правового явления ученые-административисты не сводят основные причины неопределенности правовых понятий только к несовершенству законодательства[3]. Они сравнивают нормы публичного права с уголовно-правовыми нормами и приводят аргумент о том, что, несмотря на многовековой опыт и детальную разработанность основных понятий уголовного права, едва ли можно найти в уголовном праве какой-либо элемент состава преступления, который бы не обсуждался и не вызывал вопросов.

К неопределенным правовым понятиям в публичном праве можно отнести такие понятия, как общественное благо, публичный интерес, надежность, допустимость, недопустимость, историческая ценность здания как памятника культуры, ценность фильма, поведение, недостойное степени доктора наук, не рекомендуемый для просмотра детьми фильм и другие оценочные понятия.

Наиболее важным в немецком административном праве является вопрос о том, в какой степени суды могут проверять и оценивать законность действий органов государственного управления, совершенных в рамках административного усмотрения и при неопределенности правовых понятий. Собственно говоря, основное практическое значение теории административного усмотрения и категории правовых понятий и заключается в том, что соблюдение принципа связанности законом деятельности органов государственного управления проверяется посредством судебного контроля.

Итак, основной дискуссионный вопрос заключается в том, могут ли административные суды при осуществлении судебного контроля исходить из своего понимания неопределенного правового понятия и оценивать на этой основе правильность решения органа государственного управления или органы государственного управления имеют право на свободу оценки обстоятельств. Преобладающим в немецкой литературе является мнение о том, что неопределенные правовые понятия должны оцениваться с точки зрения всей правовой системы[4]. Это обусловлено общим требованием принципа определенности правового регулирования, в соответствии с которым закон, даже если он не совершенен с точки зрения юридической техники, должен четко описывать правовые обстоятельства (состав деяния, предпосылки) и правовые последствия. Поэтому правильное толкование и содержательное наполнение неопределенного правового понятия должно быть также зафиксировано нормативно. Таким образом, неопределенное правовое понятие не означает свободу оценки при принятии решения органом государственного управления, и принятое решение в полном объеме

[1] Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. 11. Aufl. München, 1997. S. 129; Peine F.- J. Allgemeines Verwaltungsrecht. 8. Aufl. Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2006. S. 51.
[2] Ibid. S 129.
[3] Peine F.- J. Mourer H. Указ. соч. S. 53.
[4] Ibid. S. 53.

должно проверяться судами при осуществлении судебного контроля. Этот подход полностью соответствует конституционным положениям о связанности государственного управления законом. В соответствии со ст. 19 абз. 4 Основного Закона ФРГ установлены обязанности судов по проверке фактического и правового содержания решений субъектов государственного управления. Отсюда вытекает, что государственное управление подлежит полному судебному контролю. При обсуждении вопросов о пределах свободы оценки при принятии решения большинство ученых приходят к выводу, что в законодательстве должно быть четко закреплено, предоставляется ли органу государственного управления право на свободное усмотрение.

При административном усмотрении действия органов государственного управления подлежат судебному контролю в *ограниченной степени*, а именно – суды проверяют законность трех обстоятельств: во-первых, имел ли вообще орган государственного управления право на административное усмотрение в данных обстоятельствах; во-вторых, не вышел ли он за рамки административного усмотрения; в-третьих, не было ли злоупотребления административным усмотрением.

При толковании и применении неопределенного правового понятия суды по общему правилу должны проводить *полную проверку законности* действий органов государственного управления. Следует подчеркнуть, что, несмотря на теоретическую разработанность и кажущуюся понятность положений о реализации принципа законности при административном усмотрении и неопределенности правовых понятий, в судебной практике достаточно часто возникают весьма спорные ситуации, которые требуют в каждом конкретном случае индивидуального подхода. Поэтому в учебной юридической литературе приводятся примеры наиболее сложных казусов и объясняются пути их решения, а также достаточно подробно рассматриваются различные варианты сочетания неопределенных правовых понятий и административного усмотрения.

В литературе отмечается невозможность проведения исчерпывающей классификации всех видов полномочий субъектов государственного управления, предоставляемых им для принятия решения в условиях свободной оценки обстоятельств[1].

На основе анализа судебной практики выделяются следующие основные группы:

- полномочие на свободу оценки при проведении различных испытаний и экзаменов, в том числе школьных;

- полномочия руководителя по руководству своими подчиненными в рамках государственной службы;

- решения независимых экспертных профессиональных комиссий или комитетов, созданных по особым критериям, если оценки этих комиссий могут быть положены в основу решений органов государственного управления;

- решения независимых экспертов в случаях, когда требуется всесторонне оценить различные мнения и суждения;

- решения, связанные с вопросами культуры, искусства, морали, или если вопрос затрагивает отношения международного уровня.

Таким образом, усмотрение и неопределенное правовое понятие - это сложные правовые категории, разграничение которых относится к достаточно дискуссионным вопросам. Для правоприменительной практики необходимо толкование и содержательное закрепление неопределенных правовых понятий. Поэтому от правоприменителя требуется высокий профессиональный уровень, а также требуется дальнейшее описание неопределенных правовых понятий в подзаконных актах.

Применение неопределенных правовых понятий при любых условиях должно осуществляться так, чтобы их конституционность не вызывала сомнений, была очевидна, поскольку, как уже описывалось ранее, цели, содержание и пределы действий органов государственного управления должны быть сформулированы достаточно определенно.

Двойные (двойственные) предписания

В административном законодательстве достаточно часто встречаются предписания, которые содержат в первой части нормы (то есть, при описании *состава деяния или правовых обстоятельств*) неопределенное правовое понятие и одновременно во второй части нормы (то есть, в описании правовых последствий) предоставляют органам свободу оценки при принятии решений.

[1] Peine F.- J. Ibid. S. 54.

Нормы, которые содержат как неопределенные правовые понятия, так и предоставляют свободу оценки органам государственного управления, называются «*двойными*» или смешанными предписаниями (правовыми нормами)[1].

Например, в законодательстве о государственной службе содержится следующее положение: «В случае возникновения служебной необходимости государственный служащий может быть перемещен руководителем в пределах его компетенции на другое служебное место». В данном примере «служебная необходимость» относится к неопределенным правовым понятиям, формулировка «может быть перемещен» предполагает административное усмотрение.

Основная трудность состоит в том, каким образом можно сочетать вышеописанные способы судебного контроля при соединении неопределенных правовых понятий и свободы оценки органа при определении правовых последствий. В соответствии с решением Высшего административного суда ФРГ понятие «производственноя (служебная) необходимость» относится к неопределенным правовым понятиям и поэтому подлежит полному судебному контролю, а полномочие по перемещению относится к полномочиям по свободной оценке и принятию решения, поэтому может быть проверено судом на предмет отсутствия ошибок применения нормы права и принятия решения[2]. В приведенном примере суд может провести точное разграничение неопределенных правовых понятий и свободы усмотрения органа при выборе варианта правовых последствий, однако этот пример представляет собой идеальный случай, который в реальности встречается не так часто. На практике возможны ситуации, когда неопределенные правовые понятия трудно отличить от свободы оценки при усмотрении, поскольку законодатель нечетко сформулировал положения нормы права.

Хотя в принципе сочетание неопределенных правовых понятий в первой части нормы – при описании правовых условий (обстоятельств) и возможности административного усмотрения в ее второй части – правовых последствиях является допустимым, в научной литературе в достаточно критичной форме высказываются предложения для законодателя[3]. Указывается, что если бы законодатель целенаправленно формулировал норму таким образом, чтобы предоставить простор для действий правоприменителя, то для этого достаточно было бы применить только одно из взаимозаменяемых средств: либо неопределенные правовые понятия, либо полномочия на свободу усмотрения правоприменителя. Однако использование этих инструментов вместе порождает серьезные проблемы в правоприменительной деятельности.

В заключение следует отметить, что проблемы административного усмотрения и неопределенных правовых понятий рассматриваются в науке административного права Германии в качестве наиболее серьезных, возникающих в правотворческой и правоприменительной деятельности. Их исследованию посвящено значительное количество научных работ, в учебной литературе эти вопросы освещаются наиболее подробно с приведением примеров из судебной практики, поскольку данные проблемы неизменно возникают перед юристами в их научном и практическом значении.

---

[1] Peine F.- J. Ibid. S.56.
[2] Ibid. S. 56.
[3] Ibid. S. 57.

N.A. Morozova

Comparison of experience in establishment of public responsibility for collective entities in Russian Federation and foreign countries

Н.А. Морозова

Сравнение опыта установления публичной ответственности коллективных субъектов в Российской Федерации и в зарубежных государствах

В статье проводится сравнение административной ответственности юридических лиц, существующей в Российской Федерации, и публичной ответственности коллективных субъектов, существующей в некоторых зарубежных странах, например, в США, Франции, Австралии, Китае.

In the article there is a comparison of administrative responsibility of organisations that is in RF and public responsibility of legal entity that are in many foreign countries, for example USA, France, China, Australia.

1. Общность конструкций административной ответственности юридических лиц в Российской Федерации и уголовной ответственности коллективных субъектов в праве зарубежных стран

Начиная с 2002 г. в Российской Федерации существует возможность привлечения юридических лиц к одной из разновидностей публичной ответственности – административной ответственности (ст.ст. 1.4, 2.1, 2.6 и иные Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ, КоАП)).

Публичная ответственность, традиционно противопоставляемая частноправовой ответственности[1], характеризуется следующими признаками, позволяющими различать эти виды ответственности, и одновременно являющимися основополагающими принципами, на которых строится данный вид ответственности: наступает перед государством в лице его органов; обычно носит карательный характер; наступает за совершение общественно опасного виновного проступка, причиняющего вред общественным интересам.

Публично-правовая ответственность может разделяться на уголовную и административную, как в российском праве, между которыми много общего – они используют одинаковые конструкции и основываются на одних и тех же принципах[2]. На родство данных видов ответственности указывает так же то, что административная ответственность традиционно трактуется как «предуголовная» ответственность[3]. В зарубежных государствах публично-правовая ответственность выступает в виде единой уголовной за правонарушения и проступки. В праве многих зарубежных государств отсутствует разделение деликтов на уголовные и административные, ответственность за совершение которых регламентируется нормами различных отраслей права, а все правонарушения разделяются на тяжкие, соответствующие преступлениям, и незначительные – правонарушения, и ответственность за их совершение наступает в разных размерах, назначается в разном порядке, но по нормам уголовного права[4]. Таким образом, публично-правовая ответственность

© Н.А. Морозова, 2008

Кандидат юридических наук, ст. преподаватель кафедры конституционного, административного и муниципального права ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, Senior lecturer of Siberian Federal University Law institute chair of constitutional, administrative and municipal law.

[1] См. об этом, напр.: Кислухин А.В. Виды юридической ответственности: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9; Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): Очерки теории и практики. М., 2001. С. 440.

[2] См. об этом, напр.: Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс (макроуровень). СПб., 2003. С. 431.

[3] См. об этом, напр.: Якуба О. М. Административная ответственность. М., 1972. С. 43.

[4] Так, например, в ФРГ деликты делятся на преступления и проступки (§ 12 Уголовного кодекса ФРГ. – М., 2000. С. 15; о том же: Серебрянникова А.В. Основные черты Уголовного кодекса ФРГ. М., 1999. С. 13). В Англии деликты делятся на государственную измену (treason), другие фелонии и мисдиминоры (Преступление и наказание в Ан-

юридических лиц, наступающая в России в качестве административной, во многом аналогична уголовной ответственности, к которой привлекаются юридические лица во многих зарубежных государствах[1]. Поэтому опыт установления уголовной ответственности коллективных образований за рубежом является полезным для российской правовой науки.

2. История публичной ответственности коллективных субъектов в зарубежных странах

Идея публичной ответственности объединений людей появилась очень давно. Публичная (уголовная или административная) ответственность коллективных субъектов неоднократно возникала в законодательстве различных стран, претерпевала значительные изменения и исчезала, после чего вновь появлялась. Характерная особенность развития идеи публичной ответственности коллективных субъектов заключается в том, что зачастую её закрепление в законодательстве происходило при отсутствии единства мнений представителей правовой науки этой страны не только по поводу регулирования тех или иных отдельных моментов, но и по поводу принципиальной необходимости и возможности её существования. Можно сказать, что во многом развитие теории публичной ответственности корпораций шло вслед за практикой, а именно вслед за законодательством – в странах континентальной системы права; либо вслед за прецедентами привлечения корпораций к публичной ответственности – в странах англосаксонского права.

При всех различиях между континентальной и англосаксонской правовыми системами развитие идеи публичной ответственности юридических лиц происходило в странах – представительницах этих систем права почти параллельно.

Французскому дореволюционному праву (революция 1789–1794 гг.) была известна уголовная ответственность некоторых сообществ[2]: различных ассоциаций, корпораций, университетских сообществ и городов в качестве особых объединений людей, проживающих на одной территории. Крупный ордонанс в области уголовного процесса, изданный в 1670 г., посвятил целый раздел наказанию сообществ, отдельно оговорив виды и порядок назначения наказаний городам. После Великой французской буржуазной революции уголовная ответственность коллективных образований официально была устранена, в УК Франции 1810 г. ничего не говорилось об ответственности юридических лиц. Однако при этом фактически эта ответственность косвенно предусматривалась многими другими уголовно-правовыми актами, например, Законом от 9 декабря 1905 г. об отделении церкви от государства, Законом от 19 июля 1934 г. о морской торговле, устанавливающей солидарную уголовную ответственность капитана корабля и собственника корабля, даже если последний являлся организацией. Некоторые законы напрямую закрепляли уголовную ответственность юридических лиц. Так, ст. 428 УК Франции 1810 г., отмененная в 1957 г., предусматривала ответственность за нарушение норм о собственности на литературное произведение, причем санкцию могли применить к «любой ассоциации артистов, демонстрирующей в своем театре драматическое произведение в нарушение законов и регламентов о праве собственности актеров»[3]. Были и другие законы, например Ордонанс от 5 мая 1945 г. об уголовном преследовании учреждений прессы, сотрудничавших с врагами

глии, США, Франции, ФРГ, Японии: Общая часть уголовного права. М., 1991. С. 19). Во Франции деликты делятся на преступления, правонарушения и полицейские нарушения (каждый из этих видов имеет подклассы) (Там же. С. 57). В США существует подразделение деликтов на преступления и нарушения. Первые, в свою очередь, делятся на фелонии, мисдиминоры, малые мисдиминоры. Правонарушения – наиболее мелкие деликты, они могут повлечь штраф или до 5 дней ареста (по УК штата Нью-Йорк) (Там же. С. 138–139). В Японии уголовно наказуемые деяния делятся на тяжкие, менее тяжкие деяния и полицейские деликты (Там же. С. 228). Полицейские деликты во всех этих случаях можно рассматривать как аналог административных правонарушений. Наказания за совершение полицейских деликтов назначается, в отличие от более тяжких деяний, во внесудебном (административном, полицейском) порядке.

[1] Более того, формирование института административной ответственности юридических лиц в российском праве дает возможность многим авторам всерьез говорить и об уголовной ответственности юридических лиц, поскольку строится эта ответственность на тех же принципах, и если возможно первое, то возможно и второе. См., об этом, напр.: Юрмашев Р. Уголовная ответственность юридических лиц // Налоги. 2001. №1. С. 69–74; Кузнецов А.П., Гриб В.В. Актуальные проблемы юридической ответственности за нарушения в сфере экономической деятельности и налогообложения // Финансовое право. 2001. № 1. С. 54–64; Виноградова Е. Юридические лица должны нести ответственность за экологические преступления // Российская юстиция. 2001. № 8. С. 62; Голубев В.В. Уголовная ответственность юридического лица. Возможно ли? // Юридический консультант. 2000. № 6. С. 4–6; Волженкин Б.В. Уголовная ответственность юридических лиц. СПб., 1998; и другие.

[2] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 309.

[3] Крылова Е. Н. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 71.

в годы Второй мировой войны. Впоследствии положения этого Ордонанса были использованы при составлении проектов нового УК Франции и стали основой института уголовной ответственности юридических лиц.

В государствах, принадлежащих к так называемой семье «общего права» (например, Англии, Канаде, США), путь становления уголовной ответственности юридических лиц был не менее сложным и не всегда однозначным[1]. В основу уголовной ответственности коллективных образований были положены естественным образом развившиеся уголовно-правовые принципы и институты этих государств.

В США уголовная ответственность юридических лиц устанавливалась, например, Законом о торговле между штатами 1887 г. и антитрестовским уголовным Законом Шермана 1890 г.[2]

В английском праве попытки ведения уголовной ответственности юридических лиц были предприняты в середине XIX в. Однако составленный по поручению лорда-канцлера и генерального атторнея проект уголовного кодекса не стал предметом рассмотрения в Парламенте[3].

Приведенные примеры представляют собой единичные случаи введения законодателем в той или иной форме уголовной ответственности сообществ, призванные проиллюстрировать факт существования публичной ответственности коллективных субъектов в праве зарубежных стран в течение долгого времени. Исследователи отмечают крайнюю противоречивость норм, устанавливающих публичную ответственность коллективных субъектов, и непоследовательность их применения[4].

В середине XX в. вопрос о публичной, в частности уголовной, ответственности коллективных субъектов вновь получил большую популярность за рубежом. За период с 70-х по 90-е гг. большое количество стран ввело у себя уголовную ответственность юридических лиц. В настоящее время уголовная ответственность юридических лиц существует в следующих странах: Бельгии, Дании, Японии, Канаде, США, Южной Корее, Голландии, Норвегии, Австрии, Китае, Шотландии, Ирландии, Люксембурге, Дании и некоторых других стран[5].

Впрочем, установление законодателем возможности привлечения юридических лиц к ответственности встретило напряженное отношение со стороны правоприменительных органов тех стран, где была установлена такая ответственность. Так, после введения в действие нового УК Франции в течение восьми месяцев не было ни одного случая привлечения юридического лица к уголовной ответственности. Первое решение состоялось 9 мая 1995 г. К уголовной ответственности тогда были привлечены и физическое, и юридическое лицо, которые обвинялись в использовании нелегального труда. Второе решение было вынесено 3 ноября 1995 г. За неумышленное причинение ранений были осуждены два юридических лица, одно из которых соорудило строительные леса из некачественного материала, а второе не проконтролировало их пригодность, прежде чем разрешить своим рабочим их использование. В результате один из рабочих сорвался и получил многочисленные телесные повреждения. Третье решение было вынесено 8 ноября 1995 г. по делу, возбужденному по жалобе гражданской стороны. Оно касалось фальсификации товаров. По делу к уголовной ответственности было привлечено две ассоциации, правовой статус которых (юридическое или неюридическое лицо) стал предметом отдельного обсуждения. Во всех случаях юридическим лицам был назначен штраф[6]. Интересно то, что ни одно из этих решений не было обжаловано, хотя, как отмечали французские юристы, все они нуждались в усилении мотивировки, дополнительной аргументации.

Как отмечают исследователи, в американской судебной практике случаи привлечения корпораций к уголовной ответственности крайне редки[7]. Как правило, корпорации заключают сделку о признании вины или возмещают ущерб, чтобы избежать ответственности либо назначения тюремного заключения конкретным физическим лицам – служащим корпораций.

Таким образом, публичная, в частности уголовная, ответственность юридических лиц – почти повсеместное явление за рубежом, хотя конкретное правовое регулирование данного института в разных странах существенно отличается. Такое широкое распространение данного института сви-

---

[1] См. об этом, напр.: Никифоров Б.С., Решетников Ф. М. Современное американское уголовное право. М., 1990. С. 53.

[2] Никифоров А.С. Юридическое лицо как субъект преступления // Государство и право. 2000. № 8. С. 23.

[3] См. об этом: Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: Справочник. М., 1993. С. 33.

[4] Крылова Е.Н. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 72.

[5] Там же. С. 69.

[6] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 313–314.

[7] Крылова Н.Е., Серебрянникова А. В. Уголовное право современных зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии). М., 1997. С. 119.

детельствует о признанной необходимости публичной ответственности корпораций и о возможности решения, в принципе, всех вопросов, связанных с её установлением. Для российского права опыт зарубежных стран в установлении уголовной ответственности корпораций полезен, поскольку позволяет корректировать собственную законодательную и правоприменительную практику, исходя из уже сделанных зарубежными учеными выводов. Накопив же собственный опыт применения КоАП к юридическим лицам, то есть привлечения их к административной ответственности, можно сравнить его с зарубежными сделать выводы о возможных направлениях совершенствования законодательства Российской Федерации или, напротив, об успехах российской правовой науки.

3. Особенности регулирования некоторых элементов публичной ответственности коллективных субъектов в зарубежных странах в сравнении с российским опытом

3.1. Сфера применения публичной ответственности коллективных субъектов

Как правило, уголовная ответственность наступает за правонарушения в кредитной, хозяйственной сферах, в сфере налогообложения – то есть в тех сферах, с которыми традиционно связана деятельность юридического лица. Например, в Италии уголовная ответственность установлена за нарушения законодательства о свободе конкуренции. В Бельгии уголовная ответственность юридических лиц наступает за нарушения законодательства в сфере налогового, таможенного и сельскохозяйственного права. Однако в некоторых странах существует ответственность юридических лиц за все составы преступлений, которые есть в законодательстве этих стран. Так, например, в 1976 г. уголовная ответственность юридических лиц за все преступления была установлена в Нидерландах (с 1950 г. она наступала только за преступления, совершенные в деловой сфере), в 1982 г. – в Португалии, в 1992 г. – во Франции, в 1995 г. – в Финляндии, в 1997 г. уголовная ответственность юридических лиц, причем сразу за все преступления, была введена в Китае[1]. Уголовный кодекс Австралии устанавливает уголовную ответственность корпораций за совершение любого преступления (ч. 2 ст. 12.1 раздела 12 части 2.5 «Уголовная ответственность корпораций» УК Австралии)[2].

Во французском УК организации предусмотрены тоже в качестве субъектов таких преступлений, как преднамеренное убийство, сводничество, незаконный оборот наркотиков, террористические действия, в том числе преследующие не корыстные цели, а связанные с политической или религиозной деятельностью, поддержание связей с иностранным государством или иностранной организацией с целью вызвать военные действия против Франции, саботаж в политических целях и др. Как видим, не все указанные составы подразумевают получение денежной прибыли.

Законодательство США предусматривает многие сферы деятельности, где уголовная ответственность возлагается непосредственно на корпорации: поставка потребителям продуктов, опасных для жизни и здоровья, нарушение законодательства об охране окружающей природной среды и пр. Перечень преступлений, за которые корпорации могут быть привлечены к уголовной ответственности, все расширяется. Тем не менее считается, что некоторые преступления не могут совершаться корпорациями. Это бигамия, лжесвидетельствование, изнасилование и т.д. В то же время корпорации признаются могущими совершить убийство. В 1978 г. Генеральный атторней штата Индиана предъявил компании Форда обвинение в убийстве трех человек, сгоревших в автомобилях данной компании. Расследование показало, что руководство компании выпустило автомобиль этой марки в продажу, зная, что его бензобак расположен в опасном месте и может взорваться при столкновении. Это стало первым случаем в истории американского правосудия, когда корпорации было предъявлено обвинение в таком уголовном преступлении, как убийство. В свое время широкий общественный резонанс получило дело американской компании «Юнион Карбайд». Утечка токсичного газа с одного из его заводов в городе Бхопал (Индия) в ночь со 2 на 3 декабря 1984 года повлекла за собой смерть 4 тыс. людей и серьезные заболевания еще 50 тыс. жителей этого города. Компания была признана виновной в совершении тяжкого убийства.

В Российской Федерации юридические лица могут нести ответственность за нарушения почти во всех сферах, не только в сфере предпринимательской деятельности. Единственное исключение

[1] Крылова Н.Е. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 70.

[2] Уголовный кодекс Австралии 1995 г. – И.Д. Козочкин, Е.Н. Трикоз. СПб., 2002. С. 89.

составляют правонарушения, собранные в главе 21 КоАП «Административные правонарушения в области воинского учета», – их субъектами юридические лица быть не могут.

Практика свидетельствует, что юридические лица активно привлекаются к административной ответственности за очень разнообразные правонарушения, не только за нарушения в сфере предпринимательской деятельности. Можно сказать, что отечественный законодатель, выбрав установление «полной» ответственности юридических ли, то есть почти за все правонарушения, не ограничивая себя выборкой наиболее очевидных для совершения юридическими лицами, поступил верно. Так же можно сделать наблюдение, что правоприменители Российской Федерации боле активно используют предоставленные законом возможности, чем их зарубежные коллеги.

3.2. Правовое регулирование публичной ответственности коллективных субъектов

Как правило, положения о том, могут ли юридические лица быть привлечены к уголовной ответственности, содержатся в текстах нормативных актах. Однако в некоторых случаях непосредственно в тексте закона может не указываться, кто является субъектом ответственности – физическое или юридическое лицо. Тогда этот вопрос решается путем толкования закона или путем формирования практики его применения, которая со временем становится повсеместной. Так, в Великобритании Законом об интерпретации 1978 г[1]. было закреплено, что под «лицом», подлежащим ответственности за совершение статутного преступления, если иное прямо не предусмотрено законом, следует понимать и корпорацию. Примером одного из решений, где корпорация признается виновной в совершении преступления, ранее за аналогичные которому осуждались только физические лица, является решение Палаты лордов 1996 г.[2]. В соответствии с этим решением одна компания была признана виновной в нарушении обязанностей, возложенных на неё Законом о здоровье и безопасности на производстве 1974 г. Одной из статей этого Закона предусмотрено, что работодатель обязан организовать производство таким образом, чтобы избежать риска причинения вреда здоровью и безопасности любых лиц, находящихся на территории производства. В решении Палаты лордов было указано, что компания должна сама нести личную ответственность за невыполнение условий этого закона.

Такой подход к регулированию публичной ответственности представляется не самым удачным, поскольку оставляет очень много пространства для домыслов и толкований. В Великобритании имеются сложившиеся многовековые традиции доверия судебному прецеденту и формирования на их основе постоянного опыта правоприменения. В Российской Федерации таких традиций нет, в силу этого законодатель обоснованно выбрал способ прямого указания в тексте закона на то, субъектами каких нарушений являются юридические лица. В статьях Особенной части КоАП Российской Федерации либо в диспозиции, либо, что чаще встречается, в ее санкции указывается, кто является субъектом нарушения.

Статья 2.10 КоАП устанавливает общие положения об административной ответственности юридических лиц: юридические лица подлежат административной ответственности за совершение административных правонарушений в случаях, прямо предусмотренных статьями Особенной части КоАП или законами субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

В случае же, если в статьях других разделов не указано, что установленные данными статьями нормы применяются только к физическому лицу или только к юридическому лицу, данные нормы в равной мере действуют в отношении и физического, и юридического лица, за исключением случаев, если по смыслу данные нормы относятся и могут быть применены только к физическому лицу. На практике применение норм, в отношении которых законодатель не указал, к кому они применяются, отличается большим разнообразием[3]. В связи с этим представляется полезным если не на уровне закона, то на уровне судебной практики выработать единые подходы относительно возможности и особенностей применения тех или иных норм к разным субъектам.

---

[1] Interpretation Act 1978 (41 Statutes 213) / Приведено по: Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 45.

[2] Card, Cross and Jones. Op. cit. P. 688 (Associated Octel Ltd (1996) 4 All ER 846, HL) / Приведено по: Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 45.

[3] Ранее об этом: Морозова Н.А. Применение арбитражными судами обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, при привлечении к административной и налоговой ответственности субъектов предпринимательской деятельности // Споры с участием государственных органов / Н.М. Демидова. М.: Викор-Медиа, 2006. С. 32–58.

3.3. Определение коллективного субъекта как субъекта публичной ответственности

В Российской Федерации круг субъектов, которые могут понести административную ответственность, ограничен физическими лицами и юридическими лицами.

За рубежом в странах, где существует публичная ответственность коллективных субъектов, в число лиц, могущих понести ответственность, попадают не только «юридические лица».

Так, ст. 121-2 УК Франции закрепляет, что «юридические лица, за исключением государства, подлежат уголовной ответственности… Однако органы местного самоуправления, их объединения подлежат уголовной ответственности только за преступные деяния, совершенные при исполнении делегированных полномочий по общественной службе»[1]. То есть к ответственности могут быть привлечены как юридические лица частного права, занимающиеся коммерческой деятельностью (деятельностью, связанной с извлечением прибыли), так и те, деятельность которых не связана с извлечением прибыли; а также юридические лица публичного права – органы государственной власти и органы местного самоуправления, если они выполняют полномочия, делегированные органами государственной власти.

В США под «корпорацией», которая может понести уголовную ответственность, понимается любое юридическое лицо, за исключением тех учреждений, которые организованы или возглавляются органом правительства для выполнения правительственной программы[2]. Параграф 18 гл. 1 «Общие положения» Свода законов США закрепляет определение организации. В нем сказано: «Используемый в данном разделе термин «организация» означает какое-либо лицо, кроме физического лица»[3].

Пункт 7 § 10.10 статьи 10 «Определения» раздела А «Общие цели, правила толкования и терминология» Уголовного кодекса штата Нью-Йорк закрепляет, что термин «лицо» «означает человека, а в необходимых случаях – публичную или частную корпорацию, неинкорпорированное объединение, товарищество, правительство или правительственное учреждение»[4].

Согласно английскому праву к уголовной ответственности могут быть привлечены корпорации, такие как инкорпорированные компании, публичные корпорации или органы местного самоуправления[5].

Статья 30 УК Китайской Народной Республики определяет субъектов, подлежащих уголовной ответственности, как «компании, предприятия, организации, учреждения, коллективы, осуществляющие опасную для общества деятельность»[6]. То есть наличия статуса юридического лица не требуется – ответственность может понести и коллектив.

Таким образом, зарубежное законодательство предусматривает возможность привлечения к публичной ответственности коллективных субъектов как имеющих какой-либо организационный статус, так и не имеющих такового – просто коллективов.

В законодательстве об административной ответственности Российской Федерации субъект ответственности, как уже было сказано, определен как физическое или юридическое лицо. Юридические лица являются одним из видов коллективных субъектов административного права, отличающихся наличием формального признака – государственной регистрации в качестве юридического лица. То есть закон определяет, что иные коллективные субъекты, кроме юридических лиц, административную ответственность нести не могут.

Такое положение вещей может показаться не совсем справедливым, поскольку коллективные субъекты, не имеющие статуса юридических лиц, тоже могут вступать в административные правоотношения. Но за нарушение норм, регулирующих их отношения с государством, к ответственности они привлечены быть не могут. Тем не менее представляется, что это установление законодателя является разумным и имеет под собой рациональное обоснование, поскольку при привлечении таких субъектов к ответственности придется столкнуться с затруднениями организационного характера. Например, не ясно, каким образом подтверждать наличие полномочий у представителя организации, не являющейся юридическим лицом, каким образом исполнять назначенное наказание – поскольку ни расчетного счета, ни обособленного имущества она не имеет. А КоАП РФ предусматривает в основном имущественные санкции для юридических лиц.

---

[1] Уголовный кодекс Франции / Л.В. Головко, Е.Н. Крылова. СПб., 2002. С. 77.

[2] Малиновский А.А. Уголовное право зарубежных государств. М., 1998.

[3] Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): Сборник законодательных материалов / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 71.

[4] Там же. С. 100.

[5] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И.Д. Козочкин. М., 2001. С. 45.

[6] Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / А.И. Коробеев. Владивосток, 1999. С. 16.

Существуют и иные проблемы. Поэтому на данном этапе внесение в число субъектов административной ответственности коллективных субъектов, не являющихся юридическими лицами, представляется нецелесообразным. При нарушении этими организациями норм права лица, их составляющие, должны нести каждый персонифицированную ответственность.

3.4. Понятие и установление вины коллективного субъекта в совершении правонарушения

Наибольшее количество вопросов при введении административной ответственности юридических лиц в Российской Федерации связано с понятием вины юридического лица и с тем, как она должна устанавливаться[1].

Изучение зарубежной литературы свидетельствует о том, что в зарубежной науке этот вопрос был и остается одним из самых спорных. Однако зарубежные исследователи избегают использовать термин «вина» в отношении юридических лиц, поскольку он предполагает наличие субъективных, личностных качеств. Обычно в англоязычных работах используется латинский термин «mens rea», содержание которого несколько шире традиционно используемого в российской правовой науке понятия «вины» и означает «душевное состояние, необходимое для наступления уголовной ответственности»[2]. Данное понятие является техническим термином, употребляемым при необходимости указать на душевное состояние, прямо или косвенно выраженное в определении правонарушения[3]. Этот термин можно перевести дословно как «моральный элемент», «душевный элемент», «психологическая составляющая».

Такая замена носит не только терминологический характер. Вина в том понимании, как она традиционно трактуется в теории публичной ответственности Российской Федерации, в зарубежной теории в отношении юридических лиц практически не используется. В связи с неразрешимостью этой проблемы в теории зарубежный законодатель использует заменяющие конструкции.

В некоторых зарубежных странах существует возможность привлечения юридических лиц к публичной ответственности без их вины. Например, в США «возможно привлечение корпорации к уголовной ответственности за невиновное причинение вреда, известное как «институт строгой ответственности». Он предусматривает наступление уголовной ответственности уже за установленный факт преступного посягательства безотносительно к вине правонарушителя. Уголовные кодексы штатов Гавайи (ст. 231) и Кентукки (ст. 220) устанавливают «строгую ответственность» для всех посягательств, носящих характер нарушений»[4]. Однако таким образом определяется в США вина не всегда, а только в случаях, установленных законодателем. В остальных случаях вина подлежит установлению.

Кроме представленного варианта, в праве зарубежных стран существуют иные пути для обоснования ответственности юридического лица без установления его вины. Например, путем выделения перечня правонарушений, не требующих определения вины («презумпция минимальной виновности»). Или посредством дедуктивного вывода о вине корпорации из-за вины индивидуумов, ответственных за уголовно наказуемую деятельность. Еще одним способом является введение в законодательство положений о субсидиарной ответственности предприятий, а также установление специальной (безвиновной) ответственности за некоторые правонарушения, при которых налагается только денежное взыскание (Германия, Швеция, Португалия)[5].

Ряд международно-правовых актов допускают наложение взыскания на лицо, виновность которого не доказывается государственными органами, если при этом ему предоставляется возможность доказать свою невиновность[6].

---

[1] О субъективной стороне действий юридических лиц, о их воле см., напр.: Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 15; Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970, С. 231; Йоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 132–134; Агарков М. М. К вопросу о договорной ответственности // Вопросы советского гражданского права. М., 1945. С. 128; Смирнов В.Т. Обоснование деликтной ответственности юридических лиц // Проблемы гражданского и административного права. Л., 1962; Зражевская Т.Д. Ответственность по советскому государственному праву. Воронеж, 1980; Якуба О.М. Советское административное право (Общая часть). Киев, 1975; Минашкин А.В. Проблемы административной ответственности юридических лиц // Журнал российского права. 1998. № 7. С. 17.

[2] Уголовное право зарубежных государств. Общая часть / И. Д. Козочкин. М., 2001. С. 23.

[3] Там же. С. 28. При этом в законе для обозначения душевного состояния могут использоваться термины «с намерением», «неосторожно», «незаконно», «обманно», «бесчестно», «допуская», «разрешая».

[4] Юрмашев Р. Уголовная ответственность юридических лиц // Налоги. 2001. №1. С. 71.

[5] Там же. С. 71.

[6] См., напр.: Конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок. Заключена в Варшаве 12.10.1929 (ст. 16) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. VIII. М., 1935. С. 326–339; Конвенция о договоре международной дорожной пе-

В теории административного права Российской Федерации также нет единства в понимании того, что является виной юридического лица. Более того, долгое время не было даже единства в решении вопроса о том, надо ли закреплять вину в качестве элемента состава административного правонарушения, совершенного юридическим лицом.

Так, высказывалось мнение о том, что вина юридического лица в совершении правонарушения устанавливаться не должна. В гражданском праве эта теория была названа «теорией причинения»[1]. Сторонники этого подхода отрицали существование вины юридических лиц в совершении правонарушения, говоря о неприменимости к юридическим лицам классического понятия вины, сформулированного для физических лиц, как «отрицательное психическое отношение лица к социальным ценностям и нормам социального поведения»[2], «психическое отношение лица к своему противоправному поведению и его последствиям»[3], составными элементами которой являются интеллект и воля. В качестве основания ответственности ими была предложена идея «безвиновной ответственности», заимствованная из гражданского права, в основе которой лежит положение гражданского законодательства об ответственности без вины в случае причинения ущерба (глава 59 ГК РФ)[4] или ответственности за риск[5].

Наиболее последовательное воплощение в законодательстве России, существовавшем до момента принятия КоАП РФ, подход, согласно которому вина юридического лица в совершении правонарушения устанавливаться не должна, нашел в Таможенном кодексе РФ 1993 г.

Указанные положения старого Таможенного кодекса были подвергнуты критике[6]. В итоге положения Таможенного кодекса получили толкование, согласно которому нормы Таможенного кодекса не устанавливают ответственность без вины, а вводят презумпцию виновности[7], несмотря на то, что некоторыми авторами высказывалось несогласие с таким подходом[8].

Критике подвергалась и в целом точка зрения о том, что для привлечения к ответственности юридического лица его вина в совершении правонарушения устанавливаться не должна[9]. На необходимость установления вины юридического лица в совершении правонарушения неоднократно указывал Конституционный Суд РФ[10]. В результате этот вопрос был решен таким образом: без вины ответственность невозможна, для привлечения юридического лица к ответственности обязательно следует установить, была ли в его действиях вина. В этом плане законодательство Российской Федерации не восприняло зарубежный опыт и не стало пренебрегать общей теорией публичной ответственности.

Здесь неминуемо встает вопрос о том, что же понимать под виной юридического лица? Вина юридического лица определяется российскими исследователями по-разному: как производную от вины его должностного лица[11]; по аналогии с виной физического лица – как субъективное отношение к совершенному деянию и к наступившим последствиям, при этом вина рассматривается в формах умысла и неосторожности[12]; как коллективную вину лиц, его составляющих[13]; есть и иные точки зрения.

ревозки грузов (КДПГ/CVR). Заключена в г. Женеве 19.05.1956 (ст. 11) // Международные перевозки грузов. СПб., 1993. С. 21–40; Стандарты 5.2 и 5.3 Приложения к Конвенции по облегчению международного морского судоходства (FAL). Заключена в г. Лондоне 09.04.1965 // СПС КонсультантПлюс; Стандартное правило 25 приложения «Н» к нератифицированной Российской Федерацией Международной конвенции об упрощении и гармонизации таможенных процедур («Киотская конвенция»). Заключена в г. Киото 18.05.1973. Протокол об изменении от 26.06.1999 г. // СПС КонсультантПлюс.

[1] Мамутов В.К., Овсиенко В.В., Юдин В.Я. Предприятие и материальная ответственность. Киев, 1971. С. 29; Шор Л.М. Совершенствование договорно-правовых отношений в сфере материально-технического снабжения // Советское государство и право. 1973., № 1. С. 43–52; Варшавский К.М. Обязательства, возникшие вследствие причинения другому вреда. М., 1929. С. 74–89; Семенова А.Е. Обязательства, возникшие вследствие неосновательного обогащения, и обязательства, возникшие из причинения вреда. М., 1928. С. 20.

[2] См., напр.: Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. Саратов, 1987; Трухин А.И. Вина как субъективное основание уголовной ответственности. Красноярск, 1992.

[3] Энциклопедический юридический словарь / В.Е. Крутских. М., 1999. С. 40.

[4] Егизарова А. Ответственность за нарушения таможенных правил: понятие и состав // СПС КонсультантПлюс».

[5] Ойгензихт В.А. Проблемы риска в гражданском праве. Душанбе, 1972. С. 77, 216.

[6] См., напр.: Викторов И. Административная ответственность юридических лиц // Законность. 2001. №. 6. С. 21.

[7] По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса РФ в связи с запросом арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами ОАО «Автоваз» и ОАО «Комбинат «Североникель»: Постановление Конституционного Суда РФ от 27.04.2001 // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2409.

[8] Егизарова А. Ответственность за нарушения таможенных правил: понятие и состав // СПС КонсультантПлюс.

[9] См., например: Колесниченко Ю.Ю. Некоторые вопросы административной ответственности юридических лиц // Журнал российского права. 1999. № 10. С. 132.

[10] По жалобам граждан А.И. Косика и Т.Ш. Кенчхадзе на нарушение их конституционных прав положениями а. 6 ст. 6 и а. 2 ч. 1 ст. 7 Закона РФ « О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением»: Определение Конституционного Суда РФ от 14.12.2000 // СЗ РФ. 2001. № 3. Ст. 272.

[11] См., напр.: Викторов И. Указ. соч.

[12] См., напр..: Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право РФ. М., 1996. С. 278.

[13] См., напр.: Дымченко В.И. Административная ответственность организаций: Автореф. дис. … канд. юрид. наук.

Однако в КоАП ни один из этих подходов отражения в не нашел. КоАП РФ не дает понятия вины юридического лица, он лишь закрепляет правило её установления – перечисляет условия, при наличии которых вина юридического лица считается наличествующей (ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ).

Юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что:

1) у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность,

2) но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению.

Каждый из указанных вопросов должен исследоваться отдельно.

Таким образом, в российском праве существует четко прописанное правило определения вины юридического лица. Данное правило не позволяет различить формы вины (умысел и неосторожность), но позволяет четко отграничить виновные деяния от невиновных – это явствует из обстоятельств совершения нарушения и характеристики действий правонарушителя. Можно сказать, что в Российской Федерации сформировался подход, похожий на имеющийся в зарубежном праве, где виновность юридического лица означает социальную упречность его поведения[1]. Поведение лица заслуживает социального упрека в силу того, что оно противоправно, привело к нарушениям норм закона.

Однако при этом в Российской Федерации более точно отграничены ситуации, когда лицо не могло избежать совершения правонарушения в силу форс-мажорных обстоятельств или иных объективных обстоятельств, которые на тот момент носили характер неустранимых.

Таким образом, законодатель в Российской Федерации избрал свой, самостоятельный путь в установлении правил определения вины юридических лиц при привлечении их к административной ответственности. Возможно, что опыт Российской Федерации в этой части может быть рекомендован к изучению или восприятию зарубежными исследователями и законодателем.

3.5. Соотношение ответственности коллективного субъекта и ответственности его работников (должностных лиц)

Вторым по степени дискуссионности вопросом, обсуждаемым при установлении административной ответственности коллективных субъектов, являлся (и остается) вопрос о соотношении ответственности юридического лица и его должностного лица. Этот вопрос вытекает из простого здравого смысла: почти всегда можно указать конкретного человека, «чьими руками» нарушена норма права. Однако ответственность несет организация.

В большинстве стран, в том числе и в Российской Федерации, действует правило, согласно которому юридическое лицо и его работник несут ответственность одновременно.

В том, что за одно деяние, да еще и имеющее конкретного виновника, к ответственности привлекаются два лица, зарубежный законодатель и зарубежные исследователи никаких нарушений не видят. «В ст. 121-2 УК Франции определено, что ответственность юридического лица не исключает ответственности физического лица, «исполнителя или соучастника тех же самых действий». Российские юристы могут усмотреть здесь нарушение важнейшего принципа уголовного права: нельзя дважды наказывать за одно и то же. Французские юристы не видят никакого нарушения принципа в том, что вместе с юридическим лицом ответственность несет и непосредственный исполнитель преступного действия (бездействия). Например, в результате мошенничества одного из представителей банка, не являющегося его руководителем, банк получает крупную прибыль. При таких обстоятельствах вполне возможна совместная ответственность банка и его представителя – объективного исполнителя преступного деяния»[2]. Совместная ответственность юридических лиц и их работников существует также, например, в уголовном праве Китая. Статья 31 § 4 главы 2 Уголовного кодекса Китайской Народной Республики закрепляет: «Для организаций, совершающих преступления, назначается наказание в виде штрафа, однако непосредственные руководители и прочие напрямую ответственные работники, несут уголовную ответственность на общих основани-

Свердловск, 1983. С. 10; Колесниченко Ю.Ю. Некоторые вопросы административной ответственности юридических лиц // Журнал российского права. 1999. № 10. С. 134; Петров М.П. Административная ответственность организаций (юридических лиц): Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 13.

[1] Цит. по: Иванов Л. Административная ответственность юридических лиц // Российская юстиция. 2001. № 3. С. 21–23.

[2] Крылова Н.Е. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 75.

ях»[1]. УК штата Пенсильвания, США, в § 307 закрепляет, что привлечение корпорации к уголовной ответственности не исключает возможности осуждения за преступление представителя корпорации, действовавшего от её имени. При этом, если представитель корпорации осужден за преступление, совершенное корпорацией, он подлежит тому же наказанию, что и физическое лицо, осужденное за преступление той же степени[2].

В Российской Федерации правило, согласно которому юридическое лицо и его работник несут ответственность одновременно, закреплено в ч. 3 ст. 2.1 КоАП: «Назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо». Таким образом, практика Российской Федерации отвечает общемировым тенденциям в данной области.

Однако в мировой законодательной практике есть и иной подход к решению этой проблемы. Этот вариант основывается на том же принципе – действия работника рассматриваются как действия юридического лица, однако из этой посылки делается вывод, совершенно противоположный тому, который говорит о раздельной ответственности юридического лица и его работника. Отвечает только юридическое лицо, оно несет ответственность за действия своего работника. Ответственность должностных лиц наступает в порядке, предусмотренном внутренними нормативными актами юридического лица.

По этому принципу построена ответственность юридических лиц в некоторых зарубежных странах. «Так, в США теоретическим обоснованием уголовной ответственности корпораций за некоторые действия их персонала стала концепция «respondent superior» (пусть ответит старший), заимствованная из гражданского деликтного права, в соответствии с которой гражданин несет ответственность за действия своих агентов (представителей). В уголовном праве многих европейских государств используется заимствованная из гражданского права доктрина alter ego (второе «я»), согласно которой действия большинства служащих руководящего состава организации отождествляются с действиями самой корпорации (Франция, Англия, Уэльс, Нидерланды)»[3].

«В целом Европейское Сообщество позитивно относится к установлению уголовной ответственности юридических лиц. 20 октября 1988 года Комитетом министров стран – членов Совета Европы были приняты Рекомендации № 88 (18) по ответственности предприятий – юридических лиц за правонарушения, совершенные в ходе ведения ими хозяйственной деятельности. Приложение к Рекомендациям № R88 (18) указывает, что предприятие должно нести уголовную ответственность независимо от того, было ли идентифицировано то физическое лицо, чьи действия или бездействие имеют состав правонарушения»[4].

Такой же вариант решения вопроса о соотношении ответственности юридического лица и его работника в зарубежном законодательстве существует в Уголовном кодексе Австралии. Статья 12.2 УК Австралии содержит положение: «Если физический элемент преступления осуществлен служащим, агентом или чиновником корпорации, действующим в пределах фактической или очевидной сферы или её служебных обязанностей либо фактической или очевидной сферы его или её компетенции, то такой физический элемент должен быть приписан данной корпорации». А ч. 1 ст. 12.3 говорит: «Если умысел, преступное знание или неосторожность являются элементом вины применительно к физическому элементу преступления, то такой элемент вины должен быть приписан корпорации». Аналогичным образом определяется и неосторожная форма вины корпорации в совершении правонарушения (ч. 1 ст. 12.4 Уголовного кодекса Австралии 1995 г.)[5]. То есть и объективный, и субъективный элемент правонарушения юридического лица определяются по элементам правонарушения, совершенного физическим лицом, и приписываются юридическому лицу.

При любом из вариантов – совместной ответственности или ответственности только юридического лица возникает много теоретических и практических проблем: юридическое лицо отвечает за действия любого своего работника или только руководителей; до каких пределов юридическое лицо отвечает за действия своего работника; следует ли устанавливать соучастие в деятельности этих лиц; и другое. В странах зарубежного права по-разному отвечают на эти вопросы.

---

[1] Уголовный кодекс КНР / А.И. Коробеев. Владивосток, 1999. С. 16.
[2] Малиновский А.А. Уголовное право зарубежных государств. М., 1998.
[3] Юрмашев Р. Уголовная ответственность юридических лиц // Налоги. 2001. № 1. С. 70.
[4] Там же. С. 72.
[5] Уголовный кодекс Австралии 1995 г. / И.Д. Козочкин, Е.Н. Трикоз. СПб., С. 88.

Например, во Франции одновременная ответственность юридического лица и его работника объясняется именно **соучастием**. «Ответственность (юридического лица. – М.Н.) за действия другого является в действительности его личной виной либо потому, что лицо нарушило обязанность надзора за объективным исполнителем преступного деяния, либо потому, что само лицо – косвенный исполнитель преступного деяния»[1]. Как видим, при этом предполагается, что юридическое и должностное лицо являются соисполнителями, где юридическое лицо – косвенный исполнитель, а должностное лицо – объективный исполнитель. Впрочем, в российском праве нет таких видов соисполнительства, что лишает конкретно эти приведенные аргументы, высказанные за рубежом, возможности быть примененными к российскому праву.

В зарубежном праве, в тех странах, где существует одновременно ответственность юридических и должностных лиц, выработано несколько **условий**, при которых юридическое лицо несет ответственность за то, что его работник совершил правонарушение.

В США в начале XX в. Конгрессом был принят Акт Елкинса, в соответствии с которым действие или бездействие служащего корпорации, действующего в рамках своих должностных полномочий, считается действием или бездействием самой корпорации. Для привлечения корпорации к уголовной ответственности необходимо одновременное наличие следующих условий:

1) чтобы агент корпорации совершил действия в здравом состоянии рассудка;

2) агент не должен выходить за рамки своих полномочий;

3) агент должен намереваться принести пользу корпорации.

«Большинство штатов придерживаются правила наступления ответственности физического лица за действия, совершенные в интересах корпорации, как если бы оно действовало в собственных целях (например, параграф 20.20 УК штата Нью-Йорк)»[2].

Во Франции «ответственность юридических лиц, согласно УК Франции, обусловлена наличием двух обстоятельств: преступное деяние должно быть совершено, во-первых, в пользу юридического лица и, во вторых, его руководителем или представителем»[3]. При отсутствии одного из этих условий ответственность несет должностное лицо. В теории уголовного права Франции была также выработана модель, когда организация несет ответственность за действия любого своего работника, а не только представителя. Но законодательного закрепления она не получила. Хотя в некоторых странах эта идея нашла свое воплощение. Например, «в Нидерландах уголовной ответственности юридических лиц посвящена ст. 51 УК. Корпорация несет ответственность, если она контролирует действия своих сотрудников»[4].

«В Германии субъектами уголовной ответственности являются физические лица. Вместе с тем в последние годы из общего правила появилось одно исключение: в качестве меры уголовной ответственности к организациям может быть применен штраф, если противоправные действия руководителя или представителя компании приносят (или имели целью принести) финансовую выгоду компании, а также при отсутствии должного контроля со стороны руководителей»[5].

В Уголовном кодексе Австралии предложена следующая формулировка условия, при котором организация несет ответственность за действия своего работника: «если физический элемент преступления осуществлен служащим агентом или чиновником корпорации, действующим в пределах фактической или очевидной сферы или её служебных обязанностей либо фактической или очевидной сферы его или её компетенции»[6]. Компетенция при этом обозначается не только как установленная, но и как подразумеваемая. Пункт b ч. 4 ст. 12.3 УК Австралии, конкретизируя критерии, по которым определяется, когда корпорация несет ответственность за действия своего представителя, говорит о случаях, когда «служащий, агент или чиновник корпорации, который совершил данное преступление, уверен на разумных основаниях или испытывал разумное ожидание, что руководитель корпорации уполномочит или разрешит совершение данного преступления».

Следует согласиться с большинством выделенных критериев. Юридическое лицо должно нести ответственность в случае совершения правонарушения его работником, если своими действиями работник намеревался принести пользу организации. Следовательно, если действия работника были направлены во вред юридическому лицу, то юридическое лицо не должно нести ответственность.

---

[1] Цит. по: Крылова Н.Е. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 75.

[2] Юрмашев Р. Уголовная ответственность юридических лиц // Налоги. 2001. № 1. С. 71.

[3] Крылова Н.Е. Уголовная ответственность юридических лиц во Франции: предпосылки возникновения и основные черты // Вестник Московского Университета. Серия 11. Право. 1998. № 3. С. 61–71.

[4] Юрмашев Р. Уголовная ответственность юридических лиц // Налоги. 2001. № 1. С. 72.

[5] Там же. С. 72.

[6] Уголовный кодекс Австралии 1995 года / И.Д. Козочкин, Е.Н. Трикоз. СПб., 2002. С. 88.

Работник, в случае совершения правонарушения которым к ответственности за допущение этого правонарушения будет привлечено юридическое лицо, должен совершать свои действия, находясь в здравом состоянии рассудка, быть вменяемым в момент совершения правонарушения.

Работник организации, при совершении которым правонарушения становится возможным и привлечение к ответственности юридического лица, должен действовать в пределах своих полномочий. Юридическое лицо не может нести ответственность за действия своего работника, совершенные вне пределов его компетенции (должностных обязанностей) или с их нарушением – поскольку при этом работник действует вне пределов своих служебных взаимосвязей. Юридическое лицо не может нести ответственность за те правонарушения, которые его работник совершил как частное лицо, – нарушения правил дорожного движения, мелкое хулиганство и др.

Все указанные критерии представляются справедливыми, однако в законодательстве Российской Федерации они не нашли своего отражения. В этом аспекте нам следует внимательно изучить иностранный опыт и использовать выделенные критерии в законодательстве или в судебной практике.

Что касается вопроса о том, за действия любого работника или только руководителя должно отвечать юридическое лицо, есть несколько подходов.

В Российской Федерации юридическое лицо несет ответственность за действия любого своего работника – руководителя, иных должностных лиц, просто работников, а в некоторых случаях – и лиц, которые не состояли в трудовых отношениях[1].

В зарубежной практике существуют другие подходы к решению этого вопроса. Так, по уголовному праву США, где юридическое лицо и его работник привлекаются к ответственности совместно, корпорация может быть осуждена, если «совершение преступления было разрешено, потребовано, приказано, исполнено либо допущено по небрежности советом директоров или высшим представителем управления, действующим от имени корпорации в пределах своей должностной компетенции»[2]. То есть речь идет только о высших должностных лицах. Такой подход имеет отрицательную сторону, делающую его использование нежелательным. Поскольку позволяет всем иным работникам юридического лица, кроме руководящих, избегать ответственности. В то же время некоторые правонарушения могут быть совершены не только руководящими работниками. Кроме того, руководящее лицо может поручить совершение определенных действий, образующих состав правонарушения, простому работнику, который ответственности не несет, и, таким образом, избежать ответственности самому.

Таким образом, в Российской Федерации используется получивший широкое распространение и в других странах мира принцип, согласно которому к ответственности за совершение правонарушения привлекаются и юридическое лицо, и его работник. При этом не требуется установления отношений соисполнительства между ними, как во Франции; юридическое лицо может быть привлечено к ответственности за действия любого своего работника, не только высших должностных лиц, как в США. Регулирование этих вопросов так, как оно закреплено в российском праве, представляется более удачным и соответствующим нашим правовым реалиям, чем перечисленные зарубежные варианты. Но, к сожалению, в Российской Федерации не выделены и не закреплены критерии совместной ответственности указанных лиц – то есть те условия, при наличии которых юридическое лицо несет ответственность за действия своего работника. К ним относятся:

– действие работника в здравом состоянии рассудка,

– намерение работника своими действиями принести пользу юридическому лицу,

– деятельность работника в пределах своих полномочий.

Представляется, что в этой части зарубежный опыт мог бы быть полезен для российского права.

---

[1] Например, ККМ не была применена лицом, не являющимся работником юридического лица, но находившимся в торговом зале. Разбирая возникший спор по жалобе ООО «Б.» к ИМНС по Советскому району г. Красноярска о привлечении к ответственности, в решении суд указал: «заявителем не представлены доказательства, подтверждающие принятие мер по недопущению к использованию ККМ и реализации товаров посторонними лицами. … В момент контрольного закупа гр. М. (которая не выбила чек на ККМ, потому что якобы не умела ей пользоваться, а продавец отлучился) находилась в торговом зале заявителя, в отсутствие работников заявителя, имела доступ к товарам и ККМ, в связи с чем суд приходит к выводу о том, что гр. М. действовала от имени заявителя» ((дело № А33-12097/02-с3к // Архив Арбитражного суда Красноярского края) по жалобе ООО «П.» на постановление, вынесенное налоговой инспекцией по Советскому району г. Красноярска о привлечении к ответственности за правонарушение, выразившееся в неприменении ККМ). Однако тем же судом при аналогичных условиях было принято прямо противоположное решение: суд не принял доводы юридического лица о том, что по условиям договора продавец был обязан применять ККМ ((дело № А33-12098/02-с3 // Архив арбитражного суда Красноярского края) по жалобе ООО «П.» на постановление, вынесенное налоговой инспекцией по Советскому району г. Красноярска о привлечении к ответственности за правонарушение, выразившееся в неприменении ККМ).

[2] Малиновский А.А. Уголовное право зарубежных государств. М., 1998. С. 22.

S.V. Chechelev

Voting qualifications in constitutional legislation of the USA states

С.В. Чечелев

Избирательные цензы в конституционном законодательстве штатов США

Данная статья посвящена анализу избирательных цензов в конституциях штатов США. Анализ текстов 42 конституций, взятых на официальных страницах штатов в сети Интернет, проводился по критериям возрастного ценза, оседлости и гражданства как для активного избирательного права, так и пассивного на выборах в обе палаты легислатур штатов и на пост губернатора.

This article deals with the analysis of the modern voting qualifications in the USA states' constitutions . Analysis of 42 constitutions presented on the official internet sites of the states was conducted on the basis of several factors: age, settled life and citizenship both for active right to elect and for passive right to be elected on the elections to the two houses of state's legislatures and elections of the state's governor.

С самого момента возникновения и развития США избирательное законодательство, как общефедеральное, так и в отдельных его штатах, развивалось как цензовое. Известно, что сама федеральная конституция содержала только цензы для пассивного избирательного права для кандидатов на пост президента США, сенаторов и членов Палаты представителей Конгресса США. Возрастной ценз установлен конституцией США для президента в 35 лет (раздел 1 ст. II), для сенатора в 30 лет (раздел 3 ст. 1), а для члена нижней палаты – в 25 лет (раздел 2 ст.1). Цензы гражданства также установлены соответствующими разделами конституции: семь лет – для члена Палаты представителей, 9 лет – для сенатора и наличие гражданства по рождению для президента. Кроме того, все конгрессмены должны были быть на момент выборов жителями соответствующего штата, а президент – проживать в США не менее 14 лет. Ценз для активного избирательного права конституция не установила, указав в разделе 2 ст. 1, что избиратели в каждом штате должны отвечать требованиям, предъявляемым к избирателям наиболее многочисленной палаты легислатуры штата. Однако в принятых к конституции США поправках содержится ряд важных цензовых условий, значительно демократизировавших федеральную избирательную систему. Так, поправка XX, ратифицированная в августе 1920 г., запрещала дискриминацию на выборах в связи с полом. Справедливости ради нужно отметить, что к тому времени женщины уже имели право голоса в некоторых штатах и уже были женщины – члены легислатур штатов и даже федерального конгресса. XXIV поправка (ратифицирована в январе 1964 г.) запретила ограничивать право голоса уплатой какого-либо налога. Ещё один из традиционных цензов – ценз грамотности был отменён законами о гражданских правах 1965 и 1970 гг. К тому моменту такой ценз существовал в 12 штатах. XXVI поправка (ратифицирована в июле 1971 г.) снижала возрастной ценз до 18 лет. До этого момента подобный возрастной ценз существовал только в 2 штатах, а в 46 штатах возрастной ценз для участия в выборах равнялся возрасту совершеннолетия и составлял 21 год. Другое изменение касалось ценза гражданства. В начале XX в. возможность участия в выборах имелась и у иностранных граждан: для этого они должны были подать заявление о приобретении гражданства и быть официально зарегистрированными. После иммиграционных законов 1921 и 1924 гг. предоставление политических прав иммигрантам до обретения ими статуса гражданина США было исключено.

Существенные изменения претерпело и избирательное законодательство отдельных штатов. Так, уже в XIX в. практически из всех конституций исчезло требование имущественного ценза, затем в конце XIX – начале XX в. избирательные права получили женщины. Позже последовательно снижались возрастной ценз и ценз оседлости как активного, так и пассивного избирательного права.

В качестве примера подобных изменений можно привести соответствующие положения конституции штата Вашингтон. Принятая в 1910 г. поправка к разделу 3 ст. 6 конституции штата

© С.В. Чечелев, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Омсксого гос. университета.
Candidate of legal sciences, associate professor of Omsk State University chair of theory and history of state and law.

1859 г. предусматривала возрастной ценз для избирателей в 21 год, ценз оседлости – не менее года проживания в пределах США и не менее 90 дней – в избирательном округе и не менее 30 дней – в городе или местечке. Кроме того, предусматривалось, чтобы избиратель мог писать по-английски. Также особо оговаривалось, что не могли быть избирателями не платившие налогов индейцы. Новая поправка к этому разделу (№ 74), принятая в 1974 г., установила 18-летний возрастной ценз и 30-дневный срок проживания в избирательном округе к моменту выборов[1].

На основании проведённого автором анализа конституций 42 штатов США нынешнее состояние избирательных цензов в конституционном законодательстве отдельных штатов можно представить в следующем виде.

Активное избирательное право. После исключения из конституций штатов требований цензов грамотности, налогового и пр. к оставшимся можно отнести два: возрастной ценз и ценз оседлости, которые на сегодняшний день содержатся в конституциях почти всех штатов. В этом плане конституции штатов условно можно разбить на "новые" и "старые". В "новых", то есть принятых уже после ратификации XXVI поправки, установившей 18-летний ценз для участия в выборах, соответствующее положение находится прямо в тексте конституции (конституция Монтаны 1973 г. (раздел 2 ст. 2). В ряде конституций соответствущие поправки были приняты позже (например, в Иллинойсе (раздел 1 ст. 3 редакции 1988 г .)[2].

Конституции некоторых штатов более консервативны. В них по-прежнему содержатся нормы о 21-летнем возрасте получения права голоса (Пенсильвания[3], Айова[4], Мичиган[5]). Однако в официально опубликованных тексах конституций после соответствующего раздела имеется ссылка на XXVI поправку к конституции США, фактически меняющую содержание соответствующей нормы конституции каждого из этих штатов.

В отношении ценза оседлости конституции штатов не столь едины. В конституциях некоторых штатов не содержатся вообще положения о каком-либо сроке проживания на территории штата и (или) графства (округа), необходимом для получения избирательного права (Северная Каролина, Монтана, Айдахо, Аризона, Северная Дакота, Небраска, Техас, Висконсин, Оклахома, Калифорния, Вермонт, Виржиния, Коннектикут, Огайо, Мэриленд).

В конституциях некоторых штатов содержатся нормы, отсылающие к отдельному закону (Аризона[6], Джорджия[7]).

Другая довольно большая группа штатов устанавливает 30-дневный срок с момента постоянного проживания в штате или округе (или регистрации в качестве избирателя): Род-Айленд, Западная Вирджиния, Нью-Йорк, Нью-Джерси, Аляска, Вашингтон, Юта, Иллинойс, Индиана, Минессота, Миссури).

Двадцатидневный срок установлен законодателями Орегона (раздел 22 конституции 1859 г.)[8]

В ряде штатов установлены более длительные сроки – 6 месяцев (Массачусетс[9], Мичиган) или даже один год (Гавайи[10]).

В некоторых штатах установлены разные цензы оседлости. Так, конституция Делавера требует от избирателя годичный срок проживания в штате, 3-х месячный – для графства и 30-дневный – для избирательного округа (раздел 2 ст. 5)[11]. В конституции Арканзаса установлен годичный срок для штата, 6-месячный для графства и месячный – для округа (раздел 1 ст. 3)[12]. Схожее положение в конституции штата Кентукки (год для штата, 6 месяцев для графства (раздел 145))[13]. В Неваде срок для проживания в штате – 6 месяцев, в округе – 30 дней[14]. Законодательство Айовы также установило 6-месячный срок для штата и 60-дневный для графства (раздел 1 ст. 2)[15]. В Пенсильвании необходим 90-дневный стаж проживания в штате и 60-дневный для проживания в избирательном округе[16].

---

1 http://www1.leg.wa.gov/LawsAndAgencyRules/Constitution.htm
2 http://www.ilga.gov/commission/lrb/con3.htm
3 http://members.aol.com/StatutesPA/Constitution.html
4 http://www.legis.state.ia.us/Constitution.html
5 http://www.legislature.mi.gov/(S(mbk5ne55p3oj1a2jgxfgi2uf))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-Constitution-II
6 http://www.azleg.state.az.us/Constitution.asp
7 http://www.cviog.uga.edu/Projects/gainfo/contoc.htm
8 http://bluebook.state.or.us/state/constitution/constitution.htm
9 http://www.state.ma.us/legis/const.htm
10 http://www.hawaii.gov/lrb/con/
11 http://www.state.de.us/facts/constit/welcome.htm
12 http://www.arkleg.state.ar.us/data/constitution/ArkansasConstitution1874.pdf
13 http://www.lrc.state.ky.us/Legresou/Constitu/intro.htm
14 http://www.leg.state.nv.us/Const/NVConst.html
15 http://www.legis.state.ia.us/Constitution.html
16 http://members.aol.com/StatutesPA/Constitution.html

Таким образом, ни в одном штате ценз оседлости не превышает одного года. А шесть месяцев и более ценз проживания на территории штата установлен только в конституциях восьми из сорока двух рассмотренных нами штатов.

Предусмотрен в конституциях и ценз гражданства. В подавляющем большинстве от избирателей требуется лишь быть гражданами США на момент выборов, и только некоторые требуют наличия некоторого символического срока пребывания в гражданстве страны. Так. конституция Пенсильвании требует месячного ценза гражданства (раздел 1 ст. 7), а основной закон штата Миннесота – трёхмесячного (раздел 1 ст. 7)[1].

Гораздо более разнообразны требования конституционного законодательства к цензам *пассивного избирательного права*. Прежде всего, рассмотрим их на примере депутатов легислатур штатов. Из рассмотренных нами конституций только в Небраске существует однопалатная легислатура. В остальных легислатурах есть две палаты, как правило, палата представителей и сенат. В ряде штатов конституционное законодательство предъявляет к законодателям обеих палат одинаковые цензовые требования. В других имеется определённое отличие, главным образом в возрасте и цензе оседлости.

Во многих штатах закон не предъявляет особых требований к возрасту депутатов, устанавливая его прямо или по умолчанию в соответствии с нормами активного избирательного права. Так ситуация обстоит в конституциях Висконсина[2], Северной Дакоты[3], Миннесоты, Северной Каролины (для Палаты представителей Генеральной ассамблеи)[4], Вашингтона, Орегона, Калифорнии[5], Невады, Юты[6], Монтаны[7], Айдахо[8], Вермонта[9], Род-Айленда[10], Западной Вирджинии[11], Нью-Йорка.

Почти все остальные штаты установили для членов нижней палаты возрастной ценз в 21 год (Оклахома[12], Техас, Южная Каролина[13] и др.) Более высокий ценз для законодателей нижней палаты легислатуры – 24 года установлен конституциями штатов Делавер, Миссури[14] и Кентукки.

Для верхних палат легислатур конституции некоторых штатов установили ценз в 21 год (Гавайи, Флорида[15], Мичиган). 12 штатов в своих конституциях установили 25-летний ценз (Южная и Северная Каролина, Оклахома, Пенсильвания и др.). В Делавере для сенатора штата предусмотрен 27-летний минимальный возраст, а в Техасе – 26-летний[16]. Ещё четыре штата установили 30-летний возрастной ценз для сенаторов (Нью-Гемпшир[17], Кентукки, Миссури и Нью-Джерси[18]).

Различен и подход конституций штатов к определению ценза оседлости. В некоторых штатах он вообще отсутствует, как, например, в Вермонте, Род-Айленде, Оклахоме, Южной Каролине и др.).

Некоторые конституции устанавливают его на относительно невысоком уровне. Так, в Мэриленде[19], Огайо[20] и ещё 11 штатах установлен годичный срок проживания в штате либо округе.

Зачастую конституционно установлены различные сроки для проживания в штате и округе. Так, современная редакция конституции Миннесоты 1857 г. устанавливает для получения пассивного избирательного права годичный срок проживания в штате и 6-месячный – в избирательном округе. Ряд штатов, таких как Индиана (для обеих палат)[21], Иллинойс (для нижней палаты), установили срок проживания в штате 2 года, а срок требуемой оседлости для проживания в округе или графстве – в 1 год.

Как правило, многие конституции наряду с более высоким возрастным цензом для сенатора штата установили и более высокий ценз оседлости.

---

1 http://www.house.leg.state.mn.us/cco/rules/mncon/Article7.htm
2 http://www.legis.state.wi.us/rsb/2wiscon.html
3 http://www.legis.nd.gov/constitution/const.pdf
4 http://statelibrary.dcr.state.nc.us/nc/stgovt/article_vi.HTM
5 http://www.leginfo.ca.gov/const.html
6 http://www.le.state.ut.us/%7Ecode/const/const.htm
7 http://leg.mt.gov/css/Laws%20and%20Constitution/Current%20Constitution.asp
8 http://www3.state.id.us/idstat/const/constTOC.html
9 http://www.leg.state.vt.us/statutes/const2.htm
10 http://www.rilin.state.ri.us/RiConstitution/C03.html
11 http://www.legis.state.wv.us/WVCODE/WV_CON.cfm
12 http://oklegal.onenet.net/okcon/V.html
13 http://www.scstatehouse.net/scconstitution/a03.htm
14 http://www.moga.mo.gov/const/moconstn.htm
15 http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Mode=Constitution&Submenu=3&Tab=statutes
16 http://tlo2.tlc.state.tx.us/txconst/articles/cn000300.html
17 http://www.nh.gov/constitution/constitution.html
18 http://www.njleg.state.nj.us/lawsconstitution/constitution.asp
19 http://www.msa.md.gov/msa/mdmanual/43const/html/01art1.html
20 http://www.legislature.state.oh.us/constitution.cfm?Part=5
21 http://www.state.in.us/legislative/ic/code/const/

Так, конституционное законодательство штата Нью-Джерси требует от сенатора штата 4-летнего срока проживания в штате, а от члена нижней палаты – только 2-летнего (§ 2 раздела 1 ст. 4). Более высокий ценз установлен в Нью-Йорке – 5 лет (§ 7 ст. 3)[1]. Аналогичная норма содержится в конституциях Массачусетса (раздел 2 ст. 101) и Техаса (раздел 6 ст. 3). Самый высокий ценз предусмотрен в основном законе Нью-Гемпшира – 7 лет проживания в штате и избирательном округе (ст. 14). Таким образом, наивысшие цензы предусмотрены в основном конституциями штатов Новой Англии и Техаса, то есть более "консервативными" штатами "старой" части Соединённых Штатов.

Не менее интересным представляется анализ цензов для избрания исполнительных органов власти штатов. Однако ввиду многочисленности избираемых должностных лиц штатов (губернатор, лейтенант-губернатор, генеральный казначей, атторней штата, секретарь и т.д.) представляется целесообразным остановиться на цензах для губернатора как главе исполнительной власти штата. Кроме того, большинство цензов для всех упомянутых должностных лиц, как правило, совпадают.

Основные цензы для губернатора, предусмотренные конституциями штатов: возрастной и оседлости. Первый, как правило, довольно высок и находится либо на одном уровне с аналогичным цензом для сенаторов легислатуры штата, либо ещё выше. Обычная норма, установленная в большинстве конституций, – 30 лет (в 24 из 40 штатов). В четырех штатах Среднего и Дальнего Запада конституционная норма принята в размере 25 лет (Монтана, Миннесота, Иллинойс, Аризона[2]).

Конституция штата Коннектикут закрепляет, что любой житель штата, имеющий избирательные права, может быть избран в любой офис штата (то есть на любое выборное место в исполнительной власти штата, включая губернаторский пост (раздел 3 ст. 15)[3]. В конституции Висконсина указано на то, что губернатором может быть гражданин США и квалифицированный избиратель штата (раздел 2 ст. 5).

Многие конституции не содержат отдельного указания на возрастной ценз для губернатора. В их число входят основные законы штатов Вашингтон, Вермонт, Род-Айленд, Массачусетс, Пенсильвания.

Ценз оседлости также в ряде конституций не установлен, например, в конституции штата Висконсин. Там же, где ценз оседлости существует, он может быть относительно невысоким и составлять год, как в Миннесоте и Виржинии, два года – как в Монтане, Айове, Северной Каролине, Айдахо, три – как в Иллинойсе, Орегоне. В большинстве конституций штатов существует норма в пять лет проживания в штате (15 штатов). Некоторые штаты предусмотрели ещё большие сроки – 6 лет (Джорджия, Делавер), 7 лет (Нью-Джерси, Массачусетс, Нью-Гемпшир, Флорида, Арканзас, Аляска). Наибольший срок постоянного проживания в штате предусматривает конституция Миссури – 10 лет (раздел 3 ст. 4).

Помимо ценза оседлости законодательство ряда субъектов США устанавливает ценз американского гражданства для кандидатов на должность губернатора. Так, в Техасе и Южной Каролине он составляет 5 лет, на Аляске – 7 (ст. 3.2)[4], в Аризоне – 10 (раздел 2 ст. 5), в Делавере (§ 6 ст. 3) и соседнем Нью-Джерси (§ 2 раздел 1 ст. 5) – 12, в Миссури (раздел 3 ст. 4) и Джорджии (§ 4 раздел 1 ст. 5) – 15 лет.

Таким образом, современное конституционное законодательство штатов США в вопросе относительно цензов активного и пассивного избирательного права на выборах в собственные законодательные и исполнительные органы власти, а попутно и в федеральные органы власти при всём своем многообразии ориентируется на федеральное конституционное законодательство, историческую традицию и современные демократические нормы и принципы права.

Так, активное избирательное право либо вовсе не имеет, либо в минимальной степени содержит требования ценза оседлости для избирателей и составляет, как правило, 30 дней. Только в 8 конституциях (из 42) он равен 6 месяцам и 1 году.

В отношении пассивного избирательного права конституции штатов более разнообразны: спектр цензов колеблется по возрасту – от 18 до 30 лет, оседлости – от нуля до 10 лет (для губернатора штата Миссури). Некоторые конституции содержат и ценз гражданства – от нуля до 15 лет.

Достаточно сложным представляется сделать выводы относительно зависимости наличия цензов и их размера от географического расположения штатов. Очевидно, что эти цензы определяются довольно большим количеством факторов – временем принятия конституции и соответствующих поправок к ней, правовыми традициями и правовыми заимствованиями и т.д. Но в самом грубом приближении стоит отметить, что более высокие избирательные цензы являются в штатах Юга, более низкие – на Севере и относительно умеренные – на Западе США.

[1] http://www.dos.state.ny.us/info/pdfs/cons2004.pdf
[2] http://www.azleg.state.az.us/Constitution.asp?Article=5
[3] http://www.sots.state.ct.us/RegisterManual/SectionI/ctconstit.htm
[4] http://ltgov.state.ak.us/constitution.php

Раздел VI

Сравнительно-правовые исследования институтов уголовного права и уголовного процесса

Frieder Dunkel

Jugendstrafrecht im europaischen Verleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarast

Ф. Дюнкель

Уголовное право по делам несовершеннолетних европейских стран в свете актуальных рекомендаций Совета Европы

Статья посвящена сравнительному анализу уголовного права по делам несовершеннолетних в европейских странах. Тенденции и перспективы обращения с несовершеннолетними правонарушителями рассматриваются в свете рекомендаций Совета Европы.

1. Einleitung

Jugendkriminalität ist in Europa eine flächendeckende Erscheinung, die zudem im Hinblick auf ihre Hintergründe und Auswirkungen wenig Unterschiede aufweist (vgl. Elsner/Molnar/Steffen 2001; Estrada 1999; 2001; BMI/BMJ 2006; Dünkel/Gebauer/Geng/Kestermann 2007). Die Jugendstrafrechtssysteme und damit die Reaktionen auf straffälliges Verhalten Minderjähriger unterscheiden sich hingegen deutlich voneinander. Vor allem in den letzten 20 Jahren haben sie einen tief greifenden Wandel erlebt, insbesondere in den Ländern im Übergang von staatsautoritären hin zu demokratisch verfassten Systemen im Einflussbereich der ehemaligen Sowjetunion. Aber auch in Westeuropa gab es weit reichende Reformen, die man in ihrer eher straforientierten Ausrichtung z. B. in England und Wales, aber auch in Frankreich oder den Niederlanden als neo-liberal charakterisiert hat (vgl. Cavadino/Dignan 2002: 284 ff.; 2006: 215 ff.; Junger-Tas/Decker 2006; Bailleau/Cartuyvels 2007). In anderen Ländern wie z. B. Deutschland wurde die moderate und vorrangig am Erziehungsgedanken ausgerichtete Jugendkriminalpolitik beibehalten (Vorrang der Diversion und Anwendung des Prinzips „Erziehung statt Strafe“, vgl. Dünkel 2006). In zahlreichen Ländern wurden Elemente einer wiedergutmachenden Strafrechtspflege („restorative justice“) mit Täter-Opfer-Ausgleichsprogrammen, Familiengruppenkonferenzen etc. eingeführt bzw. ausgebaut (z. B. in Belgien und Nordirland, vgl. Dünkel/Grzywa/Pruin 2008).

Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen, betreffen die zukünftige Orientierung des Jugendstrafrechts in den europäischen Ländern und insbesondere, ob sich die eher angelsächsische, neo-liberale oder die wohlfahrtsorientierte Tendenz durchsetzen wird. Welche Rolle werden dabei Aspekte der wiedergutmachenden Strafrechtspflege und die Berücksichtigung von Opferinteressen spielen? Welche Herangehensweisen im Umgang mit jungen Straftätern haben sich in den einzelnen Ländern als besonders wirksam erwiesen, so dass sich eine Übertragung auf den gesamteuropäischen Raum lohnen könnte? Ferner ist aus Sicht der Europäischen Union ebenso wie des Europarats die Frage legitim, inwieweit eine stärkere Harmonisierung bzw. Berücksichtigung gemeinsamer europäischer Mindeststandards erreicht werden kann.

© Frieder Dunkel, 2008

Доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой криминологии факультета правоведения и общественно-политических наук, Университет Грайфсвальда имени Эрнста Морица (Германия).

Doctor of legal sciences, professor, Head of the criminology chair of the law and public-political sciences department, Ernst Morits University of Grayfsvald (Germany).

Obwohl es in den vergangenen Jahren einige (rechts-)vergleichende Analysen des Jugendstrafrechts gab (vgl. Albrecht/Kilchling 2002; Cavadino/Dignan 2006), gibt es doch ein weitgehendes Defizit an Informationen vertiefender und umfassenderer Forschung, die insbesondere auch die mittel- und osteuropäischen Länder bzw. die neuen Mitgliedsstaaten der EU bzw. die entsprechenden Beitrittskandidaten einbeziehen. Einige frühere Publikationen wie diejenigen von McCarney (1996), Dünkel/van Kalmthout/Schüler-Springorum (1997) und Dünkel/Drenkhahn (2003) haben das Jugendstrafrecht einiger dieser Länder beschrieben, sind aber nicht mehr aktuell. Ein Teil der aktuelleren vergleichenden Literatur wie die Sammelbände von Albrecht/Kilchling (2002), Tonry/Doob (2004) und Junger-Tas/Decker (2006) sind stark auf Westeuropa und die USA bzw. Kanada fokussiert, während die mittel- und osteuropäischen Länder nur vereinzelt einbezogen werden. Gleiches gilt für den ersten Sammelband einer italienisch/kroatischen Kooperation (vgl. Patané 2007), der insoweit lediglich Berichte von Kroatien, Litauen und Slowenien enthält. Hinzu kommt, dass die bisher vorliegende Forschung sich schwerpunktmäßig auf die Jugendstrafrechtssysteme beschränkt und den Vollzug von ambulanten und stationären Sanktionen einschließlich des Jugendstrafvollzugs weitgehend ausklammert. In keiner der aufgeführten Publikationen wurden die Berichte nach einer einheitlichen Fragestellung verfasst, so dass die Vergleichbarkeit allein aus diesem Grund stark eingeschränkt blieb. Dies verdeutlicht den Forschungsbedarf hinsichtlich einer umfassenderen und weit mehr Länder erfassenden vergleichenden Analyse. Diesem Anliegen wurde bzw. wird in einem von der EU geförderten AGIS-Projekt "Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices" (JLS/2006/AGIS/168) Rechnung getragen.

Das bis Ende 2008 laufende Projekt wird in einem ersten Schritt mit der Veröffentlichung von 33 Landesberichten zum Jugendkriminalrecht in Europa nach einem einheitlichen Gliederungsschema sowie vergleichenden Analysen abgeschlossen werden. In diesem Projekt zeigt sich, dass in Europa teilweise höchst unterschiedliche Modelle zum Umgang mit jungen Straftätern verfolgt werden. Gerade weil sich die Jugendkriminalität in ihrem Umfang und ihrer Struktur so stark ähnelt, handelt es sich hier um einen Bereich, in dem gut von wechselseitigen Erfahrungen profitiert werden könnte. Diese Erkenntnis legt die Grundlage für einen zweiten Projektteil, in dem es um die Fokussierung auf „gute Praxismodelle" des Jugendstrafrechts geht, die im Hinblick auf ihre Evaluation und Übertragbarkeit überprüft werden sollen.

2. Aktuelle Reformtendenzen der Jugendkriminalpolitik

Europaweit kann man am Gedanken der Subsidiarität bzw. Verhältnismäßigkeit von staatlichen Eingriffen gegenüber straffälligen Jugendlichen orientierte Tendenzen der Jugendkriminalpolitik erkennen, wie sie auch in den Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen zur Jugendgerichtsbarkeit von 1985 zum Ausdruck gelangen. Hierbei geht es auch um den Ausbau rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien einerseits und die Begrenzung bzw. Reduzierung der Eingriffsintensität im Rechtsfolgenbereich andererseits.

Allerdings sind in jüngster Zeit in einigen europäischen Ländern auch gegenläufige Tendenzen sichtbar, die Verschärfungen des Jugendstrafrechts mit einer Anhebung der Höchststrafen bei der Jugendstrafe und der Einführung anderer Formen einer sicheren Unterbringung beinhalten. Zu nennen sind die Jugendstrafrechtsreformen in den Niederlanden 1995 und Frankreich 1996 bzw. 2002 und in England von 1994 bzw. 1998 (vgl. zusammenfassend Dünkel 1997; 2003; Kilchling 2002).

Neu in der Diskussion zur Reform des Jugendhilfe- bzw. Jugendkriminalrechts ist, die Eltern u. U. auch strafrechtlich verantwortlich zu machen. Die sog. parenting order in England ermöglicht es, Eltern im Falle fehlender Beaufsichtigung für die Straftaten ihrer Kinder verantwortlich zu machen, indem sie z. B. zur Zahlung einer Geldbuße oder der Teilnahme an einem Eltertraining verpflichtet werden. In Frankreich wurde 2002 die Haftung der Eltern dahingehend verschärft, dass ihnen im Falle der Unterbringung des Kindes bzw. Jugendlichen in einer geschlossenen Einrichtung das Kindergeld gestrichen werden kann. Ferner können sie mit einer Geldbuße belegt werden, wenn sie auf Ladung des Richters zur Verhandlung des Jugendgerichts nicht erscheinen (vgl. Kasten 2003, S. 387).

Das Schlagwort der „Verantwortlichmachung" (responsibility) ist in England zu einer zentralen Kategorie des Jugendstrafrechts geworden (vgl. Graham 1998; kritisch Cavadino/Dignan 2004). Im positiven Sinne ist sie mit den Bestrebungen zur Ausweitung des Täter-Opfer-Ausgleichs, der mediation bzw. der

Wiedergutmachung verknüpft, problematisch allerdings ist sie in Verbindung mit der Abschaffung des doli incapax für 10-14-Jährige und damit einer erheblichen Absenkung des Strafmündigkeitsalters. Die jugendkriminalpolitischen Tendenzen in England können als symptomatisch für neo-liberale Orientierungen (die sog. 4 R's) unter den Stichworten responsibility und restitution (reparation), restorative justice, aber auch der (gelegentlich offen propagierten) retribution (Vergeltung), gesehen werden, die die Debatte der 1960er und 1970er Jahre unter den Schlagworten der sog. vier D's (diversion, decriminalization, deinstitutionalization, due process) abgelöst haben (vgl. Dünkel 2003). Die Kategorie der Vergeltung wird z. B. daran deutlich, dass für ambulante Maßnahmen gefordert wird, sie sollten hart („tough") und „glaubwürdig" („credible") ausgestaltet werden. So wurde aus dem „community treatment" der 1960er Jahre das „community punishment" der 1980er und 1990er Jahre. Cavadino und Dignan bezeichnen diese Strömungen als das „neo-correctionalist model" (vgl. Cavadino/Dignan 2006, S. 210 ff. und unten 4.).

Gleichwohl kann man – zumindest für die kontinentaleuropäischen Länder – keinen Rückfall in klassische Auffassungen des 18. und 19. Jahrhunderts feststellen. Überall wird am vorrangigen Prinzip der Erziehung bzw. Spezialprävention festgehalten, auch wenn die Justizorientierung sich verstärkt hat und damit das Spannungsfeld, wenn nicht gar Paradox von Erziehung und Strafe evident bleibt. Als beispielhaft dafür kann man die Reformgesetze in Österreich von 1988 und 2001, in Deutschland von 1990, in den Niederlanden von 1995, in Spanien von 2000, in Portugal von 2001 und in Frankreich und Nordirland von 2002, aber auch in Litauen von 2000 (vgl. hierzu Dünkel/Sakalauskas 2001) und Tschechien von 2003 (vgl. Válková 2006) ansehen (vgl. zusammenfassend Dünkel 2003).

In diesem Zusammenhang lassen sich spezifische erfolgreiche Reformstrategien in verschiedenen westeuropäischen Ländern erkennen. So wurden in Österreich, Deutschland und den Niederlanden die mit den Reformen von 1988, 1990 bzw. 1995 gesetzlich eingeführten neuen ambulanten Sanktionen jeweils zuvor in der Praxis im Rahmen von Modellprojekten systematisch erprobt. Die durch empirische Begleitforschung bestätigte Praktikabilität und Akzeptanz der Projekte war Voraussetzung für die landesweite Umsetzung des Reformprogramms. Der Prozess der Erprobung und der Schaffung von Akzeptanz vor allem bei Staatsanwälten und Richtern braucht Zeit und bedarf einer kontinuierlichen Aufbauarbeit und Fortbildung, die in sozialen Umbruchsituationen wie derzeit in Mittel- und Osteuropa schwierig zu gestalten ist. Dennoch erscheint eine „Jugendstrafrechtsreform durch die Praxis" (vgl. für Deutschland Bundesministerium der Justiz 1989) gegenüber einer Reform „von oben", die häufig die Bereitstellung einer entsprechenden Infrastruktur versäumt, vorzugswürdig.

Die Entwicklung in den mittel- und osteuropäischen Ländern ist geprägt durch einen deutlichen Anstieg der registrierten Jugendkriminalität seit Ende der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre. Die in allen Ländern anerkannte Notwendigkeit einer Reform des Jugendstrafrechts ergibt sich aus dem politischen Anspruch, altes (häufig sowjetisches oder sowjetisch beeinflusstes) Recht zu ersetzen und den (west-)europäischen Standards, wie sie in den Grundsätzen des Europarats und der Vereinten Nationen zum Ausdruck gelangen, Geltung zu verschaffen. Dabei werden allerdings teilweise unterschiedliche kriminalpolitische Tendenzen sichtbar.

Die Reform hat in Legislative und Praxis seit Anfang der 1990er Jahre eine dynamische Entwicklung genommen, erkennbar nicht nur an zahlreichen Praxisprojekten, sondern auch an der Einsetzung von Gesetzesreformkommissionen und – teilweise bereits – der Verabschiedung von Reformgesetzen (vgl. z. B. Estland, Litauen, Slowenien, die Tschechische Republik, vgl. z. B. Válková 2006; zusammenfassend Dünkel 2003, S. 69 ff.).

Zum einen steht der Aufbau einer eigenständigen Jugendgerichtsbarkeit im Vordergrund (vgl. z. B. die Baltischen Staaten, Kroatien, die Tschechische Republik, Slowakei, Russland) und damit im Zusammenhang die Entwicklung rechtsstaatlicher Verfahrensstrukturen unter Berücksichtigung der speziellen erzieherischen Anliegen bei jungen Rechtsbrechern. Allerdings existieren beispielsweise in den baltischen Staaten bislang keine eigenständigen Jugendgerichte und fehlen weitgehend die infrastrukturellen Voraussetzungen für eine Einführung moderner sozialpädagogischer Konzepte im Bereich der Jugendhilfe.

Zum anderen werden im Rechtsfolgenbereich neben dem für notwendig erachteten Ausbau von ambulanten Erziehungsmaßnahmen einschließlich der Diversion auch harte Sanktionen freiheitsentziehender Art propagiert, um insbesondere Wiederholungstäter oder junge Gewalttäter abzuschrecken. Dementsprechend führt die noch weitgehend fehlende Infrastruktur und teilweise auch fehlende Akzeptanz ambulanter Sanktionen zu einer nach wie vor häufigen Anwendung freiheitsentziehender

Sanktionen. Allerdings zeigt die Entwicklung beispielsweise in Russland, dass ein Zurückgehen auf frühere Sanktionsmuster (mit einem Anteil von Freiheitsstrafen von ca. 50%) nicht erfolgt und insbesondere Formen der Strafaussetzung zur Bewährung die freiheitsentziehenden Sanktionen quantitativ übertreffen. Deutlich wird in allen mittel- und osteuropäischen Ländern, dass das Prinzip des Freiheitsentzugs als „ultima ratio" ernster genommen und stationäre Sanktionen zunehmend zurückgedrängt werden.

Im Bereich der ambulanten Sanktionen werden die Schwierigkeiten der Einrichtung der dafür notwendigen Infrastruktur deutlich. So fehlte es zunächst weitgehend an methodisch qualifizierten Sozialarbeitern bzw. Sozialpädagogen, zumal die entsprechenden Ausbildungsgänge vielfach erst im Aufbau sind.

Sowohl in den mittel- und osteuropäischen wie den westeuropäischen Ländern haben sich Elemente einer „restorative justice" durchgesetzt. In allen Reformgesetzen der letzten 15 Jahre spielen der Täter-Opfer-Ausgleich, die mediation, oder Sanktionen wie die Wiedergutmachung bzw. Entschuldigung beim Opfer eine besondere Rolle. Zumeist gehen diese Tendenzen mit informellen Verfahrenserledigungen einher (Diversion). Zum Teil werden sie wie in England/Wales (reparation, restitution order) oder Deutschland (Wiedergutmachungsauflag e, Täter-Opfer-Ausgleich als erzieherische Weisung, vgl. §§ 10, 15 dJGG) als eigenständige Sanktionen des Jugendgerichts vorgesehen. Die in Neuseeland erprobten „family group conferences", ein mediativer Ansatz unter Einbeziehung und Aktivierung des sozialen Familiennetzwerks von Opfern und Tätern, sind nunmehr in Belgien – zunächst noch als Modellprojekte – eingeführt worden. Die aktuelle Jugendstrafrechtsreform in Nordirland (Juvenile Justice [Northern Ireland] Act von 2002) legt ebenfalls einen Schwerpunkt auf diesen Ansatz von Familienkonferenzen, die seit 2003 in Form der sog. youth conferences in Modellprojekten erprobt werden, ferner wurde die in England/Wales 1998 eingeführte reparation order (Wiedergutmachungsauflage) im neuen Gesetz in Nordirland übernommen (vgl. i. E. O'Mahony/Campbell 2006).

Inwiefern diese Elemente der „restorative justice" wirklich die Sanktionspraxis insgesamt verändern oder nur als Alibi oder „Feigenblatt" eines eher repressiven Jugendstrafrechts anzusehen sind, kann nur vor dem Hintergrund der jeweiligen Länder mit ihren unterschiedlichen Traditionen entschieden werden. Für die deutsche jugendgerichtliche Sanktionspraxis kann man ebenso wie für die österreichische sagen, dass der Täter-Opfer-Ausgleich einen auch quantitativ beachtlichen Stellenwert erlangt hat (bei Jugendlichen ca. 8% aller Sanktionen, vgl. Dünkel/Scheel/Schäpler 2003 für das Bundesland Mecklenburg-Vorpommern; zu Österreich vgl. Jesionek 2001; Bruckmüller 2006). Nimmt man noch die gemeinnützige Arbeit als im weiteren Sinne „restorative" Sanktion hinzu, so werden mehr als ein Drittel aller Jugendlichen und Heranwachsenden von derartigen im Idealfall, d. h. wenn sie pädagogisch begleitet werden, als „konstruktive" Alternativen des Jugendstrafrechts zu bezeichnenden Sanktionen erfasst (vgl. hierzu auch Heinz 2008; Dünkel 2006).

3. Altersgrenzen strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Typologie von Jugendstrafrechtss ystemen im europäischen Vergleich

Vergleicht man die Jugendstrafrechtssysteme idealtypisch, so kann man nach wie vor die beiden „klassischen" Orientierungen des Justiz- und des Wohlfahrtsmodells unterscheiden (vgl. Kaiser 1985; Dünkel 1997; 2003; Doob/Tonry 2004, S. 1 ff.). Das Wohlfahrtsmodell ist charakterisiert durch ein weites Entscheidungsermessen des Jugendrichters oder anderer Entscheidungsträger (Sozialarbeiter, Psychologen etc.), tendenziell zeitlich unbestimmte Sanktionen, deren Beendigung vom eingeschätzten Erziehungserfolg abhängt und informellen Verfahren ohne ausgeprägte verfahrensrechtliche Garantien. Anknüpfungspunkte erzieherischer Interventionen sind typischerweise straffälliges ebenso wie auffälliges Verhalten (z. B. „Verwahrlosung", „Gefährdung"; am stärksten ausgeprägt in dieser Richtung sind die Jugendrechtssysteme in Belgien und Polen).

Demgegenüber knüpft das Justizmodell ausschließlich an straffälligem Verhalten entsprechend der allgemeinen Strafgesetze an. Die Reaktionen sind tatschuldproportional und zeitlich bestimmt. Das Verfahren sieht tendenziell die gleichen Garantien wie das Erwachsenenstrafverfahren vor, Entscheidungen werden in einem förmlichen Verfahren von (dem Anspruch nach spezialisierten) Juristen getroffen.

Diese idealtypischen Modelle existieren allerdings selten in „Reinform", häufig finden sich Mischtypen wie z. B. das deutsche Jugendstrafrecht mit einer Verzahnung rein jugendhilferechtlicher Erziehungsmaßnahmen mit einem Justizmodell, das verfahrensrechtlich die Garantien und Grundsätze des Erwachsenenstrafve rfahrens weitgehend übernimmt, und im Sanktionenbereich den Vorrang des Erziehungsgedankens bei nur ausnahmsweise zu verhängenden echten Kriminalstrafen (in Deutschland: Jugendstrafe gem. § 17 dJGG) propagiert.

Man kann die Tendenzen einer minimalistischen Intervention (Vorrang informeller Verfahren einschließlich des Täter-Opfer-Ausgleichs) sowie von Wiedergutmachungsstrategien im Rahmen einer Typologie des Jugendstrafrechts auch als eigenständige Modelle begreifen („minimum intervention model", „restorative justice model", vgl. Cavadino/Dignan 2006, S. 199 ff., 205 ff.). Neben dem „minimum intervention model" (Vorrang von Diversion und ambulanten Sanktionen) und „restorative justice model" (Vorrang konfliktschlichtender Reaktionen) nennen Cavadino und Dignan (2006, S. 210 ff.) noch das bereits erwähnte „neo-correctionalist model", das insbesondere die aktuellen Tendenzen in England und Wales charakterisiert (siehe oben).

Auch hier fällt es schwer, klare Abgrenzungen zu finden, denn die meisten kontinentaleuropäischen Jugendkriminalrechtssysteme haben sowohl die jugendhilfe- und justizorientierte (rechtsstaatliche) Philosophie, wie auch Elemente der „minimalen Intervention" (so vor allem die Praxis in Deutschland, vgl. Dünkel 2006), der „restorative justice" als auch des „neo-correctionalism" (z. B. Prinzip der stärkeren Verantwortlichmachung des Täters und der Eltern, härtere Strafen bei Widerholungstätern, geschlossene Unterbringung bei Kindern etc.) aufgenommen. Unterschiede zeigen sich eher in der starken oder weniger starken Orientierung an „restorativen" oder bestrafenden Elementen.

Sehr gut kommt dieser „neue Mix" in den 2003 verabschiedeten Empfehlungen des Europarats über „New ways of dealing with juvenile offenders" zum Ausdruck (vgl. die Recommendation R [2003] 20). Auf der einen Seite wird betont, dass sich der Vorrang der Diversion und minimalistischer Interventionen bewährt habe und deshalb für die „normale", episodenhafte Jugendkriminalität daran festzuhalten sei. Hierbei habe sich insbesondere auch die Integration von Wiedergutmachungsstrategien (Täter-Opfer-Ausgleich u. ä.) als positive Entwicklung ausgezeichnet. Zugleich fordert die Empfehlung aber auch die stärkere Inpflichtnahme von Gewalt- und Wiederholungstätern und von deren Eltern. Elemente des „neo-correctionalism" werden deutlich, wenn etwa die Betonung auf Frühintervention und Prävention von Jugenddelinquenz einerseits und effektive Sanktionierung andererseits gelegt wird, die nach den Erkenntnissen „what works, with whom, under what circumstances" wissenschaftlich begründet erfolgen soll (vgl. Recommendation R (2003) 20 und unten 5.). Andererseits enthält die neue Empfehlung des Europarats klassisch rechtsstaatliche Empfehlungen, wenn etwa die strikte Begrenzung von Polizei- und Untersuchungshaft gefordert wird. Der Erziehungs- und Resozialisierungsgedanke wird neben der Prävention an zweiter Stelle als Leitprinzip anerkannt. Daraus folgen im einzelnen verschiedene Maßnahmen wie z. B. die Orientierung an der Wiedereingliederung vom ersten Tag einer Haftstrafe an (vgl. Nr. 19 der Recommendation), der überleitungsorientierten Vollzugsgestaltung über Hafturlaub, Freigang und Übergangshäuser etc. (vgl. Nr. 20). Nicht zuletzt das dritte Prinzip der Recommendation, die stärkere Berücksichtigung von Opferinteressen, spiegelt die im Jugendstrafrecht besonders entwickelten Ansätze der Wiedergutmachung etc. wider.

Zusammenfassend kann man dass die europäischen Jugendkriminalrechtssysteme weithin als Mischsysteme aus jugendhilfe- und jugendstrafrechtlichen Elementen ansehen, mehr oder weniger ergänzt durch die oben genannten neuen Orientierungen (vgl. im einzelnen die Beiträge bei Dünkel/van Kalmthout/Schüler-Sprinorum 1997; Albrecht/Kilchling 2002; Tonry/Doob 2004; Junger-Tas/Decker 2006).

Insoweit ist trotz der nicht zu verleugnenden nationalen Besonderheiten eine beachtliche Konvergenz der Systeme zu erkennen. Das rein jugendhilferechtliche System ist, insbesondere infolge der 1989 verabschiedeten Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen (vgl. hierzu Höynck/Neubacher/Schüler-Springorum 2001), international vergleichend gesehen auf dem Rückzug. Dies zeigt sich weniger in Europa, wo es ohnehin in einer mehr oder weniger deutlichen „Reinform" nur noch in Belgien, Polen und Schottland existiert, als beispielsweise in Lateinamerika (vgl. Tiffer-Sotomayor 2000; Tiffer Sotomayor/Llobet Rodríguez/Dünkel 2002).

Obwohl man insgesamt gesehen von einer europäischen Philosophie des Jugendstrafrechts sprechen kann, die im Hinblick auf die auch in den Empfehlungen des Europarats von 2003 zum Ausdruck gelangenden Prinzipien der Erziehung/Resozialisierung, der Einbeziehung von Opferbelangen durch mediation und Wiedergutmachung und der Beachtung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien deutlich wird, ist eine Harmonisierung des altersbezogenen Anwendungsbereichs bislang nicht ersichtlich.

Der Beginn strafrechtlicher Verantwortlichkeit liegt bei 10 (England), 12 (Niederlande), 13 (Frankreich), 14 (Deutschland, Italien, Österreich, Spanien und zahlreiche mittel- und osteuropäische Länder), 15 (die skandinavischen Länder) oder gar 16 Jahren (bei bestimmten Delikten in Russland und anderen

osteuropäischen Ländern). Als häufigste Altersgrenze der Strafmündigkeit kann man nach den aktuellen Reformen in Mittel- und Osteuropa das Alter von 14 Jahren erkennen (vgl. die nachfolgende Tabelle 1).

Teilweise werden rein erzieherische Reaktionen oder besser Sanktionen des Familien- oder Jugendgerichts auch schon ab einem früheren Alter zugelassen, wie etwa neuerdings explizit in Frankreich ab 10 und in Griechenland ab 8 Jahren. In der Schweiz sind nach dem seit Anfang 2007 geltenden Recht für 10- bis 14-Jährige nur Erziehungsmaßnahmen vorgesehen, die Verhängung einer Jugendstrafe ist erst ab 15 Jahren möglich. Zum Teil existiert ferner eine abgestufte Strafmündigkeit, indem nur für schwerere Delikte die Strafmündigkeit ab 14, im Übrigen ab 16 Jahren vorgesehen wird (Litauen, Russland, Slowenien).

Ob mit diesen beträchtlichen Unterschieden tatsächlich erhebliche Unterschiede in der Sanktionspraxis korrelieren, erscheint nicht immer eindeutig. Denn die im reinen Erziehungsrecht als „ultima ratio" mögliche Unterbringung in einem (im schlechtesten Fall geschlossenen) Erziehungsheim kann unter Umständen in ihrer Eingriffsintensität und zeitlichen Dauer einer Unterbringung im Jugendstrafvollzug gleichkommen. Auch besagen die gesetzlichen Altersgrenzen nicht notwendig etwas über eine mehr oder weniger punitive Orientierung der Jugendstrafrechtspflege bzw. der Jugendhilfe aus. Die Praxis unterscheidet sich häufiger deutlich von der in Reformdiskursen vorgetragenen Rhetorik (vgl. hierzu Doob/Tonry 2004, S. 16 ff.). Dementsprechend sind Verschärfungen in Gesetzen manchmal Folge veränderter Praxis, manchmal tragen sie dazu bei, und in einigen Ländern wie insbesondere Deutschland gibt es trotz z. T. massenmedial anders vermittelter Bedrohungsszenarien auch eine erstaunliche Stabilität in der Praxis der Jugendstrafrechtspflege.

Vergleich der Altersgrenzen strafrechtlicher Verantwortlichkeit und der Altersgruppen im Jugendstrafvollzug bzw. vergleichbaren Einrichtungen in Europa

Tabelle 1:

Land	Strafmündigkeitsalter	Alter, ab dem Erwachsenenstrafrecht angewendet werden kann/muss	Altersgruppen im Jugendstrafvollzug o. ä.
Belgien	16***/****/18	16/18	-18 (nur Erziehungsheime)
Bulgarien	14	18	14-21
Dänemark*	15	15/18/21	15-23
Deutschland	14	18/21	14-24
England/Wales	10/12/15**	18	10/15-21
Estland	14	18	14-21
Finnland*	15	15/18	15-21
Frankreich	10******/13	18	13-18 + 6 Mon./23
Griechenland	8******/13	18/21	13-21/25
Irland	12/16**	18	10/12/16-18/21
Italien	14	18/21	14-21
Kroatien	14/16**	18/21	14-21
Lettland	14	18	14-21
Litauen	14****/16	18/21	14-21
Montenegro	14/16**	18/21	14-23
Niederlande	12	16/18/21	12-21
Nordirland	10	17/18/21	10-16/17-21
Norwegen*	15	18	15-21
Österreich	14	18/21	14-27
Polen	13*****	15/17/18	13-18/15-21
Portugal	12*****/16	16/21	12/16-21
Rumänien	14/16	18/(20)	16-21
Russland	14****/16	18/21	14-21

Schweden*	15	15/18/21	15-25
Schweiz	10	18/25	10-22/17-25/30
Schottland	8*****/16	16/21	16-21
Serbien	14/16**	18/21	14-23
Slowakei	14/15	18/21	14-18
Slowenien	14****/16	18/21	14-23
Spanien	14	18	14-21
Tschechien	15	18/18 +	15-19
Türkei	12	15/18	12-18/21
Ukraine	14****/16	18/21	14-21
Ungarn	14	18	14-24
Zypern	14	16/18/21	14-21

* Nur Strafmilderungen im allg. Strafrecht
** Bestrafungsmündigkeit - Jugendstrafvollzug;
*** Nur für Straßenverkehrsdelikte
**** Nur für einige besonders schwere Delikte
***** Anwendung des Jugendhilferechts, keine strafrechtliche Verantwortlichkeit i. e. S.
****** Nur erzieherische Strafen (sanctions éducatives)

Im Bereich der oberen Altersgrenzen (d. h. bis zu welchem Alter Jugendstrafrecht oder jugendstrafrechtliche Sanktionen anwendbar sind) gibt es interessante Tendenzen, die Anwendung des Jugendstrafrechts oder zumindest seiner spezifisch erzieherischen Rechtsfolgen auf die Gruppe der 18-20-jährigen Heranwachsenden auszudehnen, wie dies schon 1953 in Deutschland erfolgt ist (vgl. die Reformen in den letzten Jahren in den Niederlanden, Kroatien, Österreich, Spanien und Litauen, vgl. hierzu zusammenfassend Dünkel 2003, S. 82 ff.; 2003a; Pruin 2007).

Die jugendkriminologisch gut belegte Begründung liegt in den verlängerten Übergangsphasen (im soziologischen Sprachgebrauch: „Statuspassagen") von der Jugend als Lebensphase ins Erwachsenenleben. So haben sich Ausbildungszeiten und die Integration in das berufliche Erwerbs- und familiäre Erwachsenenleben (mit der Gründung einer eigenen Familie etc) in den letzten 50 Jahren weit über das 20. Lebensjahr hinaus verlängert. Damit sind entwicklungspsychologische „Krisensituationen" und Probleme beim Übergang ins Erwachsenenleben typisch für die Altersgruppe der Heranwachsenden, aber auch bis in die Mitte des dritten Lebensjahrzehnts hinein (vgl. hierzu Pruin 2007).

Die Praxis in Deutschland bezogen auf die Einbeziehung von Heranwachsenden in die Jugendgerichtsbarkeit und ihre flexible nach der Entwicklungsreife erfolgende Sanktionierung nach Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht (vgl. § 105 dJGG) kann als großer Erfolg für die Weiterentwicklung einer eigenständigen Jugendgerichtsbarkeit angesehen werden. Seit 1953 hat sich der Anteil von nach Jugendstrafrecht abgeurteilten Heranwachsenden auf insgesamt über 60% erhöht, bei der besonders schweren Kriminalität liegt er bei über 90%. Die Folge sind in diesem Bereich mildere Strafen als nach Erwachsenenstrafrecht, das bis zu 15 Jahre Freiheitsstrafe oder lebenslange Freiheitsstrafe androht, während im Jugendstrafrecht die Höchststrafe 10 Jahre beträgt. Die Tendenz, gerade bei den besonders schweren Delikten Jugendstrafrecht anzuwenden, erklärt sich aus den im deutschen Erwachsenenstrafrecht geltenden hohen Mindeststrafrahmen von z. B. drei oder 5 Jahren beim schweren Raub, oder 1-2 Jahren bei bestimmten (schweren) Drogendelikten oder bei Vergewaltigung/sexueller Nötigung. Die Jugendrichter wollen damit unangemessen lange und erzieherisch abträgliche Freiheitsstrafen vermeiden. Erwachsenenstrafrecht wird bei Heranwachsenden dagegen bevorzugt bei bestimmten leichteren Delikten wie Straßenverkehrsdelikten (Fahren ohne Fahrerlaubnis, Trunkenheitsfahrten u. ä.) angewandt, weil im Erwachsenenstrafverfahren Delikte der Massendelinquenz sich routinemäßig im schriftlichen Strafbefehlsverfahren erledigen lassen (vgl. zusammenfassend Dünkel 2003a; 2006; Pruin 2007).

Diese Entwicklung in Deutschland steht in auffälligem Gegensatz zu Tendenzen in den USA, wo Jugendliche, teilweise auch Kinder, bei schweren Delikten vermehrt den Erwachsenengerichten überstellt werden, um so eine härtere Bestrafung als üblicherweise durch das Jugendgericht zu erreichen (vgl. zusammenfassend Stump 2003).

In den anderen europäischen Ländern, die eine Anwendung jugendstrafrechtlicher Sanktionen bei Heranwachsenden ermöglichen, wie z. B. die Niederlande, Litauen, Kroatien, Slowenien oder Russland, ist die Praxis offenbar (noch) sehr zurückhaltend (vgl. zusammenfassend Pruin 2007). In den Niederlanden (dort

werden lediglich ca. 1% der Heranwachsenden mit jugendstrafrechtlichen Sanktionen belegt, vgl. Dünkel 2003a, S. 22) dürfte dies damit zusammenhängen, dass auch das niederländische Erwachsenenstrafrecht (im Gegensatz zum deutschen StGB, das als Alternativen zur Freiheitsstrafe ohne Bewährung praktisch nur die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe mit Bewährung kennt) eine Fülle von alternativen Sanktionen, insbesondere die gemeinnützige Arbeit als Hauptsanktion, vorsieht, so dass ein „Ausweichen" in das Jugendstrafrecht nicht unbedingt nahe liegt oder notwendig erscheint. Sicherlich spielt aber in Deutschland eine entscheidende Rolle, dass die Regelung des § 105 JGG schon seit 1953 existiert und, dass in jedem Fall die Jugendgerichte für die Aburteilung von Heranwachsenden zuständig sind (vgl. § 108 dJGG), die eine „natürliche" Tendenz entwickelt haben, überwiegend das ihnen vertrautere JGG anzuwenden.

Im Bereich der jugendstrafrechtlichen Rechtsfolgen lassen sich europaweit einerseits Tendenzen einer Ausweitung der Diversion erkennen, jedoch wird diese auch häufiger mit erzieherischen oder schlicht normverdeutlichenden Inhalten verknüpft, wie dies am Beispiel des Täter-Opfer-Ausgleichs besonders deutlich wird. So hat Griechenland im Rahmen einer Strafprozessreform 2003 für unter 18-Jährige weit reichende Möglichkeiten der Durchbrechung des Legalitätsprinzips, insbesondere in Verbindung mit Wiedergutmachungsbemühungen des Täters, geschaffen (Art. 45a grStPO, vgl. Spinellis/Tsitsoura 2006) und auch das neue Tschechische Jugendstrafrecht favorisiert die Diversion in diesem Sinn (vgl. Válková 2006). Andererseits lassen sich z. B. in England/Wales neuerdings Einschränkungen erkennen, indem mit einer Reform von 1998 im Falle einer zweiten Auffälligkeit nach einer vorangegangenen „reprimand" (Verwarnung) nur noch ein „final warning" möglich ist, bei weiteren Auffälligkeiten aber regelmäßig eine Anklage erfolgen muss (vgl. Cavadino/Dignan 2002, S. 286 ff.).

Dennoch kann man davon ausgehen, dass unabhängig von der stärker justiz- oder wohlfahrtsorientierten Ausgestaltung der Jugendstrafrechtssysteme der ganz überwiegende Teil der Jugendkriminalität außergerichtlich im Wege informeller Reaktionen (Diversion) erledigt wird. In Deutschland betraf dies 2006 68% in den alten und sogar 78% aller anklagefähigen Verfahren in den neuen Bundesländern (vgl. Heinz 2008; Dünkel 2006). In Belgien, einem der wenigen Länder mit einem eindeutig wohlfahrtsrechtlich organisierten Jugendrecht werden ca. 80% der Verfahren informell erledigt (vgl. van Dijk/Dumortier/Eliaerts 2006; Drenkhahn 2006).

Ferner sind sozialpädagogisch konstruktive Maßnahmen wie Soziale Trainingskurse (Deutschland) oder sog. Arbeits- und Lernstrafen bzw. –projekte (Niederlande) erfolgreich implementiert worden. In vielen Ländern wird explizit der Erziehungsgedanke (Portugal) bemüht, im übrigen geht es – in der Sprache weniger „aufgeladen" – schlicht um Legalbewährung bzw. Spezialprävention (so auch die Empfehlung des Europarats über „New ways of dealing with juvenile delinquency ..." aus dem Jahr 2003).

Der internationale Vergleich belegt – abgesehen vielleicht von England/Wales – gerade keine Abkehr vom Erziehungsgedanken. Begrenzungen des Erziehungsstrafrechts durch Tatproportionalität bzw. Verhältnismäßig keitsüberlegungen werden andererseits insbesondere bzgl. freiheitsentziehender Sanktionen nahegelegt.

Die Frage, ob angesichts neuer Kriminalitätsformen und Tätergruppen andere, ggf. härtere Sanktionen notwendig erscheinen, ist damit eindeutig mit „nein" zu beantworten. Weder die Kriminalitätsentwicklung noch die vermeintliche Ineffizienz herkömmlicher erzieherischer bzw. spezialpräventiv begründeter Maßnahmen zwingen zu einer härteren Gangart im Bereich des Jugendkriminalrechts. Vielmehr kann als international belegt gelten, dass eingriffsschwächere Sanktionen des Jugendstrafrechts, eingeschlossen die Diversion, ggf. in Verbindung mit Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und anderen sozialkonstruktiven Reaktionen, die Integration des „normalen" Jugenddelinquenten besser fördern als eingriffsintensivere, insbesondere freiheitsentziehende Sanktionen.

4. Die Empfehlungen des Europarats über "New ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice"

Die Empfehlungen des Europarats über „New ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice" (siehe im Internet unter www.coe.int) von 2003 verfolgen als vorrangige Ziele:

1. Die Vorbeugung von Kriminalität und Rückfall,
2. Die Resozialisierung und Wiedereingliederung von Straftätern und
3. Die Berücksichtigung der Bedürfnisse und Interessen von Verbrechensopfern.

Der strategische Ansatz beinhaltet folgende Perspektiven:

Das Jugendstrafrechtssystem ist als Teilsystem in einer breiteren gemeindeorientierten Strategie zur Vorbeugung von Jugendkriminalität zu sehen, die den Kontext von Familie, Schule, Nachbarschaft und Gleichaltrigengruppe, in dem Jugendkriminalität entsteht, berücksichtigt (Nr. 2 der Recommendation). Die Ressourcen der Jugendstrafrechtspflege sollen auf schwere, gewalttätige und wiederholte Jugendkriminalität (serious, violent and persistent offending), ggf. in Verbindung mit Alkohol– und Drogenproblemen, konzentriert werden (Nr. 3). Es müssen geeignetere und effektivere Maßnahmen der Vorbeugung und Wiedereingliederung auch für junge Migranten, gruppenorientierte Täter, junge Mädchen und noch nicht Strafmündige entwickelt werden (Nr. 4).

Sanktionen sollten soweit möglich auf wissenschaftlichen Erkenntnissen der Wirkungsforschung beruhen (what works, with whom and under what circumstances, Nr. 5).

Besondere Aufmerksamkeit der Jugendkriminalpolitik ist den Konsequenzen für ethnische Minderheiten zu widmen, deshalb sollen die Verantwortlichen zu sog. impact statements verpflichtet werden (Nr. 6).

Als „neue Antworten" schlägt die Recommendation vor:

Die Ausweitung der Diversion sollte fortgesetzt werden, dabei ist die Tatproportionalität (der Verh ältnismäßigkeitsgrundsatz) zu wahren und die Freiwilligkeit des Täters zu beachten (Nr. 7). Bezogen auf schwere, gewalttätige und wiederholte Jugendkriminalität sollten ambulante (verhältnismäßige) Sanktionen fortentwickelt werden (ggf., soweit nicht kontraproduktiv, auch unter Einbeziehung der Eltern in die Verantwortlichkeit), insbesondere auch auf Wiedergutmachung und Aussöhnung mit dem Opfer ausgerichtete Maßnahmen (Nr. 8, 10).

Die Empfehlung für einen Ausbau ambulanter Sanktionen bei schwerer Kriminalität erscheint insofern bemerkenswert, als in diesem Bereich häufig von der Notwendigkeit freiheitsentziehender Sanktionen ausgegangen wird. Erfahrungen mit der Strafaussetzung zur Bewährung und mit ambulanten Erziehungs-/Behandlungsprogrammen im Rahmen der Bewährungshilfe oder Jugendhilfe haben aber gezeigt, dass auch mit strafrechtlich vorbelasteten, mit gewalttätigen oder in Gruppen agierenden jungen Straftätern erfolgreich gearbeitet werden kann (vgl. Dünkel 2003, S. 89 ff., 96 ff.). Insoweit ist es gelungen, Jugendliche ambulant zu betreuen, die man vor 20 oder 30 Jahren als klassisches Klientel des (Jugend-)Strafvollzugs betrachtet hat.

In Anbetracht der verlängerten Ausbildungszeiten und Statuspassagen ins Erwachsenenleben sollen die Sanktionen des Jugendstrafrechts bei Heranwachsenden entsprechend der Reifeentwicklung angewandt werden können (Nr. 11). Dies entspricht den genannten positiven Erfahrungen in Deutschland und aktuellen Gesetzesreformen z. B. in Litauen, Österreich und Spanien (s. o.)

Im Übrigen betonen die Empfehlungen an verschiedenen Stellen, die Notwendigkeit von auf wissenschaftlicher Grundlage erfolgenden Interventionen (risk asessment, evidence based interventions) und der empirischen Evaluation. Obwohl auch „neo-korrektionalistische" Gedanken (z. B. bzgl. der Haftung von Eltern) anklingen, bleibt die Empfehlung Rec (2003) 20 der Tradition eines gemäßigten Erziehungsstrafrechts (Stichwort: minimum intervention), das auch bei schwerwiegenderer Kriminalität auf ambulante Sanktionen setzt, verhaftet. Dies sollte gegenreformatorischen (repressiven) Reformforderungen als Merkposten entgegengehalten werden.

Die Implementation der Empfehlungen soll unter Beachtung von Qualitätsstandards in enger Zusammenarbeit der örtlichen Träger der Prävention und Intervention erfolgen. Ein ständiges „monitoring" wie die Verbreitung (dissemination) guter Praxismodelle gehören ebenfalls zu den neuen Strategien.

Es bleibt abzuwarten, inwiefern die Empfehlungen die Reformpraxis in Europa, insbesondere auch in den mittel- und osteuropäischen Ländern beeinflussen werden. Leider ist zu vermuten, dass es für eine wissenschaftliche Evaluation häufig an der finanziellen Grundlage fehlen wird. Die Bedeutung einer wissenschaftlich fundierten („evidence based") Kriminalpolitik kann allerdings nicht hoch genug eingeschätzt werden. Nur so wird es gelingen, populistischen Tendenzen, wie sie in Österreich von der Partei eines Jörg Haider, in Italien eines Silvio Berlusconi und in Franreich eines Le Pen auch mit Auswirkungen auf das Jugendstrafrecht propagiert werden, wirksam entgegenzutreten.

5. Die Empfehlungen des Europarats für Jugendliche im Vollzug ambulanter und freiheitsentziehender Sanktionen von 2008 ("European Rules for Juveniles Subject to Sanctions and Measures")

Im Januar 2006 verabschiedete das Ministerkomitee des Europarats die Neufassung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules, abgekürzt EPR, vgl. Council of Europe 2006; in deutscher

Übersetzung: vgl. Bundesministerium der Justiz Berlin u. a. 2007). Zugleich setzte das Komitee für Kriminalitätsprobleme (Committee on Crime Problems, CDPC) eine weitere Expertenkommission ein, die Mindestgrundsätze des Europarats für inhaftierte Jugendliche und Jugendliche unter ambulanten Maßnahmen erarbeiten sollte. Der Arbeitsauftrag bezog sich ausdrücklich auf den stationären und ambulanten Bereich und geht schon insofern über die EPR hinaus. Aber auch, was den Freiheitsentzug gegenüber Jugendlichen anbelangt, gehen die neuen Regeln weiter als die EPR: es soll nämlich jegliche Form des Freiheitsentziehung erfasst werden, und das bedeutet neben dem „klassischen" Jugendstrafvollzug die Unterbringung in (ggf. geschlossenen) Erziehungsheimen und in psychiatrischen Anstalten (bzw. anderen Einrichtungen des Maßregelvollzugs) sowie nicht zuletzt allen Formen des vorläufigen Freiheitsentzugs in Heimen oder in der Untersuchungshaft.

Die vom Europarat eingesetzte Expertenkommission, der Andrea Baechtold/Bern, Frieder Dünkel/Greifswald und Dirk van Zyl Smit/Nottingham angehörten, hat bis zum April 2008 die entsprechenden Mindestgrundsätze erarbeitet. Das CDPC hat in seiner Sitzung im Juni 2008 die Grundsätze abschließend beraten, die voraussichtlich Ende 2008 vom Ministerkomitee des Europarats beschlossen werden. Die Arbeitsergebnisse sind im Internet unter www.coe.int auf der Seite des Penological Council (PC-CP) einzusehen. Im Folgenden wird ein Überblick über die Grundzüge der zukünftigen Empfehlungen gegeben.

Die Empfehlungen für den Vollzug ambulanter und stationärer Sanktionen werden in 7 Hauptteile gegliedert sein: ebenso wie bei den EPR wird es einen ersten Teil mit allgemeinen Grundsätzen geben („Basic Principles"), die sowohl für ambulante wie für alle Formen stationärer Sanktionen gelten. Der zweite Hauptteil betrifft ambulante, der dritte stationäre Sanktionen. In den weiteren Teilen geht es übergreifend um „Legal advice and assistance", d. h. die Frage des Zugangs zu Rechtsbeiständen u. ä., im fünften Teil um Beschwerden, Rechtsmittel, Inspektionen und das „Monitoring". Ein weiterer Hauptteil (Part VI.) betrifft das Personal und Teil VII. die Evaluation bzw. (Begleit-)Forschung sowie die Zusammenarbeit mit den Medien und der Öffentlichkeit. Eine abschließende Regel (Part VIII.) fordert die regelmäßige Anpassung und Überarbeitung der Empfehlungen.

Vom Umfang her am umfangreichsten und am stärksten untergliedert sind die Teile 2 und 3, zumal im dritten Teil neben einem Allgemeinen Teil spezielle Teile für Jugendliche in Einrichtungen der Jugendhilfe, des Jugendstrafvollzugs und der (Jugend-)Psychiatrie sowie in Einrichtungen der vorläufigen Freiheitsentziehung (vorläufige Heimerziehung und Untersuchungshaft) vorgesehen sind.

Ebenso wie bei den EPR versucht der vorliegende Entwurf von Empfehlungen bzw. Mindestgrundsätzen im Rahmen von „Basic Principles" wesentliche Inhalte, die für den Gesamtbereich ambulanter und freiheitsentziehender Sanktionen von besonderer Bedeutung sind, „vor die Klammer" zu ziehen und damit eine grundsätzliche Orientierung zu geben.

Als generelle Zielsetzung wird den Empfehlungen in der Präambel Folgendes voran gestellt: „The aim of the present Rules is to uphold the rights and safety of juvenile offenders subject to sanctions or measures and to promote their physical, mental and social well-being when subjected to community sanctions and measures or any form of deprivation of liberty.

Nothing in these Rules ought to be interpreted as precluding the application of other relevant international human rights instruments and standards that are more conducive to ensuring the rights, care and protection of juveniles. In particular, the provisions of Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules and of Recommendation R (92) 16 on the European Rules on Community Sanctions and Measures shall be applied to the benefit of juvenile offenders in as far as they are not in conflict with these Rules."

Damit wird deutlich gemacht, dass die vorliegenden Empfehlungen nicht hinter anderen bereits existierenden Menschenrechtsstandards zurückbleiben wollen. Man könnte daraus den allgemeinen Grundsatz des Verbots der Schlechterstellung von Jugendlichen gegenüber Erwachsenen ableiten.

Die 20 als „Basic Principles" formulierten Grundsätze lauten wie folgt:

1. Juvenile offenders subject to sanctions or measures shall be treated with respect for their human rights.

2. The sanctions or measures that may be imposed on juveniles as well as the manner of their implementation shall be specified by law and based on the principles of social integration and education and on the prevention of re-offending.

3. Sanctions and measures shall be imposed by a court or if imposed by another legally recognised authority they shall be subject to prompt judicial review. They shall be determinate and imposed for the minimum necessary period and only for a legitimate purpose.

4. The minimum age for the imposition of sanctions or measures as a result of the commission of an offence shall not be too low and shall be determined by law.

5. The imposition and implementation of sanctions or measures shall be based on the best interests of the juvenile offenders, limited by the gravity of the offences committed (principle of proportionality) and take account of their age, physical and mental well-being, development, capacities and personal circumstances (principle of individualisation) as ascertained when necessary by psychological, psychiatric or social inquiry reports.

6. In order to adapt the implementation of sanctions and measures to the particular circumstances of each case the authorities responsible for the implementation shall have a sufficient degree of discretion without leading to serious inequality of treatment.

7. Sanctions or measures shall not humiliate or degrade the juveniles subject to them.

8. Sanctions or measures shall not be implemented in a manner that aggravates their afflictive character or poses an undue risk of physical or mental harm.

9. Sanctions or measures shall be implemented without undue delay and only to the extent and for the period strictly necessary (principle of minimum intervention).

10. Deprivation of liberty of a juvenile shall be a measure of last resort and imposed and implemented for the shortest period possible. Special efforts must be undertaken to avoid pre-trial detention.

11. Sanctions or measures shall be imposed and implemented without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, sexual orientation, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status (principle of non-discrimination).

12. Mediation or other restorative measures shall be encouraged at all stages of dealing with juveniles.

13. Any justice system dealing with juveniles shall ensure their effective participation in the proceedings concerning the imposition as well as the implementation of sanctions or measures. Under no circumstances shall juveniles have fewer legal rights and safeguards than those provided to adult offenders by the general rules of criminal procedure.

14. Any justice system dealing with juveniles shall take due account of the rights and responsibilities of the parents and legal guardians and shall as far as possible involve them in the proceedings and the execution of sanctions or measures, except if this is not in the best interests of the juvenile. Where the offender is over the age of majority the participation of parents and legal guardians is not compulsory. Members of the juveniles' extended families and the wider community may also be associated with the proceedings where it is appropriate to do so.

15. Any justice system dealing with juveniles shall follow a multi-disciplinary and multi-agency approach and be integrated with wider social initiatives for juveniles in order to ensure an holistic approach to and continuity of the care of such juveniles (principles of community involvement and continuous care).

16. In the application of sanctions and measures the identity of juveniles and confidential information about them and their families shall not be made public or conveyed to anyone who is not authorised by law to receive it.

17. Young adult offenders, whose personal development is not yet that of an adult may be regarded as juveniles and dealt with accordingly.

18. All staff working with juveniles perform an important public service. Their recruitment, special training and conditions of work shall ensure that they are able to provide the appropriate standard of care to meet the distinctive needs of juveniles and provide positive role models for them.

19. Sufficient resources and staffing shall be provided to ensure that interventions in the lives of juveniles are meaningful. Lack of resources shall never justify the infringement of the human rights of juveniles.

20. The execution of any sanction or measure shall be subjected to regular government inspection and independent monitoring.

Grundsatz Nr. 1 betont, dass Jugendliche, die staatlichen Sanktionen ausgesetzt sind, die Achtung sämtlicher Menschenrechte genießen. Ebenso wie die EPR geht es demgemäß nicht nur um die Achtung der Menschenwürde, sondern um den Kanon sämtlicher Grundrechte.

Grundsatz Nr. 2 bezieht sich auf den Grundsatz der Erziehung bzw. Wiedereingliederung als alleinigem Ziel sowohl bei der Verhängung als auch beim Vollzug ambulanter und freiheitsentziehender Sanktionen. Generalpräventiven oder allein sichernden Strafzwecken wird im Kommentar zu den Basic Principles klarstellend eine eindeutige Absage erteilt. Im Hinblick auf die in einzelnen Ländern bestehende

Möglichkeit, lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen oder eine zeitlich unbestimmte Verwahrung im Sinn der Sicherungsverwahrung auch für Jugendliche vorzusehen, muss folgender Satz aus dem Kommentar zu denken geben: „The rule on social integration would therefore not allow long-term security measures or life sentences that aim solely to protect society from young offenders and do not give them the prospect of release within a reasonable period."

Grundsatz Nr. 3 betrifft das aus rechtsstaatlicher Sicht selbstverständliche Prinzip, dass Sanktionen grundsätzlich von einem Gericht auferlegt werden und – soweit dies einer anderen Institution übertragen wird – der Rechtsweg unmittelbar eröffnet sein muss. Dies könnte von Bedeutung sein, wenn z. B. das nationale Recht vorsieht, dass ein Bewährungshelfer die Rahmenbedingungen der Bewährungsaufsicht bzw. Weisungen oder Auflagen ändern kann. Von grundlegender Bedeutung ist die Feststellung in Rule 3, dass alle Sanktionen und Maßnahmen von bestimmter Dauer sein müssen, zeitlich unbestimmte Strafen und Maßnahmen also ausgeschlossen sein sollen. Die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafen und die in Deutschland derzeit diskutierte nachträgliche Sicherungsverwahrung für Jugendliche würde diesem Grundsatz ebenso wenig entsprechen wie die Möglichkeit, im ambulanten Sanktionsbereich die Entziehung der Fahrerlaubnis oder Formen der Bewährungsaufsicht lebenslänglich anzuordnen. Auf internationaler Ebene nicht neu ist der Grundsatz, dass Sanktionen entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nur für eine möglichst kurze Dauer angeordnet werden sollen („for the minimum necessary period"). In Basic Principle Nr. 3 geht es um die Anordnung von Sanktionen, während Grundsatz Nr. 9 den gleichen Gedanken in Bezug auf den Vollzug von Sanktionen wiederholt. Grundsatz Nr. 10 hebt das Prinzip der möglichst geringfügigen und kurzen Eingriffsintensität für die Anordnung (Ultima-ratio-Prinzip) und den Vollzug freiheitsentziehender Maßnahmen nochmals besonders hervor (s. u.)

Grundsatz Nr. 4 bezieht sich auf die Untergrenze des Alters strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Ähnlich wie die Beijing-Rules der Vereinten Nationen und der existierenden Instrumente des Europarats enthält sich die vorliegende Empfehlung angesichts der Heterogenität der geltenden Altersgrenzen in Europa (vgl. oben Tabelle 1) einer bestimmten Festlegung und bleibt mit der Formulierung, dass das Alter der Strafmündigkeit „nicht zu niedrig" angesetzt werden solle, eher unverbindlich, ist aber doch als klares und kritisches Signal an Länder wie England und Wales oder Irland bzw. die Schweiz zu sehen, die mit dem Mindestalter von 10 Jahren deutlich vom europäischen Durchschnitt von ca. 14 Jahren abweichen. Im Kommentar wird darüber hinaus darauf verwiesen, dass Länder mit einem relativ niedrigen Strafmündigkeitsalter darauf achten sollten, ggf. die Bestrafungsmündigkeit bzgl. freiheitsentziehender Sanktionen i. S. von Jugendstrafvollzug höher anzusetzen. Dies ist in der Schweiz auch der Fall, wo eine Freiheitsstrafe i. S. der deutschen Jugendstrafe erst ab dem Alter von 15 Jahren möglich ist.

Grundsatz Nr. 5 betrifft den spezifisch jugendhilferechtlichen Gedanken, dass alle Maßnahmen unter dem Leitmotiv des Kindeswohls stehen sollen. Der Kommentar verweist in diesem Zusammenhang explizit auf außerjustizielle Konfliktlösungsformen i. S. der „restorative justice", die dem Kindeswohl häufig am ehesten entsprechen dürften. Ferner wiederholt Basic Principle Nr. 5 den auch schon in früheren Europaratsempfehlungen deutlich gewordenen Konsens, dass einerseits individualisierte, erzieherische bzw. spezialpräventive Zwecke verfolgende Sanktionen zu verhängen sind, diese aber durch das Prinzip der Tatproportionalität begrenzt werden müssen und demgemäß das Maß der Tatschuld überschreitende Sanktionen unzulässig sind (vgl. ähnlich die Rules Nr. 8 und 13 der Empfehlung [2003] 20 des Europarats). Im Kommentar wird hervorgehoben, dass das Prinzip der Individualprävention voraussetzt, dass differenzierte Diagnosen und Erziehungsvorschläge auf der Basis von ausführlichen Berichten („social inquiry reports", die über die deutsche Praxis der Jugendgerichtshilfeberichte hinausgehen) jedenfalls dann erstellt werden müssen, wenn es sich nicht um Bagatelldelinquenz handelt und im Rechtsfolgenbereich eingriffsintensivere als Diversionsmaßnahmen angezeigt erscheinen.

Grundsatz Nr. 6 betont das bei der Sanktionswahl und –bemessung notwendige Maß an Flexibilität bzw. Ermessen, jedoch darf dies nicht zu einer regional oder in anderer Hinsicht erheblichen Ungleichbehandlung junger Straftäter führen.

Grundsatz Nr. 7 untersagt jegliche Form erniedrigender Behandlung sowohl im ambulanten (z. B. bei der Art und Ausgestaltung gemeinnütziger Arbeit) wie auch im stationären Bereich (bei der Art der Unterbringung in überfüllten Anstalten etc.).

Grundsatz Nr. 8 untersagt zusätzliche, über die mit der Sanktion zwangsläufig verbundenen Einschränkungen hinausgehende Übelszufügungen, die den Wesensgehalt der Sanktion unnötig verschärfen.

Hier dürften einige osteuropäische Rechtsordnungen mit der Ausgestaltung des Jugendstrafvollzugs nach unterschiedlichen Schweregraden in der Tradition einer schulddifferenzierenden Vollzugsgestaltung Probleme haben.

Grundsatz Nr. 9 hebt – wie oben erwähnt – eine weitere Dimension des Verhältnismäßigkeitsprinzips hervor, dass nämlich der Vollzug von Sanktionen nicht länger als notwendig, d. h. möglichst kurz sein soll (Prinzip der „minimalen Intervention"). Dementsprechend müssen sowohl im ambulanten wie im stationären Bereich der vorzeitigen Beendigung von Maßnahmen bzw. Sanktionen vorgesehen werden, wenn der Zweck der Maßnahme vorzeitig erreicht ist oder eine vorzeitige Beendigung bzw. Entlassung verantwortet werden kann. Weiterhin betont Grundsatz Nr. 9, dass Maßnahmen möglichst ohne Verzögerungen vollzogen werden sollen („without undue delay"), was ihren erzieherischen Charakter stärken soll.

Grundsatz Nr. 10 wiederholt die Regelung in Nr. 37 der Kinderrechtskonvention, von Nr. 17 der Beijing-Rules ebenso wie die Empfehlungen des Europarats von 1987 und 2003, dass Freiheitsentzug – egal in welcher Form – „ultima ratio" bleiben muss, von möglichst kurzer Dauer sein soll und nur für den gesetzlich vorgesehenen Zweck vollstreckt werden darf. Der Kommentar betont in diesem Zusammenhang, dass der Aufenthalt in einer Anstalt auch nicht aus erzieherischen Gründen über das als Minimum vertretbare Maß hinaus verlängert werden darf. Jedoch sollen die Einrichtungen dafür Sorge tragen, dass Jugendliche eine in der Institution begonnene Ausbildungsmaßnahme nach der Entlassung möglichst „nahtlos" fortsetzen können.

Wie alle internationalen (und nationalen) Menschenrechtsstandards (vgl. z. B. Art. 14 EMRK, Nr. 13 EPR) heben auch die vorliegenden Empfehlungen in Grundsatz Nr. 11 das Verbot unzulässiger Diskriminierung wegen Geschlecht, Rasse, sexueller Orientierung, Religion usw. besonders hervor. Der Kommentar stellt hierzu klar, dass besondere Behandlungsmaßnahmen aufgrund eines festgestellten Förderbedarfs keine Diskriminierung bedeuten.

Grundsatz Nr. 12 hebt die Mediation bzw. Konfliktschlichtung zwischen Täter und Opfer hervor, die in jedem Stadium des Verfahrens und im Zusammenhang mit den vorliegenden Empfehlungen auch bei der Vollstreckung und dem Vollzug von Sanktionen stets besonders zu prüfen ist.

Grundsatz Nr. 13 betrifft die vorzusehende effektive Teilhabe von Jugendlichen im Verfahren ebenso wie bei der Vollstreckung von Sanktionen. Hierbei wird das Verbot der Schlechterstellung gegenüber Erwachsenen besonders betont. Der Kommentar benennt hierzu beispielhaft, dass auch Jugendliche in rein jugendhilferechtlichen Verfahren einen Anspruch haben, einen Rechtsbeistand in Anspruch nehmen zu können und, dass – unabhängig von der Verfahrensart – immer dann, wenn eine freiheitsentziehende Sanktion möglich ist, ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben sein soll.

Grundsatz Nr. 14 betrifft die Beteiligung der Erziehungsberechtigten und – nach Möglichkeit – des sozialen Umfelds („wider community"), die mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen dies dem Kindeswohl widersprechen würde, zu gewährleisten ist. Ein derartiger Ausschluss der Erziehungsberechtigten – so der Kommentar – ist durch Gutachten von Psychologen o. a. Sachverständigen zu begründen und formell von einem Gericht zu entscheiden bzw. zu begründen.

Grundsatz Nr. 15 greift die Notwendigkeit des bereits in den Empfehlungen des Europarats von 2003 hervorgehobenen multidisziplinären („multi-agency") Ansatzes (vgl. Nr. 21 der Recommendation [2003] 20) im Bereich von Jugendhilfe- und Jugendstrafrecht auf, was im Grunde nichts anderes bedeutet, als dass Juristen, Sozialarbeiter, Psychologen, ggf. Psychiater, Lehrer und andere beteiligte Disziplinen und entsprechende Institutionen (Jugendamt, Bewährungshilfe, Schule etc.) zusammenarbeiten sollen, ein Prinzip, das in Deutschland insbesondere im Bereich der Jugendgerichtshilfe gesetzlich verankert ist (vgl. § 52 SGB VIII; §§ 38, 72a JGG). Die Empfehlung geht aber noch darüber hinaus, indem das Gemeinwesen bzw. die Jugendarbeit insgesamt als Integrationspartner benannt werden. Ferner wird der Grundsatz der durchgehenden Betreuung („continuous care") hervorgehoben, der vor allem bei den Übergängen von Untersuchungshaft zur Strafhaft und zur (bedingten) Entlassung im dritten Hauptteil zum Freiheitsentzug eine besondere Rolle spielt und dort nochmals aufgegriffen wird.

Grundsatz Nr. 16 bezieht sich auf den Persönlichkeits- bzw. Datenschutz, der auch auf die Erziehungsberechtigten erstreckt wird.

Grundsatz Nr. 17 greift die bereits in Nr. 11 der Recommendation (2003) 20 vorgeschlagene weitergehende Einbeziehung von Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht auf, indem in ihrer Reife noch nicht voll entwickelte Heranwachsende wie Jugendliche behandelt werden sollen. Der Kommentar zu den vorliegenden Empfehlungen betont, dass Heranwachsende sich angesichts verlängerter Ausbildungszeiten

und verzögerter sozialer Reife heutzutage generell in einem Übergangsstadium befinden, das ihre rechtliche Gleichstellung mit Jugendlichen und eine mildere Sanktionierung im Vergleich zu älteren Erwachsenen rechtfertigt. Die meisten Länder haben dem Übergangsstadium, in dem sich auch Heranwachsende noch befinden, entweder durch eine Einbeziehung in das Jugendstrafrecht (bzw. der Anwendung jugendstrafrechtlicher Sanktionen) oder durch besondere Milderungsvorschriften im Rahmen des Erwachsenenstrafrechts Rechnung getragen (vgl. zusammenfassend Pruin 2007; Dünkel/Pruin 2008).

Grundsatz Nr. 18 ist Nr. 8 der EPR nachgebildet und hebt die besondere Rolle des Personals der Jugendhilfe und Jugendkriminalrechtspflege hervor. Dementsprechend bedarf es einer besonderen Ausbildung bzw. Qualifikation und Auswahl, ferner sind die materiellen Rahmenbedingungen für den Erfolg der Arbeit und insbesondere die Fortbildung sowie Supervision sicherzustellen.

Auch Grundsatz Nr. 19 lehnt sich inhaltlich an die EPR an (hier Nr. 4), indem die Mittelknappheit in keinem Fall als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen akzeptiert wird. Positiv formuliert Satz 1 von Grundsatz Nr. 17 (inhaltlich an Grundsatz Nr. 18 anschließend), dass ausreichende personelle Ressourcen vorzuhalten sind, die gewährleisten, dass die Maßnahmen gegenüber Jugendlichen hohen Qualitätsstandards entsprechen.

Grundsatz Nr. 20 entspricht Nr. 9 der EPR und hebt die Notwendigkeit eines umfassenden Systems staatlicher und unabhängiger Kontrolle und Aufsicht („independent inspection“ und „monitoring“) für den Bereich der Vollstreckung bzw. des Vollzugs ambulanter und freiheitsentziehender Maßnahmen gegenüber Jugendlichen hervor. Dazu gehört neben einem effektiven Individualrecht auf gerichtliche Kontrolle einzelner Entscheidungen des Vollstreckungs- bzw. Vollzugspersonals ein System von unabhängigen Inspektionen, ferner wird für stationäre Einrichtungen im Kommentar die Einführung von Ombudsleuten vorgeschlagen.

Auf die Detailvorschläge zur Vollstreckung ambulanter und zum Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen kann aus Raumgründen nicht näher eingegangen werden (vgl. hierzu Dünkel/Baechtold/van Zyl Smit 2007; Dünkel 2008).

6. Ausblick

Das Jugendstrafrecht ist durch die Entwicklung der Jugendkriminalität der 1990er Jahre unter Druck geraten. Ein allein auf positive Spezialprävention ausgerichtetes Erziehungsstrafrecht gerät bei brutalen, ggf. fremdenfeindlichen oder rechtsextremen Gewalttätern in Legitimationsnot und Argumentationsschwierigkei ten angesichts einer massenmedial teilweise aufgeheizten Debatte über angeblich notwendige härtere und generalpräventiv zu begründende Strafen. Die Entwicklung der Jugendkriminalität in Europa gibt allerdings insgesamt gesehen keinen Anlass zu einer Kehrtwende in der Jugendkriminalpolitik. Nach wie vor ist Jugendkriminalität ganz überwiegend episodenhaft und durch eher bagatellhafte Delinquenz charakterisiert. Zwar ist nicht zu verkennen, dass ein kleiner Teil von maximal 5% der männlichen Jugendlichen einer Geburtskohorte, vor allem der frühauffälligen, durch erhebliche Desintegrationsphänomene Belasteten, in dauerhafte kriminelle Karrieren abzugleiten droht, jedoch ist auch und gerade bei diesen jungen Menschen ein gemäßigtes, und rechtsstaatlich begrenztes Jugendstrafrecht ausreichend und als effizienter zu bewerten als eine Orientierung an repressiven, insbesondere längerfristigen freiheitsentziehenden Sanktionen.

Eine Aufgabe des Erziehungsanspruchs oder – weniger pathetisch – der Spezialprävention als Leitmotiv des Jugendstrafrechts (vgl. § 2 JGG i. d. F. v. 1.1.2008) würde zu einer ungerechtfertigten Verschärfung des Sanktionsniveaus führen und vor allem die Eigenständigkeit des Jugendstrafrechts als Sonderstrafrecht gefährden. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass mit der Ausdifferenzierung des Sanktionenkatalogs im Erwachsenenstrafrecht einerseits und mit der Stärkung prozessualer Verfahrensgarantien für Minderjährige die Systeme teilweise konvergieren (vgl. z. B. die Niederlande). Dennoch sollte das Jugendstrafrecht mehr als nur ein gemildertes Erwachsenenstrafrecht sein und bleiben. Die Empfehlungen des Europarats über neue Wege der Bekämpfung von Jugendkriminalität (2003) sowie für Jugendliche unter ambulanten und freiheitsentziehenden Maßnahmen (2008) stellen eine hilfreiche Orientierung für ein eigenständiges Jugendstrafrecht dar und entsprechen einem weitgehenden europäischen Konsens, auch in schwierigen Zeiten, eine rationale Kriminal- und Sozialpolitik für die Jugend zu bewahren. Ziel muss die Integration, nicht Ausgrenzung junger Rechtsbrecher sein. Diesem Ziel dienen konstruktive Maßnahmen wie die Mediation (Täter-Opfer-Ausgleich), soziale Kompetenzen verbessernde Erziehungshilfen und ein insgesamt besonnenes, rechtsstaatlich gemäßigtes Jugendstrafrecht.

Thesenartig lassen sich die hier dargelegten Befunde wie folgt zusammenfassen:

• Jugendkriminalität ist nach wie vor weniger besorgniserregend als manche Medien suggerieren.

• Der Anstieg der Jugendgewalt ist im Dunkelfeld weit weniger spektakulär als im Hellfeld, d. h. das Anzeigeverhalten hat sich verändert (vgl. u. a. BMI/BMJ 2006, 19 ff.). Dies dürfte für Deutschland und Schweden gelten, während in international vergleichenden Studien ein eher stabiles Anzeigeverhalten angedeutet wird.

• Im Übrigen verdienen Kinder und Jugendliche eher als Opfer denn als Täter der Gewalt die Aufmerksamkeit der Gesellschaft.

• Jugendkriminalität ist nach wie vor in aller Regel episodenhaft und weniger schwer.

• Gleichwohl bedarf es bei einer kleinen Gruppe erheblich und mehrfach Belasteter bzw. Benachteiligter der (u. U. frühzeitigen) normverdeutlichenden, aber vor allem auch stützenden bzw. fördernden Reaktion.

• Die klassischen Formen der Jugendhilfe und ambulanter Erziehungshilfen sind auch hier und bei jungen Gewalttätern zumeist ausreichend und erfolgreich.

• Wenn stationäre Unterbringung unerlässlich erscheint, sollte diese in einem erzieherischen (therapeutischen) Milieu (Heimerziehung oder sozialtherapeutischer Jugendstrafvollzug) stattfinden.

• Die Tendenzen der Jugendkriminalpolitik in Europa sind – soweit sie auf eine Ausweitung der erzieherischen Resozialisierungsangebote einschließlich einer Verstärkung der Wiedergutmachung („restorative justice“) gerichtet sind – zu begrüßen.

• Insofern kommt den Empfehlungen des Europarats von 2003 und 2008 eine richtungsweisende Funktion zu.

• Jugend braucht Verständnis, Toleranz und Aufgeschlossenheit der Erwachsenen, um ihre Integrati onsschwierigkeiten zu bewältigen.

• Ein repressives Jugendstrafrecht wäre insoweit eher kontraproduktiv.

• Abzulehnen sind damit neo-liberale, auf Bestrafung und Vergeltung ausgerichtete Ansätze (vgl. das „neo-correctionalist model“ in England/Wales), die keine empirisch begründbare Strategie einer rationalen Jugendkriminalpolitik darstellen.

• Formen der Restorative Justice (wiedergutmachende Strafrechtspflege) sind ein positiver Weg der Verantwortungsübernahme und gehen mit dem klassischen Erziehungsstrafrecht konform.

• Hauptaugenmerk sollte auf die (ggf. frühzeitige) Prävention und den Ausbau von Hilfemaßnahmen für Familien in prekärer sozioökonomischer und psychosozialer Lage gelegt werden.

• Noch immer gilt der Anfang der 20. Jahrhunderts von Franz von Liszt geprägte Grundsatz: die beste Kriminalpolitik ist eine gute Sozialpolitik.

T.V. Dolgolenko

Comparative analysis of criminal liability for rape according to the Criminal Code of Russian Federation and Criminal Codes of some other foreign countries

Т.В. Долголенко

Сравнительный анализ уголовной ответственности за изнасилование по УК РФ и УК некоторых зарубежных стран

На основе действующего законодательства УК РФ, УК Голландии, УК Испании, УК ФРГ дается сравнительный анализ уголовной ответственности за изнасилование, что позволило сделать вывод об одном из путей совершенствования нормы об ответственности за данный вид преступления.

The comparative analysis of the criminal liability for the rape is presented on the basis of the modern legislation of the Russian, Dutch, Spanish and German Criminal Codes. It allowed to set forth one of the ways to improve the legislative rule, which lays down the liability for the given type of a crime.

Традиционно сложившаяся в России на протяжении веков уголовно-правовая охрана сексуальных отношений предполагает выделение состава изнасилования, в котором потерпевшим признается лишь лицо женского пола. Наличие данного состава в УК РФ свидетельствует об особой заботе общества, государства об обеспечении нормальных естественных сексуальных отношений между мужчиной и женщиной, которые имеют первостепенное значение для продления человеческого рода и существования человеческого общества. Ни одно из преступлений, предусмотренных главой 18 УК РФ, не имеет тех последствий, какие могут иметь место в результате изнасилования, это и нежелательная беременность, и аборт, и рождение нежеланных детей, и пр. В то же время остается актуальной проблема совершенствования нормы, предусматривающей ответственность за изнасилование, повышение ее эффективности. В условиях глобализации изучение законодательства зарубежных стран также является важным звеном на пути совершенствования уголовного кодекса РФ. Обратимся к УК Голландии, УК Испании, УК ФРГ.

Уголовный кодекс Голландии предусматривает ответственность за половые преступления в разделе XIV- преступления против общественной нравственности. Термин «изнасилование» в УК Голландии в ст. 242 употребляется в более широком значении, чем в … и включает в себя акт насилия или другое действие или угрозу насилия или угрозу другим действиям, заставляющим другое лицо подчиниться действиям, содержащим или включающим проникновение в тело половым путем[1]. Отсюда следует, что не только половое сношение с применением насилия или угрозой его применения образует состав изнасилования по УК Голландии, но и если имели место иные действия, которые характеризуются проникновением в тело половым путем, кроме того, учтено большое количество способов достижения такого проникновения. К ним относится не только насилие или угроза его применения, но и угроза другими действиями. Таковы признаки общего состава изнасилования, ответственность за которое наступает у лиц обоего пола и за половое сношение, и за иные действия сексуального характера, «содержащие или включающие проникновение в тело половым путем». Статья 243 УК Голландии является специальной нормой, где содержатся признаки изнасилования лица, которое заведомо находится без сознания или физически не способно сопротивляться, или страдает такой степенью умственного недостатка или душевной болезни, что не способно или недостаточно способно проявить или выразить свою волю по данному вопросу или оказать сопротивление[2]. В данном случае речь идет об изнасиловании с использованием беспомощного состояния потерпевшего (потерпевшей).

В ст. 244 УК Голландии предусмотрена ответственность за действия, содержащие или включающие проникновение в тело половым путем, с лицом моложе двенадцати лет[3]. Обращаем внимание

© Т.В. Долголенко, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права ЮИ СФУ.
Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of criminal law.

[1] Уголовный кодекс Голландии / Науч. ред. д-р юрид. наук, заслуженный деятель науки РФ, проф. Б.В.Волженкин: Пер. с англ. И.В. Мироновой. СПб.: Юрид. центр «Пресс», 2001. С. 355.

[2] Уголовный кодекс Голландии. Указ. соч. С. 355, 356.

[3] Там же. С. 356.

на то, что все виды изнасилования, которые имеются в УК РФ, учтены и в УК Голландии. Однако УК Голландии уравнивает в общественной опасности действия, содержащие или включающие проникновение в тело половым путем, с применением насилия, с угрозой его применения или другим действием с тем же действием, содержащим или включающим проникновение в тело половым путем, совершенными в отношении малолетних, не достигших двенадцати лет, но уже без насилия, угрозы его применения или других действий. Можно сделать и такой вывод: изнасилование малолетней, в понимании УК РФ, и половое сношение с лицом, не достигшим двенадцати лет, наказываются по УК Голландии в пределах двенадцати лет тюремного заключения или штрафом пятой категории. По УК РФ изнасилование потерпевшей, заведомо не достигшей четырнадцатилетнего возраста, наказывается лишением свободы от восьми до пятнадцати лет. Выделяется в ст. 245 УК Голландии и категория потерпевших от подобных действий в возрасте до шестнадцати лет, точнее от двенадцати до шестнадцати лет, если виновный не состоит с ним в браке[1]. Наказание предусмотрено в виде тюремного заключения не более восьми лет или штрафа пятой категории. Но эти дела возбуждаются по жалобе в пределах срока давности. В данном случае речь идет о непристойных действиях, содержащих или включающих проникновение в тело половым путем. В последующих статьях речь идет лишь о непристойных действиях. Ст. 246 гласит: лицо, которое актом насилия или другим действием или угрозой насилия или угрозой другим действием заставляет, чтобы другое лицо выполнило или подчинилось непристойным действиям, виновно в непристойном нападении и подлежит сроку тюремного заключения не более восьми лет или штрафу пятой категории[2]. В ст. 247 потерпевшим от подобных действий признается лицо, находящееся без сознания или физически не способное сопротивляться или выразить свою волю по данному вопросу или оказать сопротивление, или этим потерпевшим является лицо, не достигшее шестнадцати лет, не состоящее в браке с виновным или не состоящее в браке с третьим лицом, которое соблазняется на совершение или подчинение таким действиям. Наказание в этих случаях тюремное заключение не более шести лет или штраф пятой категории[3]. Следует отметить, что в УК Голландии значительно подробнее регламентирована ответственность за непристойные действия с несовершеннолетними по сравнению с УК РФ (ст. 135). УК Голландии выделяет следующих субъектов совершения непристойных действий с несовершеннолетними: родителей, усыновителей, попечителей, воспитателей, лиц, которым несовершеннолетний вверен для обучения или наблюдения, публичный служащий, директор, врач, учитель, надзиратель, служащий тюрьмы, государственного исправительного дома, государственного учреждения, ведающего опекой и защитой детей, приюта для сирот, больницы или благотворительного учреждения, лиц, работающих в оздоровительном или социальном секторе (ст. ст. 249, 250 УК Голландии)[4]. Такая дифференциация субъектов заслуживает внимания нашего отечественного законодательства и является, с нашей точки зрения, хорошим образцом для подражания.

Уголовный кодекс Испании содержит раздел XIII «Преступления против половой свободы», который содержит пять глав: «О сексуальной агрессии», «О сексуальных злоупотреблениях», «Преследования сексуального характера»; «Преступления, связанные с занятием проституцией», «Общие положения к предыдущим главам». В УК Испании отсутствует понятие изнасилования, вместо него употребляется термин «сексуальная агрессия», который также включает в себя посягательство на половую свободу другого человека с насилием или запугиванием, что уже само по себе образует состав этого преступления и наказывается тюремным заключением на срок от одного года до четырех лет (ст. 178)[5]. «Если сексуальная агрессия состоит в физическом половом акте путем введения предмета, ротового или анального проникновения, то она наказывается тюремным заключением на срок от шести до двенадцати лет» (ст. 179)[6]. Следует вывод о том, что испанский законодатель, так же как и голландский, не различает потерпевших по полу от данного преступления и также широко толкует объективную сторону, не ограничиваясь половым сношением в естественной форме, как это имеет место в составе преступления, предусмотренного ст. 131 УК РФ, потерпевшим от которого признается лицо женского пола.

---

[1] Уголовный кодекс Голландии. С. 356.
[2] Там же. С. 357.
[3] Там же. С. 357, 358.
[4] Там же. С. 359, 360.
[5] Уголовный кодекс Испании / Под ред. д-ра. юрид. наук, проф. Н.Ф.Кузнецовой и д-ра. юрид. наук, проф. Ф.М. Решетникова. М.: Изд-во «Зерцало», 1998. С. 61.
[6] Там же.

В соответствии со ст. 180 УК Испании наказание в случаях совершения деяния, предусмотренного ст. 178, значительно возрастает (тюремное заключение от четырех до десяти лет), а в случаях совершения деяния, предусмотренного ст. 179, – предусматривается срок от двенадцати до пятнадцати лет при наличии следующих обстоятельств:

1. Если применение насилия или запугивание носят в частности унизительный или оскорбительный характер;

2. Если деяние совершается тремя или более лицами, действующими в группе;

3. Если жертва особенно уязвима, учитывая ее возраст, болезнь, положение;

4. Если преступление совершается с использованием родственных связей восходящим, нисходящим родственником или братом (сестрой) – родными, в результате усыновления или через отношения свойства;

5. Если виновный использовал особенно опасные средства, способные повлечь смерть или какое-либо телесное повреждение, предусмотренное в ст. ст. 149 и 150, независимо от наказания, которое могло быть назначено за причинение смерти или телесных повреждений.

Если присутствуют два или более вышеуказанных обстоятельства, наказание назначается ближе к верхнему пределу санкции[1]. Сравнительный анализ изложенных обстоятельств, которые учитываются в УК РФ в качестве конструктивных и квалифицирующих признаков, позволяет сделать вывод о том, что в основном они идентичны, за исключением обстоятельства, касающегося родственных связей, что также учтено в ст. 182 и, как ранее отмечалось, повышает ответственность за аналогичные деяния и в УК Голландии. Выделяется в УК Испании и такое понятие, как сексуальные злоупотребления, которые состоят в физическом половом акте путем введения предмета либо в ротовом или анальном проникновении, но уже без насилия или запугивания, при отсутствии согласия жертвы либо согласия было получено, но с использованием виновным своего явного превосходства, ограничивающего свободу потерпевшего. При этом признаются сексуальными злоупотреблениями действия, совершенные без согласия жертвы:

1) против лиц, не достигших двенадцати лет;

2) против лиц, лишенных разума, либо злоупотребления их душевными расстройствами (ст. 181, 182)[2].

В то же время следует отметить, что в отличие от ст. 134 УК РФ, где предусмотрена ответственность за действия сексуального характера, совершенных в отношении лиц, не достигших шестнадцатилетнего возраста, при наличии на то согласия или обмана, в УК Испании уголовная ответственность наступает за аналогичные действия в отношении лиц старше двенадцати, но младше шестнадцати лет, если при этом был использован лишь обман (ст. 183)[3]. В то же время обращает на себя внимание и в УК Голландии, и в УК Испании возраст несовершеннолетнего, имеющий значение для квалификации, до 12 лет. По УК РФ в данной главе в качестве особо квалифицирующего обстоятельства при изнасиловании указан возраст потерпевшей до 14 лет.

Кроме таких действий, как сексуальная агрессия и сексуальные злоупотребления, посягающие на половую свободу жертвы, в УК Испании выделяются преследования сексуального характера (ст.ст. 184–186). В ст. 185 говорится о непристойных эксгибиционистских действиях, но лишь в отношении лиц, не достигших шестнадцатилетнего возраста или страдающих психическими заболеваниями[4]. Распространение, продажа или показ порнографических материалов этим же потерпевшим образует состав ст.186 УК Испании. Аналогом состава ст. 133 УК РФ (Понуждение к действиям сексуального характера) в УК Испании является состав ст. 184, в соответствии с которым сексуальные домогательства уголовно наказуемы, если виновный использовал свое должностное или « аналогичного характера положение». Сравнение данных составов свидетельствует о том, что в УК РФ учтено не только зависимое положение потерпевшего, но и другие способы воздействия (шантаж, угрозы уничтожением, повреждением или изъятием имущества), которые не предусмотрены в УК Испании.

Обратимся к УК ФРГ. В разделе XIII этого кодекса предусмотрены «преступные деяния против полового самоопределения», среди которых выделяются сексуальные действия, сексуальное принуждение и изнасилование. Параграф 177 УК ФРГ предусматривает уголовную ответственность

[1] Уголовный кодекс Испаниие.Указ. соч. С. 61, 62.
[2] Там же. С. 62.
[3] Там же. С. 62.
[4] Там же. С. 63.

за сексуальное принуждение, изнасилование. Способами сексуального принуждения являются насилие, угроза реальной опасности для жизни и здоровья, использование беззащитного положения жертвы. Под изнасилованием в соответствии с § 177 понимается проникновение в тело, используя насилие, применяя угрозу реальной опасности для жизни и здоровья или используя положение, в котором жертва беззащитно отдана на произвол виновного. Подобные действия, как правило, попадают под особо тяжкий случай, так же как и сексуальные действия, связанные с принуждением, которые особо унижают потерпевшего и наказываются лишением свободы на срок не менее двух лет[1]. Отметим, что ч. 1 ст. 131 УК РФ дает понимание изнасилования более в узком объеме, ограничивая его естественным половым сношением с применением насилия или угрозой его применения к потерпевшей или к другим лицам либо с использованием беспомощного состояния потерпевшей, и предусматривает наказание лишение свободы на срок от трех до шести лет. Иные виды действий сексуального характера при наличии тех же способов учтены в ст. 132 УК РФ.

К особо тяжким случаям УК ФРГ относит сексуальное принуждение и изнасилование, совершенное несколькими лицами сообща.

В качестве квалифицирующих обстоятельств сексуального принуждения и изнасилования с точки зрения российского уголовного права УК ФРГ выделяет следующие, если исполнитель:

1) имеет при себе оружие или другой опасный предмет;

2) имеет при себе иной предмет или средство, чтобы препятствовать сопротивлению другого лица, используя насилие или угрозу его применения, и преодолеть это сопротивление , или

3) совершением деяния ставит жертву в опасность причинения тяжкого вреда здоровью. Наказываются подобные действия лишением свободы не менее трех лет.

Если же исполнитель:

1) при совершении деяния применяет оружие или иной опасный предмет, или

2 а) при совершении деяния причиняет тяжкий вред здоровью жертвы, или

б) совершением деяния ставит жертву в опасность причинения ей смерти – подобные действия наказываются лишением свободы не менее пяти лет. В § 178 выделен специальный состав принуждения к сексуальным действиям и изнасилование, повлекшее смерть потерпевшего, как сказано в диспозиции данного параграфа, «по крайней мере, по неосторожности». Наказание в данном случае значительно строже, чем по УК РФ в аналогичном случае, – пожизненное лишение свободы или лишение свободы на срок не менее десяти лет[2]. По УК РФ в случаях, когда изнасилование повлекло по неосторожности смерть потерпевшей или причинение тяжкого вреда здоровью, заражение ее ВИЧ-инфекцией или иные тяжкие последствия, а также если потерпевшая не достигла четырнадцатилетнего возраста и виновный об этом знал – наказание предусмотрено в виде лишения свободы на срок от восьми до пятнадцати лет. Особо следует отметить то обстоятельство, что в УК ФРГ большое внимание уделено характеру взаимоотношений между виновным и потерпевшим при квалификации сексуальных действий, которые не являются ни сексуальным принуждением, ни изнасилованием. В § 174 предусмотрена уголовная ответственность за сексуальные действия в отношении опекаемых, под которыми понимаются лица, не достигшие шестнадцати лет, которые вверены для воспитания, обучения или для социального попечения, а также лица, не достигшие восемнадцатилетнего возраста, которые вверены виновному для воспитания, обучения или для социального попечения или подчинены ему по службе или работе или если потерпевший (потерпевшая) является кровным или приёмным ребенком, не достигшим восемнадцати лет. В § 174а предусмотрена уголовная ответственность за сексуальные действия в отношении заключенных лиц, подвергшихся административной ответственности, или больных, находящихся в соответствующих учреждениях или нуждающихся в помощи. В § 174б предусмотрен состав преступления сексуальных действий, связанных с использованием должностным лицом своего служебного положения[3]. В § 174с названы признаки уголовно наказуемых сексуальных действий, связанных с использованием отношений по консультации, лечению и обслуживанию. В трех параграфах (§ 176, 176а, 176б) выделяются сексуальные действия в отношении детей (не достигших четырнадцатилетнего возраста). При этом под сексуальными действиями понимаются и действия, связанные с проникновением в тело потерпев-

[1] Уголовный кодекс ФРГ/Пер. с нем. А.В. Серебренниковой. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. С. 110.

[2] Уголовный кодекс ФРГ. Указ. соч. С. 111.

[3] Там же. С. 107, 108.

шего (потерпевшей). От изнасилования их отличает отсутствие сексуального принуждения. В § 179 предусмотрена ответственность за сексуальные действия в отношении лиц, неспособных оказать сопротивление. В § 180 предусмотрена ответственность за пособничество сексуальным действиям малолетних, под которыми УК ФРГ понимает лиц, не достигших шестнадцатилетнего возраста, а в случаях, когда подобные действия совершаются за вознаграждение или в отношении лица, доверенного для воспитания, образования или с целью социальной работы или подчиненного в рамках служебных или трудовых отношений, жертвой признается лицо, не достигшее восемнадцатилетнего возраста[1]. Заслуживает внимания и § 182 УК ФРГ, в котором предусмотрена ответственность лиц, достигших двадцати одного года, за сексуальные действия в отношении лиц моложе шестнадцати лет. В данном составе преступления также учтено использование зависимого положения жертвы или получение несовершеннолетним вознаграждения, что позволяет применить наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет или денежный штраф. При отсутствии данных обстоятельств сексуальные действия в отношении несовершеннолетних наказываются лишением свободы на срок до трех лет или денежным штрафом.

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что уголовные кодексы Голландии, Испании и ФРГ содержат ответственность за изнасилование и в понимании его УК РФ. То же самое можно сказать и об УК многих других стран мира. Однако во многих УК сформулирован единый состав преступления, содержащий ответственность за действия сексуального характера, включающие и изнасилование. Особо обращает на себя внимание то обстоятельство, что в УК Голландии, в УК Испании, в УК ФРГ в качестве конструктивных или квалифицирующих обстоятельств половых преступлений учтен характер взаимоотношений между жертвой и виновным, отношения зависимости, что, к сожалению, отсутствует в статьях главы преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы личности в УК РФ.

Вышеизложенное позволяет считать вполне оправданным существование в УК РФ состава изнасилования, требуется работа над его совершенствованием. В частности, следует вернуться к дифференциации субъектов изнасилования, имевшей место в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных, Уголовном Уложении, ныне действующих УК многих стран мира, в том числе Нидерландов, Испании, Федеративной Республики Германии. Охрана прав несовершеннолетних настоятельно требует именно такого подхода законодателя, проверенного историей и практикой. Представляется, что усиление уголовной ответственности должно иметь место в отношении всех преступлений сексуального характера, направленных против несовершеннолетних, с дифференциацией субъекта преступления в зависимости от родства и какой-либо иной зависимости потерпевшего.

[1] Уголовный кодекс ФРГ. С. 108–113.

A.E. Zhalinsky

Criminal law science

А.Э. Жалинский

Уголовно-правовая наука

Статья представляет собой общетеоретическое вступление к последующей разработке нескольких взаимосвязанных подходов в структуре уголовно-правовой науки, а именно: 1) собственно информационно- познавательного, 2) проблемного; 3) инструментального, 4) коммуникативно-дискурсивного. Для их последующего развития в любом случае требуется понимание уголовно-правовой науки как единого целого.

The article gives a general theoretical introduction to the further development of several interconnected approaches in the criminal-legal science, namely: 1) really informative-cognitive,2)problematic, 3) instrumental,4)communicative-discursive. Anyway, perception of criminal-legal science as integration is needed for their further development.

Постановка проблемы

Наука уголовного права как неотъемлемая составляющая правовой науки выступает и в качестве системных знаний различного характера, соотносимых с уголовным законом в его становлении, развитии и реализации, и в качестве социального феномена, подлежащего изучению. Иными словами, уголовно-правовая наука – это субъект познания и объект познания.

Необходимость уголовно-правовой науки для общества – очевидна. Но объектом познания уголовно-правовая наука оказывается реже, чем это необходимо. Ее осознание далеко не всегда осуществляется достаточно корректно на основе взвешенных и проверенных суждений.

Между тем получение научного знания об уголовном праве – это весьма сложный процесс, осуществляемый преимущественно профессионально многими субъектами, имеющими различные взгляды и установки. Ошибки науки зачастую корректируются практикой, но все равно дорого обходятся обществу, сказываясь на формировании правосознания, подготовке кадров и непосредственно на реализации уголовно-правовых предписаний.

Именно поэтому перед профессиональным сообществом стоят задачи осмыслить роль уголовно-правовой науки в новых условиях жизни общества, глубже познать ее природу, предмет, вывести социально значимые следствия из понимания и состояния науки как институциональный, проанализировать ее связи с иными правовыми и неправовыми науками, обсудить место уголовно-правовой науки в обществе.

Нужно признать, что решение этих задач возможно только путем обсуждения, ибо оно отягощается включенностью исследователей в уголовно-правовую науку, их позициями, самооценкой, сложностью существующих проблем.

С учетом такого положения выделим ряд проблемных вопросов понимания и развития уголовно-правовой науки и приведем некоторые связанные с ними соображения.

Основной посыл состоит в понимании науки уголовного права как сферы деятельности, процесса познания и составляющей информационной основы уголовно-правовой борьбы с преступностью. Принимается, что уголовно-правовая наука лишь часть общественного сознания.

Это и объясняет необходимость ее постоянного осмысления и развития.

В этой связи выдвигается несколько гипотез, которые являются и исходными положениями дальнейшего анализа, осознания возможностей этой науки в рамках и на основе целостного социального уголовно-правового дискурса.

А. Природа, функции и практическая роль уголовно-правовой науки объективно определяются тем, что все действия и решения, связанные с уголовным правотворчеством и применением уголовного закона, то есть являющиеся содержанием профессиональной работы в сфере действия уголовного права, должны быть основаны на максимально надежных методиках познания, поддаваться проверке и оценке, быть понятны обществу и профессионалам.

© А.Э. Жалинский, 2008

Доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой уголовного права факультета права ГУ ВШЭ (Москва).

Doctor of legal sciences, professor, RF well-deserved personality of science, Head of State University Higher School of Economy chair of criminal law (Moscow).

Б. Научной признается обобщенная и систематизированная информация, необходимая и пригодная для того, чтобы: а) повышать эффективность уголовного права, постоянно адаптируя его к изменяющейся социальной среде и вызовам времени; б) углублять понимание гражданами механизма действия уголовного закона, то есть того, как написанные людьми тексты переходят в решения и действия и каковы их издержки и полезность; в) расширять, улучшать методики, приемы, навыки профессиональной работы с уголовным правом.

В. Содержание уголовно-правовой науки и смежных источников знания включает в себя огромный объем разнородных социальных, экономических, правовых и иных сведений; предполагает наличие надежных способов (методик) работы с ней; достаточную квалификацию лиц, являющихся субъектами познания.

Г. Уголовно-правовая наука представляет собой сферу и процесс профессиональной деятельности, ядром которой должен быть постоянный мониторинговый поиск оптимальных уголовно-правовых решений и критика решений неэффективных. Такого рода деятельность хотя и осуществляется только специалистами, но ее результаты по природе вещей предназначены самому широкому кругу адресатов. Поэтому нужно постоянно анализировать, как, в каком объеме и какую научную информацию об уголовном праве получают разные группы населения, властные структуры, как они ее перерабатывают в установки, решения, лоббизм, то есть контролировать прямые и обратные связи с обществом.

Д. Уголовно-правовая наука должна быть осознанно включена в систему социального отражения феномена преступности и борьбы с ней, прежде всего в социально-правовое мышление, осуществляемое в процессе социального дискурса (обсуждения). Она должна занимать здесь особое место, выступая как инициирую-щий, контрольный и конституционно лояльный институт. Наука побуждает к осознанию социальных процессов и оценивает его результаты.

Во всяком случае, уголовно-правовая наука не может функционировать в отрыве от уголовно-правовой общественной мысли и уголовно-правового дискурса, сложившихся в стране в данный исторический период.

Это значит, что уголовное право как отрасль (и уголовная политика) реально находится под влиянием общества. На ее содержание влияют позиции субъектов социальной деятельности, правильные или неправильные. Они в значительной степени определяют собой доводы, мнения и гипотезы, которые обычно именуют наукой уголовного права и наукой в целом.

Таким образом, целостное, хотя и противоречивое, понимание уголовного права является результатом общесоциального уголовно-правового дискурса, то есть всего, о чем в обществе правильно и неправильно говорят и спорят относительно права; уголовно-правовая наука – это лишь специфический, профессиональный инструмент получения знания о нем, включенный в систему иных источников знания.

Е. Уголовно-правовая (как и правовая в целом) наука, в каждый период своего существования должна анализировать свою пригодность к решению стоящих перед ней задач. Оценка пригодности, а соответственно и полезности уголовно-правовой науки включает в себя:

– определение своего действительного, а не мнимого места в социальном отражении, то есть предмета исследований, реальных возможностей влияния на практику, специфичности, действительности, технологичности и содержания выдаваемой адресатам информации (иногда должна быть тщательно отделена от публицистики, агитации и пропаганды, решения стандартных задач и пр.);

– выяснение соответствия деятельности, объявляемой научной, и ее результатов принятым в данный период стандартам (методология, методика, аргументация, стиль, нейтральность и пр.);

– анализ полноты использования необходимой информации;

– осознания механизма и эффективности воздействия науки на общественную жизнь и общественное благо, включая ее влияние через учебный процесс.

Понятие, признаки и современное состояние уголовно-правовой науки

Постановка проблемы. В советской и российской уголовно-правовой литературе уголовно-правовая наука единодушно рассматривалась как самостоятельная отрасль правовой науки, общественной науки и науки в целом. При этом понимание науки как специфической сферы деятельности преимущественно основано на представлениях, сложившихся еще в XX в. в эпоху Ренессанса и

развитых в теории марксизма, хотя собственно возникновение правовой науки связывается в некото-рых работах с возникновением и развитием еще римского права.

В целом понимание уголовно-правовой науки основывается на признании суверенности научного познания, возможности установления истины и соответственно верификации высказываемых суждений, высокой социальной значимости науки при явно или неявно выраженных разногласиях относительно различий между естественными и общественными науками.

Вместе с тем в настоящее время, уже в XXI в., существуют, по меньшей мере, две проблемные ситуации, связанные с пониманием уголовно-правовой науки и ее места в обществе. Первая состоит в определенном размывании науки уголовного права, снижении ее стандартов и возникших и ширящихся обвинениях в стагнации научного знания. Вторая связана с игнорированием роли уголовно-правовой науки, невостребованностью даже весьма значимых суждений, объяснений, предложений практики.

Разрешение этих проблемных ситуаций – сложный и длительный процесс. Менее всего продуктивными здесь являются взаимные обвинения. Необходим анализ гносеологических, организационных, ресурсных и иных факторов, соотносимых с уголовно-правовой наукой.

Понятие уголовно-правовой науки. В принципиальном плане оно может основываться на понятии науки, принятом в советском и российском науковедении. В самом кратком виде по существу наука определялась как «сфера человеческой деятельности, функция которой – выработка и систематизация объективных знаний к действительности; одна из форм общественного сознания». При этом наука включает как деятельность по получению нового знания, так и ее результат – картину мира[1]. В российской и зарубежной науковедческой, философской, социологической современной литературе можно обнаружить сотни других исходных, иногда противоречивых информативных определений науки, включая специальные определения отраслевых наук. При всех расхождениях, однако, наука понимается как процесс выработки некоторой системы суждений, обладающих способностью объяснять изучаемые явления и предсказывать эффективные способы обращения с ними с учетом закономерностей либо возможных вариантов развития, то есть как: а) процесс институционального характера; б) как перерабатывающая информацию система; в) как совокупность суждений, отвечающих определенным требованиям. Собственно возможность отнесения этой отрасли знания к науке в российской литературе никем не оспаривается. Иначе – в немецкой. Профессор Нейман пишет: «Является ли правовая наука в своей основе правовой догматике наукой или только собранием сведений и мыслей – спорно»[2].

В российской уголовно-правовой литературе уголовно-правовая наука определяется не столь развернуто. Так, профессор А.В. Наумов понимает ее как «систему уголовно-правовых взглядов, идей, представлений об уголовном законе, о его социальной обусловленности и эффективности, закономерностях и тенденциях его развития, совершенствования, о принципах уголовного права, об истории уголовного права и о его перспективах, о зарубежном уголовном праве»[3].

Понятия, которые даются в учебниках и иных систематизирующих работах, не всегда должны исчерпывающе раскрывать суть обозначенного ими явления. Однако понятие уголовно-правовой науки есть определение предмета изучения данной отрасли науки как самостоятельной составляющей общественного сознания. Подчеркнем еще раз. Понятие науки определяет не предмет данной науки, но предмет знаний о науке, поскольку наука, на которую тратятся ресурсы и от которой общество ожидает информацию, необходимую для снятия, а не увеличения социальной напряженности, должна постоянно осмысливаться, оцениваться по различным ее параметрам.

Исходя из этого, следует признать, что распространенные в уголовно-правовой литературе понятия уголовного права являются неполными. В них отсутствуют, по меньшей мере, указания: а) на признаки науки, отличающие ее, например, от публицистики, обыденных суждений; б) процесс получения тезауруса, содержания науки; в) функции науки и ее современную роль в социальном контексте. Рассмотрим это подробнее.

Признаки науки уголовного права. Их игнорирование позволяет признавать научными любые относящиеся к уголовному праву суждения. На наш взгляд, такой подход вводит в заблуждение

---

[1] Среди массы работ, дававших аналогичные определения, см.: Советский энциклопедический словарь. М.: Наука, 1982. С. 876.

[2] Einzuhrung in Rechtsphilospil und Rechtsthearil der Megenwart Heidelberg C.F. Muller, 2004. C. 386.

[3] См.: Курс российского уголовного права. Общая часть / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. М.: Спарк, 2001. С. 59.

адресатов или потребителей информации, которую обязана производить наука, поскольку это приводит к утрате профессиональных стандартов и смешению различных источников информации. Уже говорилось о том, что уголовное право и уголовный закон являются объектом социального познания, реализуемого различными субъектами и различными способами. В романах Ф.М. Достоевского и Л.Н. Толстого, в выступлениях политиков, проповедях служителей церкви содержатся различные представления об уголовном законе, но в науку уголовного права они, как правило, не входят, как не входят в нее и различного рода публицистические выступления лиц, имеющих ученые степени и звания. Признаки уголовно-правовой науки, на наш взгляд, следует подразделить на характеризующие: а) предмет науки; б) продукт науки; в) процесс научной деятельности. Выделив для особого рассмотрения в соответствии с традицией предмет науки уголовного права, обратимся к ее продуктам и затем к ее институциональной характеристике как процесса.

Продуктом или результатом уголовно-правовой науки как процесса являются имеющие различную форму научные суждения, каждое из которых и все они вместе должны, по меньшей мере, претендовать на то, чтобы соответствовать принятой профессиональным сообществом системе исходных посылок различного уровня, вписываться в сложившуюся систему научного знания, основываться на проверяе-мых методиках и быть проверяемыми, поддаваться восприятию всеми заинтересо-ванными участниками научного обсуждения либо иными адресатами научной информации, обладая способностью продуцировать новую информацию, способную в конечном счете влиять на поведение самых разных адресатов уголовного закона, включая наблюдателей его действия.

Это означает, что продукт уголовно-правовой науки должен обладать признаками относимости к уголовному закону, соответствия принятым стандартам (аргументированности, проверяемости, пригодности к использованию для объяснения социального поведения или управления им, то есть полезности). Ниже мы покажем, что эти признаки в определенных случаях, прежде всего при оценке квалификационных работ, приобретают нормативно-правовой характер.

Это объясняет возрастание практической необходимости выделять в потоке информации: а) собственно продукты уголовно-правовой науки, т.е. научное ядро, которое образуют системы суждений, обладающих свойствами научных; б) также опытно-методические (инструктивные) суждения, которые могут быть исходными в учебном процессе, профессиональном научении; в) эмпирическую информацию, используемую для получения либо формулирования суждений; г) наконец, идеологические и обыденно-правовые компоненты, отражающие мнения заинтересованных лиц, которые они не считают нужными или не могут приводить в соответствие с профессиональными стандартами.

Такой подход должен быть положен, прежде всего, в основу требований и оценки информации, содержащейся в публикациях, которые по тем или иным причинам принято включать в корпус уголовно-правовой науки. Тогда можно различать, с одной стороны, пожелания авторов, отражающих их комплексы либо политические взгляды, а с другой – научные суждения, которые отвечают некоторым профессиональным требованиям либо стандартам.

В практике работы с уголовно-правовой информацией признаки относимости и принятых профессиональным сообществом указанных стандартов дополняются или иногда деформируются признаком формы информации, ее публикации в источниках, которые принято включать в научную литературу.

Профессиональные стандарты продукта, естественно, требуют глубокого и всестороннего анализа. Здесь можно лишь высказать некоторые суждения, скорее в виде примера.

Так, научные суждения, например, применительно к предложениям о совершенствовании уголовного закона, в соответствии с признаваемыми в «хорошей научной практике» стандартами, по-видимому, должны предусматривать выявление и описание проблемной ситуации, порождающей необходимость изменения действующего закона, что предполагает установление каузальной связи между основаниями онтологического характера (материальными, духовными, виртуальными и прочими) и решением; обоснование выбора предполагаемого предписания на основе взвешивания различных вариантов; необходимость обоснования определенных юридико-технических средств его формулирования и перевода в текст; расчет позитивных и негативных последствий на основе сравнения; опровержение возможных аргументов и др.

Отклонением от стандартов, пусть в виде своеобразных обычаев профессионального оборота, является «перегрев» сообщения риторикой, недоказанными броскими обвинениями, ссылками на такие источники, например, о совершении тех или иных деяний, которые сами по себе не надежны[1].

[1] Здесь можно привести много примеров необоснованных суждений юристов, адресованных обществу в форме

Признаки научной деятельности как институционального процесса. В принципе любой социальный субъект имеет право создавать тексты, которые могут рассматриваться как продукт уголовно-правовой науки, Но это лишь формальное допущение. В действительности признаками процесса научной деятельности в рамках уголовно-правовой науки являются: а) наличие институтов, обеспечивающих получение необходимой информации, создание организационных условий, поступление материальных ресурсов и подготовку кадров; б) существование научных коммуникаций, обеспечивающих обмен сообщениями, их оценку и конкуренцию на рынке идей; в) развитие механизмов и каналов воздействия науки уголовного права на социальную практику.

Проблемы нормативных и нормативно-правовых научных стандартов

На основе приведенных соображений можно попытаться сформулировать для дальнейшего обсуждения относительно полное определение науки уголовного права. Уголовно-правовая наука – это осуществляемый преимущественно на институциональной основе процесс получения полезных информационных продуктов об уголовном правотворчестве, правоприменении и правореализации, о действующих на них факторов и полученных результатах с целью обеспечения оптимальной уголовной политики, соответствующей осознаваемым социальным потребностям.

Это длинное и в общем неуклюжее определение. Но оно указывает на то, что следует подвергать анализу и оценке. Говоря кратко, наука уголовного права – это соответствующая профессиональным стандартам профессионально осуществляемая практика получения и систематизации обоснованной и выходящей за пределы обыденных сведений информации, пригодной для обоснования и совершенствования уголовно-правовых решений. Или еще короче: это процесс, институты, база необходимой и полезной информации.

Практические следствия из общего понимания уголовно-правовой науки. Некоторые из них получили реальное распространение в рамках научной деятельности, другие должны быть оптимизированы. Рассмотрим это подробнее.

Существуют, по меньшей мере, две ситуации, в которых выдвигаются юридические требования к информации.

Одна из них, лишь близкая к нормативному определению научных знаний, связана с определением в ст.ст. 57, 58 УПК РФ эксперта и специалиста как лиц, обладающих специальными знаниями. Знания – это воспринятая информация, а она по смыслу ст.ст. 57, 58 УПК РФ должна быть специальной, особой. Здесь, в сущности, законодатель легитимировал возможность правовой оценки информации.

Прямо же относятся к уголовно-правовой науке требования к диссертационным работам, дающим право на признание некоторого особого статуса как субъекта науки, причем именно по обозначенной специальности[1], а также сформулированные недавно требования к источнику или форме предваритель-ного представления научной информации для ознакомления и обсуждения ее адресатами (список ВАКа). Эти требования устанавливают минимальный перечень идентификационных признаков научной и, разумеется, уголовно-правовой информации. Как известно, в него входят актуальность, новизна, использование необходимых методологии и методики, практическая значимость.

Нетрудно видеть, что эти требования к продукту научной деятельности направлены в сущности на соблюдение стандартов (обоснованность) и обеспечение полезности (новизна и практическая значимость).

Не вполне отчетливо выражены признаки предмета исследования. Они неявно вытекают из требований к обоснованности суждения и предполагают – что крайне важно – необходимость аргументации суждений на собственной основе научной отрасли.

Существующее положение позволяет сделать ряд выводов. Прежде всего, требования к продуктам и процессу науки представляют собой укоренившиеся реалии. Далее, они нуждаются в обсуждении с науковедческих позиций, поскольку и содержательно, и формально научной критике практически не подвергались.

научного сообщения, которые могут повлечь тот или иной вид ответственности, но это отвлечет от обсуждения более существенных вопросов.

[1] В ФРГ Конституционный Суд дал негативное определение науки. К области науки – по его решению – произведение не относится, если в нем отсутствует притязание на научность… Это особенно имеет место, если оно не направлено на познание истины, а только создает иллюзию научной пользы или доказанности существующих мнений.

Наконец, существование и соблюдение этих требований под угрозой серьезных санкций, состоящих в объявлении результатов работы ничтожными, ставят вопрос о необходимости и возможности разработки иных, возможно более мягких, требований к иным направлениям науки уголовного права и их продуктам. В частности, это касается удостоверения фактических аргументов, соблюдения конституционной лояльности, соответствия выводов специальным знаниям и прочих несомненно, нуждающихся в обсуждении нормативных требований.

Оценка возможностей современной уголовно-правовой науки. Они могут быть описаны: а) по характеру и интенсивности влияния как в целом на позиции общества в сфере контроля над преступностью, так и в частности на уголовную политику и практику уголовно-правовой борьбы с преступностью; б) по объему и содержанию информации, то есть суждениям об объекте и предмете науки, ее полезности, то есть пригодности для оптимизации уголовно-правовой борьбы с преступностью.

В уголовно-правовой литературе теоретическая оценка возможностей уголовно-правовой науки осуществляется на основе анализа ее целей и функций[1].

Вместе с тем и российская, и зарубежная уголовно-правовая наука стоит перед необходимостью решения нескольких чисто практических проблем.

Оценка возможностей уголовно-правовой (и иных правовых наук) ме-няется под влиянием общих процессов развития общества и науки. В частности, в сфере науки это развитие теории познания, эпистемологии, гносеологии и необходимость новой оценки того направления философии, которое именуется диалектическим материализмом. Происходит имеющий огромное значение переход от т.н. сциентизма к более сдержанному пониманию того, что объявляется наукой. Причины этого, кратко говоря, таковы. Первая – само развитие науки приводит к переоценке ее возможностей. Правильно или нет, но наука уже не рассматривается как воплощение разума, способного оптимально регулировать поведение людей. Чаще высказываются мнения, что наука скорее анализирует последствия неверных решений, чем предлагает верные.

Как пишет отечественный исследователь В.Ю. Кузнецов, «всякое науч-ное знание носит, согласно Попперу (а именно он считается родоначальником перемен в подходе и оценке падинг – А.Ж.), гипотетический характер, подвержено неизбежным ошибкам (фаллибилизм) и хотя не может быть полностью и окончательно подтверждено, но зато вполне может быть избав-лено от заведомо ложных (фальсифицированных) положений»[2].

Вторая – уголовно-правовая наука в свое время не выполнила прогно-стическую функцию и не была готова к внезапным для нее социальным переменам. Третья – реальный спрос на научные знания в сфере уголовного права резко упал. Социальная практика уже не ссылается в сфере борьбы с преступностью на превосходство науки над другими методами социального познания и не декларирует необходимость «внедрения в практику научных достижений».

Наконец, подлежит, по-видимому, осознанию и тот факт, что философские и иные основания уголовно-правовой науки сами стали предметом ожесточенных дискуссий. Бесспорный, пожалуй, тезис марксизма о практике как критерии истины пока что указывает на крайне спорный характер многих утверждений, на которых до сих пор основывается уголовно-правовая наука. Это требует специального рассмотрения и, прежде всего, в сфере теории познания. Сейчас трудно сказать, является ли сложившаяся наука в уголовно-правовой сфере наиболее оптимальным и надежным способом получения и переработки информации, имеющей отношение к уголовному закону, либо им оказывается неотрефлексированный практический опыт. Во всяком случае, стоит осторожнее относиться к утверждениям о том, что наука уголовного права России всегда выполняла решающую роль в законотворчестве, что усилиями ученых было обеспечено проведение реформы уголовного законодательства[3], либо о том, что наука начинается там, где она говорит законодателю нет, не переоценивая значимости собственных суждений. Такого рода взгляды не просто отдают саморекламой, но и противоречат действующей Конституции РФ, возможно, невольно принижая роль законодателя и народа России.

Разумеется, из этого следует не отрицание, а необходимость уточнения роли науки уголовного права и как института, и как совокупности суждений, имеющих наличные и потенциальные

---

[1] См.: Волженкин Б.В. Уголовное право России. СПб,. 2006. С. 195.

[2] См. его «Понять науку в контексте культуры» в книге Кун Т. «Структура научных революций». (М.: Аст., 2001).

[3] Ш. Уголовное право. 2007. № 2. С. 133. Уголовное право России. СПб., С. 1933.

смыслы, представляющие продукт, полезный обществу. Состоять это уточнение может в указании на возможности уголовно-правовой науки перерабатывать и делать пригодной для использования в нуждах уголовного права данных других наук, построении технологически оптимальных моделей уголовно-правовых предписаний и пр.

Одновременно – и это весьма важно – уточнение возможностей уголовно-правовой науки связано с ее отказом от формирования общеполитических суждений, оценок и установок. Вопрос, в частности, о выборе между рыночной и планово-распределительной системой в экономике – не дело уголовно-правовой науки, тем более, что рассуждения на эту тему нередко лишь компрометируют научных работников, плохо представляющих, о чем они рассуждают[1].

Регулирующая функция науки уголовного права

Продукты науки уголовного права обращены к широкому кругу субъектов: законодателю, обществу, центрам влияния в обществе, референтным группам, прямым адресатам норм, различным заинтересованным субъектам. Уголовно-правовая наука существует именно для того, чтобы обеспечить в конечном счете принятие ими наиболее оптимально социальных решений в данной сфере. Отсюда наряду с уточнением возможностей уголовно-правовой науки настоятельно необходимо принципиальное повышение спроса на ее результаты, на ее продукты, значение которых не подрывается необходимой самокритикой.

Использование уголовно-правовой науки объективно ограничивается: а) правильно или ложно понятыми интересами различных социальных групп; б) состоянием правовой аномии в экономической, социальной и духовной сферах; в) сложностью объекта объяснения, в особенности механизма уго-ловно-правового регулирования и субъективно – состоянием правоприменительной практики, ее кадровым, ресурсным и институциональным обеспечением.

Таким образом, спрос на научные уголовно-правовые суждения в значительной части зависит от состояния общества и не обусловлен логикой только самой науки. Субъекты уголовно-правовой применительной практики профессионально подготовлены неодинаково и в разной степени ориентируются на глубинные интересы страны. В связи с этим возникает ряд специальных проблем: баланса свободы и практической ориентации уголовно-правовой науки, оценка и подготовка продукта и пр.

Свобода научного творчества и ожидания практики. Напряжение между этими полюсами существует далеко не только в отечественной науке. В. Хассемер – авторитетный правовед и судья Конституционного Суда ФРГ отмечал, что уголовно-правовая наука не может ликвидировать напряжение между свободой науки и ее связанности, то есть напряжения между конституционными гарантиями и ожиданиями общества; оно не должно и желать ликвидации такого напряжения, но исходить из него[2]. Наличие этого напря-жения, на наш взгляд, разрешается по двум направлениям. Первое – это соблюдение того, что разумно называть конституционной лояльностью. Можно спорить, должна ли в основе уголовно-правовой науки лежать какая-либо идеология, но, несомненно, что институциализированная наука должна, как и уголовный закон, основываться на действующей Конституции РФ.

Вместе с тем научная деятельность является профессиональной по своей природе. Она оплачивается различными социальными группами либо обществом в целом и, наконец, производит информационный продукт (тексты, услуги), которые должны, как и любой другой продукт, соответствовать некоторым общим и специальным требованиям. Но главное, возможно, состоит в том, что наука уголовного права изучает часть такого социального феномена, как «право», которое в принципе должно исключать и административный произвол. Различие между правом и «неправом» должно всегда учитываться правовой наукой в целом и уголовно-правовой в особенности. Предложение кастрировать людей, совершивших те или иные деяния, не соотносится с правом; хотя формально оно в ряде стран признается законным; таким когда-то считался нормативно-правовой акт об ответственности членов семей изменников Родины и проч.

Второе направление должно состоять в разработке форм и методик представления практике научной информации. Здесь много спорных вопросов. Современное состояние криминологии, редко выходящей за рамки официальной статистики, вряд ли делает своевременным введение криминологической экспертизы.

Но система научных заключений ad hoc, обязательных к подготовке, была бы полезной.

---

[1] Примеров тому много. Это рассуждения о захвате «государственных недр, лесов, моря» (цит. текст по журналу Уголовное право. 2007. № 2. С. 132.)

2 Die heutsche Soraprechfswisseuschaft vor der Schrtauscudwende, Beck, Munchen, S. 28–29. 2004. Немецкая уголовно-правовая наука перед сменой тысячелетий.

Необходимость развития условия функционирования науки уголовного права

Это еще одно следствие из понимания природы уголовно-правовой науки. Соответствующие запросы должны быть сформулированы в рамках и на основе уголовно-правовой науки. Уголовное право – отрасль публичного права, активно реализуемая преимущественно публичной властью. Поэтому в обязанности публичной власти и общества в целом по отношению к уголовно-правовой науке входят: а) обеспечение доступа к эмпирической информации; б) создание инфраструктуры научной деятельности, необходимых для нее условий; в) обязательный учет научных суждений, представляющих господствующее мнение либо его обоснованно опровергающих.

Таким образом, уголовно-правовая наука должна обеспечиваться в публично-правовом порядке как ресурсоемкий, во многом существующий на деньги налогоплательщиков механизм, цель которого состоит в обеспечении своими возможностями специальных потребностей общества.

Состояние современной уголовно-правовой науки. Во многих странах состояние уголовно-правовой науки оценивается как неудовлетворительное, хотя при этом используются различные аргументы и различаются причины и степень неудовлетворенности. В самом деле, исследователям трудно, указы-вая на кризис уголовного права, признавать высокий уровень развития уголовно-правовой науки[1].

Вместе с тем оценка современного состояния уголовно-правовой науки в любой стране представляет собой интеллектуально и, возможно, еще более психологически, трудную задачу, о чем говорилось уже применительно к оценке научности публикации[2]. Субъект оценки – повторим – обычно участник научного процесса, и ему сложно непредвзято оценивать его состояние.

Примером являются споры о состоянии науки уголовного права, развернув-шиеся в 2006–2007 гг. на страницах журнала «Уголовное право». Так, профессор А.В. Наумов выразил несогласие с оценкой современного состояния отечественной науки уголовного права как находящейся в кризисе[3]. В ответ В.Н. Кудрявцев высказал мнение, что «наша современная уголовно-правовая наука нуждается в серьезной модернизации», указав, в частности, что уголовное право «крайне нуждается в глубоком анализе демографии, статистики (не только судебной), а также в социологических и психологических исследованиях…». Кажется очевидным, что к высказанным позициям, их оценки должны формироваться на основе характеристики нерешенных вопросов и анализа релевантных эмпирических данных.

Определение предмета уголовного права в литературе.

Оно дается различным образом. В него, например, включают: а) комментирование, иначе, доктринальное толкование уголовного закона; б) разработку рекомендаций для законодательства и правоприменительной практики; в) изучение истории уголовного права; г) сравнительный анализ отечественного и зарубежного права; д) разработку социологии уголовного права[4]. Получается, что предмет науки подменяется описанием процесса и функций научного исследования. Более точно определение Б.В. Волженкина, по мнению которого, в предмет науки уголовного права входят: 1) история уголовного права; 2) действующее уголовное право; 3) уголовная политика; 4) международное уголовное право и уголовное право зарубежных государств[5].

Разумеется, наибольший интерес представляет действующее уголовное право как составляющая предмета науки уголовного права.

Аналитический подход проводится во многих странах СНГ, в частности, украинскими специалистами в области уголовного права. М.Н. Бажанов особо подчеркивает, что предметом науки уголовного права является не только уголовное законодательство, но и практика его применения[6].

---

[1] Основные положения, развиваемые ниже, были приведены с указанием на авторов, занимавшихся данной проблематикой в статье «О современном состоянии уголовно-правовой науки» (Уголовное право. 2005.).

[2] Российская наука уголовного права была действительно высокопрофессиональной. Но, возможно, какой- то комплекс вины сейчас порождает некритический подход к работам по уголовному праву, изданным до 1917 г., проявляющий, в частности, в таких эпитетах, которые, скорее всего, смутили бы.

[3] См.: Уголовное право 2006. № 4. В журнале «Уголовное право» (2007. № 2) в дискуссию вступила Н.Ф. Кузнецова, но она, к сожалению, перепутала науку уголовного права, о которой шла речь в тексте А.В. Наумова и преимущественно в ответе В.Н. Кудрявцева, и высказалась, если не считать неточного замечания об изменении немецкого учения о составе преступления, о модернизации уголовного права, что, разумеется не одно и то же.

[4] Курс уголовного права. М.: Наука, Т. 1. С. 5.

[5] «Идеология многих университетских специальностей», «Троин из утопии». М.: Праксис,2002. С. 55.

[6] Кріміналне право України, Зачальна частина, 2 вид. К., 2005. С. 20.

Особенности предмета науки уголовного права. Они связаны с природой уголовного права и состоят, на наш взгляд, в следующем:

а) собственно предмет уголовного права, то есть «реальная жизнь» и способы получения информации о ней постоянно меняются;

б) предмет науки уголовного права создается развитием уголовного права и самой этой наукой; эти два обстоятельства иногда используются как аргументы против признания исследований уголовного права наукой;

в) даже догматическое изучение действующего уголовного права приводит к необходимости учета самых различных факторов (например, баланс централизации и запрета нарушений конкуренции на рынке при толковании ст. 178 УК РФ); отсюда споры о предмете уголовного права, известные как конфликт классической и социологической школ;

г) уголовное право и его контекст крайне чувствительны социально, политически и экономически. По мнению профессора В. Хассемера, «Запреты и наказания – это также политика, публично-правовой медиум нормативного понимания наших фундаментальных жизненных интересов и границ свободы». И такое понимание особенно важно для науки стран, находящихся в переходе от системы к системе, пусть даже с входом в стабилизацию; отсюда острейшая полемика, приводящая к подмене предмета уголовно-правовой науки политологией или, того чаще, обыденным сознанием, которое распространяется на все;

д) предмет науки уголовного права реально существует как деятельность, то есть технология реализации уголовного права, затраты на нее и последствия, превращенные в социальные изменения – статусные, поведенческие и иные;

е) наконец, предмет науки вариативен, он предполагает выбор между продуктами науки, предлагаемыми его альтернативами.

Структура предмета уголовно-правовой науки. Предмет уголовно-правовой науки в силу своих особенностей охватывает: а) основания легитимации уголовного закона; б) юридико-технические средства его действия; в) реализацию монополии государства на осуществление наиболее острых видов насилия на основе закона и в строгом соответствии с ним.

Но и такая характеристика структуры предмета науки уголовного права является лишь ориентирующей. Она нуждается в дополнении указанием на общие критерии формирования структуры предмета. Ими являются: а) феномен внешнего для науки мира, так или иначе влияющий на состояние уголовного законодательства и практику его реализации, то есть общее для науки начало целесообразности и относимости знания; б) способность науки уголовного права производить обоснованную информацию на своей основе и в своих целях, то есть начало компетентности.

На наш взгляд, необходимо рассматривать предмет уголовного права на двух уровнях: материальном как реальное поведение и нормативном и как созданный обществом феномен – артефакт. Артефактом являются: а) законодательство в стадии формирования и разработки; б) действующее законодательство; в) практика применения законодательства; г) нормативные факторы легитимации применения закона; д) система правовых норм как объективное уголовное право; е) язык уголовного закона и права; ж) наличные и возможные приемы применения уголовного закона; з) последствия реализации уголовного закона.

За этими элементами предмета «скрываются» бытийные, реальные, существующие явления, образующие содержание уголовно-правового поведения. Они включаются, вводятся в предмет уголовного права при его целостном и поэлементном изменении путем создания новых артефактов или изменения существующих. Так вначале по логике познания исследуется деяние как реальный волевой и интеллектуальный процесс. Данные о нем оцениваются и переводятся в уголовно-правовую доктринальную модель деяния, которая воплощается в законодательную форму преступления, не теряя, а отражая реальные свойства проявляющегося вовне отношения человека к окружающему миру.

Двухуровневый подход к предмету уголовно-правовой науки принципиально важен. В любом компоненте существования уголовного закона в статике и динамике либо выявлении потребности в нем при любом объеме работы с ним обязательно следует выявлять: а) каким онтологически, бытийно (по жизни) является регулируемое поведение; б) какие его свойства, параметры соотносимы с возможным уголовно-правовым запретом на социальном и индивидуальном уровнях; в) какие связи возникают между запретом и иными нормами (нормативные связи), нормами и субъектами (субъектные связи).

В действительности онтологический подход неявно реализуется в уголовном праве, но, разумеется не всегда достаточно.

Разнообразие форм существования явлений, входящих в предмет уголовного права, порождает необходимость анализа их относимости к предмету. Прежде всего, относимость многих проявлений реальности к уголовному праву создается содержанием и применением уголовного закона. Вопрос о такой относимости прежде всего решает законодатель, и его решения далеко не всегда представляют собой рациональную легитимацию закона.

Поэтому именно предмет науки уголовного права не может быть определен как нечто постоянное, во всяком случае, если он охватывает реальную жизнь.

Постоянно решается вопрос о его конкретном содержании, о том, что – повторяем – должно изучаться методами и методиками науки уголовного права.

Систематизированность уголовно-правовой науки. Здесь возникает часто упускаемая из виду проблема соотношения системности и вытекающего из нее требования систематизации научного знания и его мозаичность. Элементы предмета уголовного права и соответственно науки уголовного права по своей природе во многих случаях, если не всегда, не существуют как нечто системное как находящееся в жестких связях. Исследуемые феномены противоречивы, мозаичны, неоднородны. Это определяет в принципе как возможность и разумность судейского усмотрения, так и сложность легитимации уголовного права. Примером является назначение наказания. Невозможно, в принятом смысле этого слова, научно обосновать истинность или хотя бы то, что называют действительностью, выводов о наказании.

Это же относится ко второму уровню предмета уголовно-правовой науки, то есть юридическим конструкциям, реализующим цели уголовного закона. Сложности здесь связаны с тем, что уголовный закон содержит лишь некоторые условия применения уголовного закона, нуждающиеся в дополнении. Так, предписания о субъекте преступления относятся лишь к некоторым его сторонам, необходимым, но недостаточным, и возможно, проблемы закона впоследствии будут устранены.

O.M. Kylina, N.V. Schedrin

Criminal law sanctions systems: some states doctrine patterns review and proposals for the Russia Federation law-maker

О.М. Кылина, Н.В. Щедрин

Системы уголовно-правовых санкций: обзор доктринальных моделей некоторых государств и предложения к российскому законодателю

В статье рассматривается принятая в немецкой юриспруденции типология доктринальных моделей построения уголовно-правовых санкций: одноколейные (монистические) или двухколейные (дуалистические). Авторы делают вывод, что в этом контексте систему российского уголовного права следует признать четырехколейной. Кроме мер наказания и безопасности она включает в себя меры поощрения и восстановления.

The article deals with the typology of the doctrine models of criminal law sanctions in German jurisprudence. There are one-way (monistic) and two-ways (dualistic) models. The authors state that in this context Russian system of criminal law should be recognized as a four-way model, as it includes not only measures of punishment and security, but also measures of encouragement and rehabilitation.

Основные элементы системы уголовно-правовых санкций

Система уголовно-правовых санкций является важным инструментом противодействия преступности. Каждое государство стремится к тому, чтобы создать систему санкций, при помощи которой наиболее эффективно будут решены как задачи защиты общества от преступных посягательств, так и задачи реинтеграции в общественную жизнь лиц, подвергнутых наказанию. В основе теоретического обоснования и законодательного закрепления конкретной системы уголовно-правовых санкций лежит совокупность целей, которые должны быть достигнуты посредством применения уголовно-правовых санкций. Не вдаваясь в подробности дискуссий по поводу того, какие цели действительно преследует и достигает государство, применяя наказание и другие виды уголовно-правового воздействия, остановимся на общем перечне целей, когда-либо признаваемых целями уголовного права в различных правовых системах. К таковым относятся:

- возмездие и искупление вины;
- частная превенция и общая превенция;
- восстановление справедливости (социальной справедливости);
- перевоспитание и ресоциализация преступника[1].

В юридической науке различных стран в зависимости от ориентированности на первоочередное или принципиально возможное достижение той или иной цели выделяются два вида уголовно-правовых санкций: наказание и меры безопасности (исправления и безопасности; социальной защиты и т.п.)[2]. Наказание как первичная, можно сказать классическая, разновидность уголовно-правовых санкций, по распространенному в европейской юриспруденции мнению, нацелено, в первую очередь, на воздаяние[3] обществом преступнику за совершенное нарушение правил общежития, восстановле-

© О.М. Кылина, Н.В. Щедрин, 2008

Кылина Ольга Михайловна – магистр немецкого права кафедры иностранного права и сравнительного правоведения ЮИ СФУ. LLM, junior lecturer Siberian Federal University Law institute chair of foreign and comparative law.

Щедрин Николай Васильевич – доктор юридических наук, заведующий кафедрой деликтологии и криминологии ЮИ СФУ (Красноярск), профессор. Doctor of legal sciences, professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of tort and criminology.

[1] Schröder H. Die Vereinheitlichung der Strafe und sichernden Maßnahmen, ZStW, 66 (1954), S. 180; Streng F. Strafrechtliche Sanktionen, Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1991, S. 7–11.

[2] См.: Щедрин Н.В., Терещенко А.И. Меры безопасности в уголовном законодательстве России и некоторых европейских государств // Правовая реформа и зарубежный опыт: Сб. науч. ст. / Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 2000. С. 102–123.

[3] В российской науке уголовного права возмездие, кара признаются не целями наказания, а основным имманентно присущим ему качеством, его сущностью. См., напр.: Зубкова В.И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика, М., 2002. С. 58–60; Мицкевич А.Ф. Признаки преступления и наказания. Цели и механизмы действия нака-

ние социальной справедливости, устрашающее и воспитательное воздействие на общественность с целью предотвращения преступлений со стороны ее неустойчивых членов[1].

В силу ограниченных специально-превентивных возможностей наказания[2] считается, что меры безопасности являются наиболее адекватной формой для предупреждения преступлений со стороны конкретной личности посредством лишения ее на определенное время фактической возможности совершать преступления (лишение или ограничение свободы), путем закрепления нежелания снова претерпевать ограничения (негативная частная превенция), а также через воспитание уважения к существующему общественному и правовому порядку (позитивная частная превенция)[3].

В последние десятилетия в ФРГ достаточно успешно реализуется модель примирения преступника с потерпевшим (Täter-Opfer-Ausgleich – дословно «преступник-жертва-примирение»), в связи с чем немецкие ученые отмечают появление в уголовном праве третьей колеи – мер восстановления (die Wiedergutmachung)[4]. Хотя этот вид уголовно-правовых последствий становится все более популярным во многих странах, признания в официальных доктринах эта третья колея еще не получила. Поэтому ниже мы обратимся к характеристике двух общепризнанных видов санкций: мер наказания и мер безопасности.

Общая характеристика наказания. Наказание как вид правовых последствий преступления определяют две характеристики. Во-первых, наказание воспринимается как выражение социально-этического порицания преступного деяния и лица, его совершившего. Порицаемость преступления связана с виновностью его совершения, поэтому наказание как ответ на преступление всегда производно от вины преступника. Общепризнано, что без вины наказания быть не может, и если преступник действовал в состоянии, исключающем виновность, он не может быть подвергнут наказанию. Кроме того, основанием для определения конкретного вида и размера наказания является степень вины преступника. Зависимость (адекватность соотношения) между виной и назначаемым наказанием настолько сильна, что в некоторых уголовно-правовых системах – например, в Германии[5] – не допускается не только превышение верхней допустимой границы наказания, но и назначение наказания ниже низшего предела.

Во-вторых, наказание представляет собой реакцию на уже совершенное преступление. Основания для применения наказания, все его необходимые предпосылки лежат только в прошлом.

Общая характеристика мер безопасности. Меры безопасности в теории уголовного права были выделены значительно позднее наказания. Их основоположниками считаются швейцарская и итальянская школы конца XIX – начала XX веков. Швейцарский правовед Карл Штоос, включая в проект уголовного кодекса 1893 г. наряду с наказанием меры безопасности (Sicherungsmaßnahmen), исходил из того, что посредством ограниченного степенью вины наказания невозможно в полном объеме воздействовать на преступность, а также защитить общество от преступных посягательств[6].

Меры безопасности явились в определенной мере ответом на рост рецидивной преступности и, соответственно, в отличие от наказания, ориентированы, в первую очередь, на предупреждение совершения дальнейших преступлений лицом, в отношении которого они применены. Исходя из этого, направленные в будущее меры безопасности связаны не с виной лица, совершившего преступление, а со степенью его потенциальной опасности для общества. Состояние опасности лица, находящее свое выражение в специальном прогнозе опасности, а также потребность общества в защите от опасностей, исходящих от такого лица, образуют центральные моменты института мер безопасности. Противоправное деяние при этом представляет собой только один из симптомов (критериев) опасности лица[7].

зания, Красноярск, 2005. С. 72; Шаргородский М.Д. Избранные труды по уголовному праву. СПб., 2003. С. 249–256.

[1] Streng F. Strafrechtliche Sanktionen, Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1991. S. 118.

[2] Dölling, Die Weiterentwicklung der Sanktionen ohne Freiheitsentziehung im deutschen Strafrecht. ZStW 104. S. 266; Frisch W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102 (1990). S. 360.

[3] Frisch W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102 (1990). S. 358, 363; Streng F. Strafrechtliche Sanktionen, Stuttgart: Verlag Kohlhammer, 1991. S. 118

[4] Roxin, Cl. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Verlag Beck. 3 Aufl. Muenchen. 1997. S. 3.

[5] См., напр.: BGHSt 24, 132, 133 f.

[6] См., напр.: Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 3, S. 2063; Frisch W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102 (1990), S. 346.

[7] Frisch W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102 (1990). S. 347

Несмотря на то, что наличие факта совершенного преступления (уголовно-противоправного деяния) необходимо как для назначения наказания, так и для применения мер безопасности, во втором случае оно расценивается только как формальное основание, не влияющее непосредственно на характер и объем санкции[1]. Соответственно, при определении продолжительности применения мер безопасности решающее значение имеет не степень вины, а прогнозируемое время исправления лица, избавление его от опасных для общества качеств.

Соотношение наказания и мер безопасности в системе уголовно-правовых санкций

Соотношение наказания и мер безопасности в различных правовых системах не является одинаковым. В зависимости от того, какие воззрения на наказание и меры безопасности преобладают в теории уголовного права и, соответственно, воплощены в законодательстве, можно выделить два *основных типа* систем уголовно-правовых санкций: *одноколейные, или монистические, системы*, в которых признается только один вид санкций и считается, что для достижения всех целей уголовно-правовой политики достаточно применения одного этого инструмента (независимо от его названия), и *двухколейные, или дуалистические, системы*[2], в которых признается сосуществование и взаимодополнение двух видов санкций и, соответственно, считается, что множество целей может быть достигнуто только при применении дифференцированных средств[3]. Монистические системы, в свою очередь, подразделяется еще на два подтипа. В рамках первого подтипа в качестве уголовно-правового последствия преступления используется наказание, а наличие второго вида санкций – мер безопасности – не признается. Напротив, второй подтип характеризуется признанием различных вариаций мер безопасности и отрицанием наказания[4].

Двухколейные системы. Широкое теоретическое признание и распространение в мире получили двухколейные системы, сочетающие наказание и меры безопасности для лучшего противодействия преступности. В таких системах наказанию, как правило, отводится центральное место, а меры безопасности призваны заполнять пробелы в специально-превентивном воздействии, образующиеся вследствие ограниченности наказания мерой вины[5]. Меры безопасности могут применяться как самостоятельно (к лицам, действовавшим без вины), так и наряду с наказанием. Во втором случае они исполняются, как правило, после отбытия наказания (например, в Италии, Бельгии, Бразилии). В некоторых правовых системах (например, Германии, Австрии, Перу) последовательность отбытия наказания и связанных с лишением свободы мер безопасности изменена: сначала подлежат исполнению меры безопасности. При этом предусмотрен полный или частичный зачет отбытых мер безопасности в срок наказания[6].

Последовательными адептами двухколейной системы до настоящего времени выступают *Швейцария, Германия, Австрия и Италия*. По примеру Швейцарии организована система санкций в *Перу*. Опыт Германии был взят за основу при построении системы санкций в *Республике Корея*. Системы санкций в правопорядках этих стран охватывают различные виды мер безопасности, как связанные, так и не связанные с лишением свободы. С лишением свободы связаны следующие меры безопасности:

– помещение в лечебно-охранное учреждение, в наркологическую лечебницу (Италия, Германия, Швейцария, Австрия);

– помещение в специальную психиатрическую больницу (Германия Италия, Швейцария, Австрия);

– помещение в воспитательное учреждение (Италия);

– превентивное заключение (Германия, Швейцария, Австрия, Республика Корея);

– направление в трудовую колонию (Landeskolonie) или трудовое учреждение (Италия); данная мера содержательно схожа с превентивным заключением, применяемым в Германии.

---

1 Metzger E. Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW, 66 (1954). S. 173.

2 В терминологии немецкого уголовного права: zweispurige Systeme (двухколейные системы) и einspurige Systeme (одноколейные системы); в терминологии английского права: double-track systems (двухколейные системы) и single-track systems (одноколейные системы).

3 См., напр.: Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 3. S. 2062; Metzger E. Указ. соч, S. 173; Schröder H. Указ. соч. S. 180.

4 Представленная классификация, безусловно, носит в первую очередь теоретический характер; между идеальными типами «наказание» и «меры безопасности» существуют смешанные и переходные формы, в которых характеристики как наказания, так и мер безоасности проявляются с различной интенсивностью.

5 См., напр.: Frisch W. Указ. соч. С. 347.

6 См. об этом: Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 3. S. 2066–2071.

Могут применяться также не связанные с лишением свободы меры безопасности, например, лишение права заниматься определенной профессиональной деятельностью, лишение права управления транспортными средствами, постпенитенциарный надзор.

В законодательстве Бельгии закреплены такие связанные с лишением свободы меры безопасности, как интернирование (помещение в учреждения для душевнобольных) и передача в распоряжение правительства (превентивное заключение опасных преступников в определенных правительством учреждениях).

В голландской правовой системе в качестве мер безопасности закреплены помещение в лечебное (психиатрическое) учреждение для неизлечимо больных, передача в распоряжение правительства, под которым также понимается помещение в лечебное учреждение, но уже с целью излечения[1] (то есть таких преступников, которые могут быть вылечены), а также изъятие из оборота предметов, использовавшихся при совершении преступления.

В Испании в соответствии с Законом об опасности личности и социальной реабилитации применяются такие меры безопасности, как помещение в трудовое учреждение, помещение в учреждение по перевоспитанию, помещение в охранительное учреждение до выздоровления или устранения социальной опасности личности, а также помещение в наркологическую лечебницу.

Помещение в специальные учреждения для душевнобольных, глухонемых и наркоманов, принудительное переселение и запрет посещения определенных мест (confinamiento и prohibición de ir a lugar determinado), изъятие или уничтожение опасных предметов, лишение права заниматься определенной професиональной деятельностью, полицейский надзор предусмотрены в виде мер безопасности в Уголовном кодексе *Мексики*.

Законодательству *Бразилии* также знакомы меры безопасности в виде помещения в лечебное учреждение для невменяемых (душевнобольных), помещение в воспитательное, трудовое или образовательное учреждение, а также направление в трудовую сельскохозяйственную колонию. Однако в литературе указывается на то, что опыт с введением в Бразилии двухколейной системы не привел к удовлетворительным результатам вследствие отсутствия необходимой для исполнения мер безопасности инфраструктуры[2].

Напротив, в *Коста-Рике* опыт применения мер безопасности приносит плоды, начиная с 1918 г. В правопорядке этой страны применяются в форме мер безопасности направление в психиатрическую или наркологическую больницу, интернирование рецидивистов и профессиональных преступников (помещение в сельскохозяйственную или трудовую колонию).

В Уголовном кодексе *Венгрии* в 1974 г. наряду с наказанием было введено превентивное заключение.

Одноколейные системы. Несмотря на свою широкую распространенность, двухколейность доктринально признается не во всех государствах. Соответственно, в теории отсутствует терминологическое деление санкций на наказание и меры безопасности, а в законодательстве все применяемые санкции обозначаются, как правило, понятием наказания. Тем не менее истории известны также и редкие случаи, когда все применяемые санкции назывались мерами безопасности (второй вид одноколейности).

Одноколейные системы, основанные на наказании. К укоренению в теории и закреплению в законодательствах принципа одноколейности могут привести различные причины. В некоторых странах произошел отказ от уже существовавшей концепции двухколейности и в части[3] от фактически применявшихся мер безопасности. Причиной этому послужило переосмысление функций мер безопасности (связанных с лишением свободы), осознание их схожести с наказанием. Так, в Англии Criminal Justice Act, принятый в 1948 г., упразднил превентивное заключение, назначаемое после отбытия наказания, поскольку судьями и общественностью оно рассматривалось как повторное на-

[1] Das ausländische Strafrecht der Gegenwart/ hrsg. von E. Metzger, Berlin: Duncker und Humbolt, B. 5, 1976. S. 125.

[2] Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 2. S. 1094 .

[3] Несмотря на отход от концепции двухколейности, в таких странах сохраняются отличные от наказания меры, применяемые к невменяемым преступникам. Такой подход, как представляется, объясняется, во-первых, тем, что от этих мер невозможно отказаться, оставляя на свободе опасное для общества лицо, а во-вторых, тем, что сложно таким мерам найти замену, которая бы действенно выполняла специально-превентивные функции и одновременно вписывалась в концепцию одноколейности. Таким образом, термины «двухколейность» и «одноколейность» описывают скорее идеальную картину, чем конкретно существующую систему санкций.

казание[1]. Альтернативные превентивному заключению применявшиеся к рецидивным преступникам меры (correktive training и preventive detention) действовали в Англии только до 1967 г., и также были отменены. Исходя из этого, систему санкций Англии относят к монистическим системам[2].

Во *Франции* в 1970 г. отказались от действовавшей с 1885 г. дополнительной меры, назначаемой рецидивистам (rélégation), а в 1981 г. от надзора за рецидивистами, отбывшими наказание (tutelle pénale – дословно: уголовная опека), что позволяет некоторым авторам также относить систему санкций Франции к одноколейным[3].

Принципиально не признаются меры безопасности в *Швеции*. Правоведы этой страны считают неприемлемым с криминально-политической и гуманистической позиций назначение наказания и мер безопасности за одно и то же деяние. Вследствие чего Уголовный кодекс Швеции построен на принципе одноколейности и не содержит термина «меры безопасности». От института интернирования, представлявшего собой смешанный институт, включавший элементы такого наказания, как лишение свободы и превентивного заключения, в Швеции отказались в 1981 г. По причине неприемлемости двойного наказания за одно деяние концепция двухколейности не признается также в *Канаде*. Превентивное заключение в этой стране было упразднено еще в 1977 г.

В то же время законодательствам *США, Японии* и *Эквадора* принцип двухколейности никогда не был знаком, и их системы санкций всегда формировались на теоретических началах одноколейности.

Задача защиты общества от возможных в будущем деяний особо и длительно опасных преступников вместо применения мер безопасности решается в названных странах посредством применения длительных сроков лишения свободы (например, в Англии, Франции, США)[4]. Достаточно распространен также вариант применения лишения свободы на неограниченный (неопределенный) срок. Такой вариант используется в Португалии, Греции, Канаде; как альтернатива превентивному заключению он предлагался правоведами в Бельгии.

Одноколейные системы, основанные на мерах безопасности. Истории уголовного права также известны некоторые попытки построения уголовно-правовой системы санкций только на основе мер безопасности. Такой опыт известен российскому (советскому) праву первой половины XX в. В этот период, когда, по сути, происходило становление новой правовой системы, советские юристы на некоторое время обратили свое внимание на аналог мер безопасности – меры социальной защиты. Впервые понятие «меры социальной защиты» появилось в проекте Института советского права 1921 г., ориентированном на западные правовые концепции. Это понятие должно было послужить для обозначения особых мер, которые отличны от наказания и выполняют исключительно частнопревентивные задачи. Термин «меры социальной защиты» был воспринят в законодательстве – в Основах уголовного законодательства Союза и союзных республик 1924 г. и в УК РСФСР 1926 г. – и вытеснил понятие «наказание». Наряду с этим в литературе обосновывалась теория социальной опасности личности, которая была призвана заменить собой теорию вины. Центр тяжести при определении условий привлечения к ответственности был перенесен с преступного деяния на социально опасное лицо. Исходя из этого, мерам безопасности должны были подвергаться не только лица, совершившие преступные деяния, но и иные лица, представлявшие опасность для существовавшего общественного строя[5].

Проект итальянского уголовного кодекса 1921 г., который, однако, никогда не приобрел юридической силы, был разработан Энрико Ферри также под влиянием идей позитивизма. В качестве правовых последствий преступления он предусматривал обобщенные меры, называемые «санкциями». Санкции должны были применяться в связи с опасностью конкретного преступника, что делало их близкими мерам безопасности. Особые санкции были предусмотрены для рецидивных преступников, душевнобольных, лиц, страдающих алкоголизмом, несовершеннолетних преступников[6].

---

[1] Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 1. S. 202.

[2] Schröder H. Указ. соч. S. 181.

[3] Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 1. S. 289

[4] См., напр.: Frisch W. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW, 102 (1990). S. 350, 352.

[5] См., напр. Schittenhelm U. Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht, Freiburg, 1994, S. 70–73; Шаргородский М.Д. Избранные труды по уголовному праву. СПб., 2003. С. 247.

[6] См. об этом: Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 1. S. 333, 334.

По пути создания «права социальной защиты» некоторое время шла Норвегия. Начиная со второй половины 40-х гг. XX в. в Норвегии предпринимались шаги к замене уголовного наказания особыми мерами безопасности. Акцент здесь также был перенесен с преступного деяния на лицо, совершившее преступление. При этом правоведы исходили из того, что преступность (преступное состояние) является болезнью. Поэтому преступника следует не наказывать, а лечить и перевоспитывать. Для этих целей были созданы такие учреждения, как дома принудительных работ для алкоголиков, специальные учреждения для опасных преступников, трудовые школы для несовершеннолетних. В середине 70-х гг. система мер безопасности была признана неэффективной и начался переход к системе, основанной на наказании с сохранением, однако, некоторых мер безопасности как дополнительного средства (переход к двухколейности)[1].

Попытки создания системы санкций на основе мер безопасности вместо наказания предпринимались также на Кубе (Código de Defensa Social – Кодекс социальной защиты 1936 г.), но при принятии Уголовного кодекса 1979 г. (Código Penal) от этой концепции отказались и вернулись к наказанию как к основной санкции.

Четыре колеи российского уголовного права

Отнесение тех или иных систем к определенному типу производится, главным образом, в соответствии с официальной доктриной, с позиций общепринятой самооценки. Вопросы фактической организации уголовно-правовых систем при этом учитываются незначительно. Мы полагаем, что доктринальная оценка и реальное положение дел могут в силу разных причин не совпадать. Например, из-за определенной консервативности новые виды правовых последствий официальными доктринами еще не восприняты. Так, например, Уголовный кодекс Республики Беларусь кроме наказания предусматривает иные меры уголовной ответственности, освобождение от уголовной ответственности, принудительные меры безопасности и лечения, осуждение несовершеннолетнего с применением принудительных мер воспитательного характера, однако уголовно-правовая доктрина этого государства не декларирует не только многоколейную, но и двухколейную систему.

В российской науке уголовного права вопрос о «колейности» уголовного права не был предметом широкой дискуссии. Судя по количеству и характеру публикаций, в позднесоветский период доминировала одноколейная «наказательная» концепция. Но в постсоветские годы монополия наказания в уголовно-правовой науке несколько поколеблена. Фактически российскую систему уголовного права следует считать как минимум двухколейной. Деление правовых последствий преступного деяния на «наказание» и «иные меры уголовно-правового характера» в настоящее время можно считать общепризнанным. Но, закрепив эту классификацию в ст. 2 Уголовного кодекса, российский законодатель поставил перед учеными и практиками немало вопросов[2]. Введение главы 15-1 «Конфискация имущества» и одновременно присвоение разделу VI Уголовного кодекса РФ нового названия «Иные меры уголовно-правового характера», с одной стороны, еще более укрепили идею двухколейности, а с другой – вызвали новую волну дискуссий[3].

На наш взгляд, законодатель движется в правильном направлении, а споры в значительной мере вызваны стремлением к уяснению понятия «иные меры», а также недостаточной детализацией видов воздействия, которые в нее входят.

Кроме того, восприятие существа новеллы затрудняет «бородатая» дискуссия о понятии уголовной ответственности и формах ее реализации. Представляется, что категория «уголовная ответственность» создает ненужные коллизии на практике, а также порождает бесконечные споры в теории. Этого понятия не было в российском уголовном законодательстве до 50-х гг. прошлого столетия, а в большинстве уголовных кодексов зарубежных государств аналога этому советскому «изобретению» нет до сих пор.

---

[1] Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht/ hrsg. von H.-H. Jescheck, Baden-Baden: Verlag Nomos, B. 1. S. 514–520.

[2] См.: Уткин В.А. Наказание и иные меры уголовно-правового характера // Проблемы применения нового уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации. Томск: Томский филиал РИПК МВД, 1997. С. 4–10; Горобцов В.И. Развитие теории уголовно-правового принуждения в новом Уголовном кодексе Российской Федерации // Актуальные проблемы теории уголовного права и правоприменительной практики: Межвуз. сб. науч. тр. Красноярск: ВШ МВД РФ, 1997. С. 60–68; Звечаровский И. Меры уголовно-правового характера: понятие система и виды // Законность. 1999. № 3. С. 36–39; Щедрин Н.В. Уголовно-правовые санкции безопасности // Уголовное законодательство: состояние и перспективы развития: Материалы конференции / Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 2002. С. 9–21.

[3] См.: Яни П.С. Конфискация имущества и уголовная ответственность // Уголовное право. 2006. № 6. С. 131–135; Звечаровский И. Понятие мер уголовно-правового характера // Законность. 2007. № 1. С. 19–21.

Хотелось бы узнать, какие ужасные потери нас ожидают, если мы уберем этот термин из уголовного законодательства? Вместо него можно использовать обобщающий термин «уголовно-правовое воздействие», «меры уголовно-правового характера» или просто «уголовно-правовые санкции».

А вот выгоды такого шага несомненны. Одна из них состоит в том, что будет положен конец бесплодным дискуссиям по поводу объема, форм реализации уголовной ответственности, момента ее возникновения и прекращения. И под «уголовно-ответственными» наслоениями мы наконец-то обнаружим четыре «первозданных» элемента, составляющих своеобразную «периодическую систему» последствий запрещенного уголовным законом деяния: *санкции наказания, поощрения, восстановления и безопасности*.

В теории российского уголовного права наиболее разработано учение о *наказании*. Под наказанием традиционно понимается принудительное лишение определенных благ за совершенное преступление. Из четырех названных видов воздействия Уголовный кодекс РФ определяет только наказание, которое есть "мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда". Оно "заключается в предусмотренных настоящим Кодексом лишении или ограничении прав и свобод..." (ст. 43 УК). По сравнению с другими видами уголовно-правового воздействия понятие, цели и виды наказания разработаны в науке уголовного права достаточно скрупулезно.

А вот словосочетание *санкции (меры) поощрения* применительно к уголовному праву звучит несколько непривычно[1]. Но есть убедительные доказательства того, что поощрительные меры в специфической форме, тем не менее, широко представлены и в уголовно-правовой отрасли как меры, устраняющие уголовно-правовые обременения в ответ на добросовестное выполнение обязанностей или иные «заслуги»[2]. К ним относятся все виды освобождения от уголовной ответственности и наказания, замена наказания более мягким, условное осуждение.

Санкции (меры) восстановления направлены на "устранение вреда, причиненного противоправным деянием, на исполнение невыполненных обязанностей[3]. Они включают принудительное исполнение обязанности, отмену незаконных актов и обязанность возместить ущерб[4]. Тем самым воссоздается система правоотношений, нарушенная невыполнением предписаний закона обязанными субъектами[5]. В большей степени эта группа мер присуща гражданско-правовой отрасли. Но они используются и в уголовном праве, где восстановление осуществляется путем косвенного стимулирования (ст. ст. 75, 76 УК) либо прямым возложением обязанности загладить причиненный вред (ст. 90 УК). Меры восстановления направлены на устранение и заглаживание вреда, причиненного преступлением, примирение преступника и потерпевшего, установление социального мира.

И, наконец, четвертая разновидность уголовно-правовых последствий – *санкции (меры) безопасности*, которые принудительно пресекают и ограничивают возможность совершения нового преступления со стороны лиц, совершивших общественно опасные деяния, предусмотренные Уголовным кодексом РФ[6].

---

[1] Термин «поощрительные санкции» использовал, например, академик В.Н. Кудрявцев. См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. М.: Наука, 1982. С. 236–239.

[2] См.: Голик Ю.В. Уголовно-правовое стимулирование позитивного поведения: Вопросы теории. Новосибирск: Изд-во Новосиб. ун-та, 1992. 80 с.; Мелтонян Р.М. Поощрительные нормы Уголовного кодекса Российской Федерации: Автореф. дис… канд. юрид. наук. Рязань. 1999. 27 с.

[3] Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Юрид. лит, 1981. С. 63.

[4] См.: Базылев Б.Т. Юридическая ответственность (теоретические вопросы). Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. С. 35.

[5] Ветрова Г.Н. Санкции в судебном праве. М.: Наука, 1991. С. 80–108.

[6] В нашей трактовке меры безопасности – это меры некарательного ограничения поведения физических лиц и деятельности коллективных образований, применяемые специально для предотвращения вредоносного воздействия определенного источника повышенной опасности либо ограждения объекта усиленной охраны от вредного влияния любых источников опасности. Меры безопасности могут быть облечены в форму правил безопасности и санкций безопасности. В уголовном праве правила безопасности сформулированы в диспозициях уголовно-правовых норм, за нарушение которых следуют санкции наказания, восстановления и безопасности. Уголовно-правовые санкции безопасности – это меры государственного принуждения, назначаемые лицу, совершившему общественно опасное деяние, предусмотренное Особенной частью Уголовного кодекса РФ, имеющему либо психические расстройства, либо заболевания, либо иные качества, свидетельствующие о повышенной вероятности совершения нового общественно опасного деяния и затрудняющие достижение целей наказания. Санкции безопасности применяются в целях защиты интересов общества, самого лица, совершившего общественно опасное деяние, а также создания условий для организации эффективного медицинского и воспитательного воздействия (см. подробнее: Щедрин Н.В. Введение в правовую теорию мер безопасности: Монография / Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 1999. С. 46–67).

Хотя в начале XX в. понятие «меры безопасности (защиты)» достаточно широко использовалось российскими специалистами в области уголовного права[1], в настоящее время этот термин применяется лишь ограниченным кругом авторов, которые распространяют его, главным образом, на принудительные меры медицинского характера (глава 15 УК). На наш взгляд, признакам *уголовно-правовых мер безопасности* соответствуют следующие санкции и уголовно-правовые последствия.

1. Принудительные меры воспитательного воздействия:

а) передача несовершеннолетнего под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа;

б) ограничение досуга и установление особых требований к поведению несовершеннолетнего;

в) помещение в специальное воспитательное учреждение закрытого типа.

2. Принудительные меры медицинского характера:

а) амбулаторное принудительное наблюдение и лечение у психиатра;

б) принудительное лечение в психиатрическом стационаре общего типа;

в) принудительное лечение в психиатрическом стационаре специализированного типа;

г) принудительное лечение в психиатрическом стационаре специализированного типа с интенсивным наблюдением.

3. Специальная конфискация:

а) конфискация денег, ценностей и иного имущества, используемых или предназначенных для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации);

б) конфискация орудий, оборудования или иных средств совершения преступления, принадлежащих обвиняемому.

4. Обязанности, возлагаемые на условно осужденного и условно-досрочно освобожденного:

а) не менять постоянного места жительства, работы, учебы без уведомления специализированного государственного органа, осуществляющего исправление осужденного;

б) не посещать определенные места;

в) пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании или венерического заболевания, осуществлять материальную поддержку семьи;

г) иные принудительные обязанности.

5. Особые ограничения при неоднократности и рецидиве:

а) ограничения, связанные с назначением вида и размера наказания;

б) ограничения, связанные с возможностями освобождения.

Помимо названных видов мер безопасности в российское уголовное право, на наш взгляд, следует ввести **меры безопасности в отношении организаций**[2], к которым относятся *лишение предоставленных льгот, лишение лицензии, ограничение предпринимательской свободы (передача организации под опеку, наложение ареста на имущество, запрет заниматься определенной деятельностью или приостановление определенной деятельности, возложение иных специальных обязанностей), ликвидация, включение в перечень преступных организаций, публикация судебного решения о применении мер безопасности, полная конфискация имущества.*

Такой подход позволит примирить сторонников и противников введения института «уголовной ответственности юридических лиц» и без кардинальной ломки традиций российского уголовного права выполнить рекомендации и требования ряда международно-правовых конвенций.

Названные выше четыре вида правовых последствий (меры наказания, поощрения, восстановления и безопасности) в «чистом виде» присутствуют в уголовном законодательстве так же редко, как в природе рафинированные химические элементы. В большинстве своем предусмотренные Уголовным кодексом РФ виды воздействия представляют собой «параллельное» или «последовательное» их

[1] См.: Люблинский П.И. Международные съезды по вопросам уголовного права за десять лет (1905–1915). Петроград, 1915; Жижиленко А.А. Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств. Пг: Типогр. “Правда”, 1914. С. 248–561.

[2] См.: Щедрин Н.В., Востоков А.А. Организации как субъекты уголовно-правового воздействия // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2007. № 3–4. С. 30–34; Щедрин Н.В. Востоков А.А. О мерах уголовно-правового характера в отношении организаций // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты: Материалы III Российского конгресса уголовного права. МГУ, 29–30 мая 2008 г. М.: Проспект, 2008. С. 170–173.

соединение в различных пропорциях. Так, лишение свободы – это параллельное соединение мер наказания и безопасности, а условное осуждение есть последовательное соединение поощрения (освобождение от наказания) и мер безопасности (специальные обязанности). Ограничения безопасности создают своеобразные «берега» для благоприятного течения воспитательного процесса в принудительных мерах воспитательного воздействия, а также для организации лечения в рамках принудительных мер медицинского характера.

Таким образом, российская система уголовного права, на наш взгляд, является четырехколейной. Это обстоятельство необходимо осознать, сформулировать в уголовно-правовой доктрине, а также обозначить в Уголовном кодексе РФ. В полном объеме эту концепцию можно воплотить в новом Уголовном кодексе РФ. Но частично ее можно реализовать и в действующем УК путем введения в Общую часть новой редакции раздела VI *«Иные меры уголовно-правового характера»*, в котором выделить главы *«Понятие, цели и виды мер поощрения», «Понятие, цели и виды мер восстановления», «Понятие, цели и виды мер безопасности»*[1], а также особую главу *«Меры уголовно-правового характера в отношении организаций»*.

[1] Конкретные предложения по редакции статей, регламентирующих применение уголовно-правовых мер безопасности, см.: Щедрин Н.В. Меры безопасности (защиты) в уголовном праве // Уголовное право и современность. Межвуз: сб. науч. тр. Красноярск: Краснояр. высш. шк. МВД России, 1998. С. 52–63.

L.V. Mayorova

Modern tendencies of criminal procedural legislation development in Central and Eastern Europe countries

Л.В. Майорова

Современные тенденции развития уголовно-процессуального законодательства в странах Центральной и Восточной Европы[1]

Гарантии защиты основных прав и свобод человека является постоянной составляющей развития законодательства. Их понимание и развитие связаны с целым рядом факторов. В статье рассматриваются эти проблемы на фоне изменения социалистической модели в странах восточной Европы, а также определённая коллизия, связанная с ростом организованной преступности, терроризмом, требующая неординарных действий от государства по их пресечению.

Guarantees of the human rights and freedoms protection are the constant element of the legislation development. Their understanding and development are connected with a number of factors. The article illustrates these problems from the point of view of the changing socialistic model in the East European countries and also a certain collision connecting with the growth of organized crime, terrorism demanding the unusual acts from the governmental authorities to stop them.

Изменения в уголовно-процессуальном законодательстве государств Центральной и Восточной Европы связаны с существованием целого ряда факторов. Страны бывшего советского блока понимали, что с поднятием "железного занавеса" необходимо менять существовавшую социалистическую модель уголовного процесса, но редко кто имел ясное представление о характере этих изменений. Наука уголовно-процессуального права помогла законодателю только частично, поскольку сорокалетняя пауза не позволяла естественно развиваться непрерывному научному исследованию. Вероятно, единственным исключением в этом отношении была Польша, а также позднее Венгрия, которые даже в период существования тоталитарного режима заботились о научных контактах с западными государствами, особенно с Федеративной Республикой Германии.

Обоснование проведения реформ, направленных на построение новой модели уголовного процесса, и законодатель, и представители уголовно-процессуальной науки искали, прежде всего, в двух источниках.

В некоторых странах акцент делается на традициях внутреннего развития законодательства, существовавших до тоталитарного периода (так, например, в Чешской республике до 1950 г. действовал для того времени относительно прогрессивный австрийский уголовно-процессуальный кодекс 1873 г.).

Однако возможность использовать эти исторические источники является достаточно ограниченной, поскольку уже существенно изменились условия и длительное время подобные традиции не действовали[2].

Вторым источником для проведения реформ выступает иностранное право. Взоры реформаторов из Центральной и Восточной Европы устремлены не столько на западноевропейские государства с их традицией континентального процесса, сколько на англосаксонскую правовую систему. После произошедшей перемены взаимоотношения стран Центральной и Восточной Европы с западным миром возобновились в научных и академических областях, а также на официальном государственном уровне. Эти контакты особенно усилились в связи с началом процесса подготовки и вступления кандидатов-государств в Европейский союз (ЕС).

© Л.В. Майорова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, кафедра уголовного процесса, ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of criminal procedure

[1] При подготовке данной публикации использованы материалы выступления проф. Яна Мусила (судьи Конституционного суда Чешской республики) на международном симпозиуме «Развитие уголовного права в Восточной Европе: настоящее и новые тенденции» Ringberg am Tegernsee, 26–29 Июня 2002 г.

[2] Berner, Georg Polizeiaufgabengesetz / erl.von Georg Berner und Gerd Michael Koehler. 15. Aufl. Muenchen; Berlin: Jehle Rehm, 1998.

Перед уголовно-процессуальным законодательством всех центральных и восточноевропейских государств после 1989 г. были поставлены схожие задачи.

С одной стороны, они должны были преодолеть деформации уголовно-процессуального законодательства и судебной практики, возникшие в результате функционирования в прошлом тоталитарных режимов. Для этого периода было характерно пренебрежение основными гражданскими правами и свободами, усиление уголовного преследования и использование несоразмерных уголовно-правовых и полицейских средств.

С другой стороны, необходимо было реагировать на быстрый рост преступности, которая в результате изменяющихся социальных и экономических условий создавала в обществе постоянно нарастающее напряжение. С 1989 г. уровень преступности в некоторых странах существенно увеличился, кроме того, появились новые, прежде неизвестные и особо опасные ее формы, в частности, организованная преступность, экономические преступления, связанные с приватизацией собственности и т.д. Необходимо было противостоять этим новым волнам преступности, иначе возникла бы опасность дестабилизации демократического устройства.

Решать обе задачи одновременно для новых демократических режимов было достаточно трудно. Интересный исторический парадокс: в период тоталитарного, антидемократического режима государственная машина относительно успешно вела борьбу с преступностью. Однако цена всего этого – преувеличенная роль репрессий и использование характерных для полицейского государства методов и средств, в частности, незаконное вмешательство в личную жизнь, нарушение неприкосновенности жилища, контроль за корреспонденцией и т.д. В результате сложившихся исторических условий после 1989 г. эти инструменты рассматриваются в качестве символа отжившего и устарелого политического режима.

Юристы из стран Центральной и Восточной Европы внимательно отслеживают попытки гармонизации уголовно-процессуального права на европейском уровне и создание международных механизмов сотрудничества правоохранительных органов, в частности органов полиции, а также юстиции[1].

После произошедших перемен в тяжелых условиях необходимо было снова решать вечную проблему уголовного процесса: как, с одной стороны, обеспечить эффективную борьбу с преступностью, а с другой – эффективно защитить гражданские права. Поиск подобного баланса в отдельных случаях был сопряжен с ошибками и заблуждениями. Примером ошибочного политического решения является масштабная амнистия в Чехии в начале 1990-х гг., когда на свободу были выпущены не только политические заключенные, но также тысячи уголовников, и как следствие этого в последующие месяцы резко возросла преступность.

Практически во всех странах Центральной и Восточной Европы уже с начала 1990-х гг. началась законодательная работа по реформе уголовно-процессуального законодательства. В некоторых государствах эта работа совпала с результатами проводимых уже в 80-х гг. XX в. реформ.

Законодательная работа во всех этих странах привела к серьезным изменениям уголовно-процессуального законодательства. В отдельных государствах были приняты новые уголовно-процессуальные кодексы. Например:

• Словения, 1994 (закон номер 64/1994, официальная газета республики Словения, в законную силу вступил с 1.1.1995),

• Хорватия, 1997 (закон номер 110/1997, официальная газета республики Хорватия),

• Польша, 1997 (Dzenik Ustaw, номер 89/1997, poz. 555).

Другие государства тоже изменяли свои уголовно-процессуальные кодексы, содержание которых существенно отличалось от прежних.

Иногда количество изменений было настолько велико, что в законодательстве страны стало достаточно тяжело ориентироваться и в практике применения возникала неопределенность. Проиллюстрировать это можно на примере чешского законодательства, которое премьер Земан охарактеризовал как «законодательный циклон». Уголовно-процессуальный кодекс Чехии 1961 г. (Номер 141/1961 GBI.) с 1989 г. претерпевал постоянные изменения. В других посткоммунистических странах ситуация была ненамного лучше. Большое количество подобных изменений является результатом популистского давления и политического заказа.

[1] Trestní právo procesní / Dagmar Cisařova, Jaroslav Fenzka Kolektiv, Praha, 2004.

Несмотря на большое разнообразие законодательных актов, можно обозначить существенные тенденции, которые проявляются последние десять лет в уголовно-процессуальном законодательстве посткоммунистических стран. Конечно, такой обзор не обладает всей полнотой. Однако не будет неожиданностью, что большинство подобных тенденций широко распространены как в западноевропейских странах, так и в других. Проще говоря, процесс глобализации также вторгается и в уголовно-правовую сферу. Сама по себе преступность стала универсальной человеческой проблемой, а ее решение приводит в различных странах к появлению аналогичных вопросов и ответов.

В бывших коммунистических государствах также провозглашалась идея защиты основных прав и свобод человека, но формально, и ряд этих государств уже до перемены являлись участниками международных соглашений о защите прав и свобод человека, в особенности Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. Однако при тоталитарном режиме они пренебрегали обязанностью соблюдать эти международные обязательства, и многие права так и оставались только на бумаге.

Положение существенно улучшилось после произошедшей перемены. Практически все посткоммунистические государства в начале 90-х годов ратифицировали европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и трансформировали ее в свои конституции и в уголовно-процессуальные законы. Особо важными были ст.ст. 5, 6, 7 и 8 данной Конвенции.

Конкретно это проявлялось в следующих правовых институтах.

Более строгими и точными стали положения о задержании и *содержании под стражей*. Раньше во многих странах необходимо было получить санкцию прокурора на арест, в настоящее время это относится к компетенции независимого судьи. В большинстве бывших коммунистических стран значительно сокращены максимальные сроки содержания под стражей. Также сокращен срок полицейского задержания, например, в Чешской республике – это 48 часов (§ 76 УПК Чехии)[1].

В результате многочисленных изменений закона было улучшено право на защиту. В отдельных посткоммунистических государствах объем прав защитника намного шире, чем это традиционно принято в западноевропейских странах. В частности, в Чехии защитник уже во время предварительного производства имеет право присутствовать на всех следственных действиях; и если он этого желает, то должен быть информирован обо всех подобных действиях. До 1992 г. защитнику можно было отказать в участии в следственных действиях во время предварительного производства при наличии важных оснований, в настоящее время данное право у защитника неограниченно, за исключением производства неотложных следственных действий. Особо закреплено уже перед началом уголовного преследования право на участие адвоката в полицейском допросе (§ 158 ч. 4 УПК). Были уточнены законные положения применительно к праву обвиняемого на получение бесплатной юридической квалифицированной помощи в тех случаях, когда участие защитника в деле является обязательным. Изменения были сделаны с той целью, чтобы пользование данным правом стало реальным.

Под влиянием положений ст. 6, абзаца 3, буквы «d» европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и, прежде всего, под воздействием страсбургской судебной практики в ряде государств были внесены уточнения в положения, относящиеся к процессу доказывания, с тем, чтобы они соответствовали праву обвиняемого задавать вопросы свидетелю обвинения. Это, как правило, ускоряет процесс расследования дела и позволяет в судебном разбирательстве зачитывать протоколы допросов предварительного производства.

Перечень подобных законодательных изменений в пользу прав человека можно было бы продолжать еще долго. Резюмируя сказанное, следует констатировать, что процессуальные гарантии прав человека в посткоммунистических странах в последнее время достигли общепринятого уровня западноевропейских стран.

Под воздействием огромного роста незначительных правонарушений и с учетом зарубежного опыта в посткоммунистических государствах законодатели устанавливают новые, более простые формы уголовного процесса, которые должны заменить традиционные. Так, в Чехии по преступлениям, за которые назначается наказание до 3 лет лишения свободы, возможно сокращенное судебное производство (§ 179a–179f). С одной стороны, уже существуют основания для процессуальной экономии (освобождение перегруженной юстиции, ускорение процесса), а с другой – основания, носящие криминально-политический характер (позитивное воздействие на преступника посредством

[1] Zákon c.141/1961 Sb.,o trestním řízeni soudním (trestní řád) // Úplne Znění, číslo 622.

возложения на него обязанностей и предписаний, улаживание конфликта между преступником и жертвой, эффективное возмещение вреда жертве и т.д.).

К одной из форм особого вида производства относится *институт упрощенного судопроизводства* (например, § 314а УПК Чешской республики, ст. 500 УПК Польши). Эта форма прекращения уголовного дела используется на практике довольно часто, например, в Чехии последние годы около 50 % уголовных дел рассматривалось в порядке упрощенного судопроизводства. Некоторые авторы считают эту тенденцию, ведущую к уменьшению роли традиционного судебного разбирательства, сомнительной и критикуют ее. Однако в отдельных странах существуют достаточно широкие условия для использования института упрощенного судопроизводства. В Чехии, например, в результате упрощенного судопроизводства допустимо назначить наказание в виде лишения свободы сроком до одного года при условно-досрочном освобождении с назначением испытательного срока.

К современным особым видам производства относят также *условное прекращение уголовного преследования*, которое применяется достаточно широко. Возможность подобного прекращения касается иногда не только малозначительных правонарушений. В Чешской республике возможно условно прекратить уголовное преследование также за преступление, за которое наказание предусматривается в виде лишения свободы сроком до пяти лет. Решение об условном прекращении уголовного преследования принимается либо судом, либо во время предварительного производства прокурором, и последующее судебное согласие на это не требуется.

Возможности сокращения традиционного судебного разбирательства предоставляет также *институт возмещения вреда*. К обычным условиям возмещения вреда относится обстоятельство, что обвиняемый признает себя виновным, возмещает вред потерпевшему и выплачивает денежную сумму, которая затем предназначается для общественно полезных целей. Институт возмещения вреда считается перспективным средством. Одним из его преимуществ является уменьшение конфликта между жертвой и преступником. Однако некоторые виктимологические инициативные группы (например, «белое кольцо» – Weißer Ring) обращают внимание на опасность, что в результате подобного поведения возможно создать так называемую вторичную виктимность. Поэтому нужно приветствовать, что отдельным странам (например, Чехии) удалось основать так называемую посредническую службу, специальный персонал которой может предоставить правильные модели поведения, чтобы избежать риска.

В моделях уголовного процесса, распространенных в некоторых странах Центральной и Восточной Европы, преувеличенно делался акцент на его инквизиционных признаках. Вследствие этого возникла опасность того, что суд будет подавлять активность участников и будет необъективен при работе с уголовно-процессуальными доказательствами. Реформаторские предложения, как правило, не рекомендуют принимать чистую adversales модель англосаксонского типа, а довольствуются использованием отдельных элементов kontradiktorischen процесса.

С 1993 г. в УПК Чехии было предоставлено право допрашивать свидетеля в зале судебного разбирательства не только суду, как это было раньше, но также прокурору, защитнику или подсудимому (§ 215 ч. 2 УПК). Затем было расширено и конкретизировано данное право сторон на участие в допросе. Параграф 89 ч. 2 УПК Чехии был дополнен: «Каждая из сторон может искать доказательства, представлять их или предлагать свое видение. Подобные обстоятельства, что доказательство не исследовано органом, осуществляющим уголовное преследование, или при отсутствии ходатайств одна из сторон процесса представила доказательство, не являются основаниями для отказа от рассмотрения подобных доказательств». Согласно § 110а УПК Чехии каждая из сторон в процессе может самостоятельно провести экспертное заключение и представить его суду, а в социально обоснованных случаях суд может вынести решение, что расходы по проведению экспертного заключения, представленного подсудимым или потерпевшим, возлагаются на государство (§ 151а УПК Чехии).

Внедрением этих kontradiktorischen элементов в доказывание законодатель с одной стороны, осуществляет, лучшую защиту прав обвиняемого и потерпевшего, а с другой – одновременно ускоряет процесс. Наряду со сторонниками данных изменений встречаются в дискуссиях многочисленные противники, стремящиеся подчеркнуть традиции европейского континентального процесса, для которого важными являются принцип материальной истины, принцип расследования и принцип, согласно которому право уголовного преследования предоставлено органам прокуратуры (Offizialprinzip).

Эффективность уголовного судопроизводства в некоторых бывших коммунистических странах сильно страдает из-за формализма отдельных уголовных дел и связанных с ним различных промедлений. Это вызывает правомерную критику со стороны общественности, которая упрекает полицию и юстицию в недостаточной эффективности. Они уверены, что предупредительное и репрессивное воздействие наказания, которое следует за совершенное преступление после нескольких месяцев, а иногда и после нескольких лет, минимально. С другой стороны, такие задержки неблагоприятно сказываются и на виновных гражданах, пребывающих длительное время в неведении относительно исхода уголовного дела. Кроме того, часто они долго содержатся под стражей.

Если наблюдается тенденция к ускоренному уголовному судопроизводству, то законодателю необходимо принять соответствующие меры.

В уголовно-процессуальном кодексе фиксируются различные законные сроки, устанавливающие временные ограничения предварительного производства (в Чехии, например, два, три или шесть месяцев). В результате изменений, произошедших в последние годы в уголовно-процессуальном кодексе, установлены также сроки назначения судебного разбирательства, тем самым это способствует повышению дисциплины у органов, осуществляющих уголовное преследование.

Еще большее значение имеют установленные в законе максимальные сроки содержания под стражей. Длительное содержание подозреваемого (обвиняемого) под стражей является большим недостатком современного уголовного процесса. Одной из мер, направленной на его устранение выступает установление максимальных сроков содержания лица под стражей, превышение которых влечет за собой его освобождение. Подвергаются критике то, что сроки содержания под стражей лица, установленные в законе, всегда слишком длинные. В частности, в Чехии при совершении особо тяжких преступлений срок содержания под стражей может составлять 4 года (из этого периода 16 месяцев – срок предварительного производства).

Не вызывает сомнения то, что общий срок уголовного процесса существенно оказывает влияние на *процесс доказывания*.

Процесс доказывания осуществляется на протяжении всего уголовного процесса: сначала во время предварительного производства, а затем в судебной стадии.

В прежней модели так называемого социалистического уголовного судопроизводства предварительному производству отводилась слишком большая роль в ущерб судебной стадии. Хотя в законе было зафиксировано, что судебное разбирательство – основная стадия уголовного процесса, но существующая реальность не соответствовала данному положению. Результат процесса предопределялся уже во время предварительного производства, в котором практически полностью был завершен процесс доказывания, а затем в суде он только формально повторялся. И как следствие этого огромное влияние предварительного производства на решения суда.

В научной литературе можно встретить различные предположения, направленные на позитивные изменения. В частности, предлагается во время предварительного производства немного сократить объем работы с доказательствами, а также упростить здесь формальности, как-то: протоколы действий, доставка документов и т.д. В будущем во время предварительного производства работа с доказательствами должна ограничиваться применительно только к неотложным действиям; а всю другую необходимую для предъявления обвинения информацию должна собирать полиция неформальным путем.

В результате изменений положений УПК в последние годы были сформулированы более строгие условия, при которых суд может вернуть уголовное дело прокурору. Если раньше достаточно было для этого наличия любого недостатка во время предварительного производства или какого-либо пробела в доказательствах, то сейчас возвращение уголовного дела прокурору возможно лишь при наличии серьезного недостатка или пробела в основных обстоятельствах, подлежащих доказыванию, которые необходимы для принятия решения. Незначительные ошибки в доказательствах должны исправляться непосредственно в суде. В результате основная работа с доказательствами должна протекать в стадии судебного разбирательства, что способствует ускорению всего процесса.

При работе с доказательствами законодатель заботится о том, чтобы сформировать достаточный объем доказательственной базы и предотвратить излишний, продолжительный их сбор. Новые формулировки применительно к процессу доказывания, введенные в новых уголовно-процессуальных законах, должны более точно указывать только на *значимые* обстоятельства дела,

подлежащие доказыванию. В бывших социалистических уголовно-процессуальных нормах на органы, осуществляющие уголовное преследование, была возложена обязанность «устанавливать объективное положение дел». На сегодняшний день используются более конкретные и подробные формулировки, например, изменения 1993 г. в чешском УПК – «на органы, осуществляющие уголовное преследование, возложена обязанность устанавливать обстоятельства, не подлежащие сомнению, и в том объеме, который необходим для принятия решения». Однако временно действие данной нормы еще не заметно. Некоторые авторы утверждают, что в данном случае происходит «игра слов», а содержание обеих формулировок идентично. Несмотря ни на что, следует отметить, что в уголовном процессе всех бывших социалистических государств в большей мере действует принцип материальной истины.

Можно наблюдать тенденцию к упрощению и вследствие этого также к ускоренному процессу доказывания в случаях *признания обвиняемым своей вины*. В этом случае органы, осуществляющие уголовное преследование, могут прекратить дальнейшую работу с доказательствами или ее упростить. В качестве примера можно привести ст. 388 УПК Польши. Отдельные положения о признании обвиняемым своей вины влекут либо смягчение наказания, либо его отмену. Например, по § 309 ч. 1«а» УПК Чехии признание обвиняемым своей вины рассматривается как одно из условий, при котором обвиняемый возмещает вред потерпевшему, а также основанием для условного освобождения от уголовного преследования.

Хорошо, что суд в случае признания обвиняемым своей вины обязан проверять, было ли сделано это признание добровольно и не вызывает ли оно определенные сомнения.

Различные *упрощенные и сокращенные формы процесса*, которые, прежде всего, применяются при расследовании малозначительных преступлений, должны способствовать ускоренному судопроизводству. Для наглядности можно привести следующие примеры: упрощенное судопроизводство – ст.ст. 468–484 УПК Польши, процесс с участием одного судьи – § 314а УПК Словакии, а также § 314а УПК Чехии, сокращенное предварительное производство – § 179а УПК Чехии.

С учётом виктимологии, а также повышенной восприимчивости общества к жертвам уголовных преступлений совершенствуется законодательство с целью улучшения правового положения потерпевшего. В некоторых странах были расширены права потерпевшего при рассмотрении его имущественных претензий в ходе производства по уголовному делу относительно возможности *обжалования*.

Теория и практика неоднозначно относятся к *зависимости* уголовного преследования по определенным преступлениям от специального *согласия потерпевшего*, который находится с преступником в родственных или иных близких отношениях. Это способствует дальнейшему отклонению от принципа законности (Legalitätsprinzip).

Такое положение содержит, например, § 163 УПК Чехии. При принятии новых изменений в уголовно-процессуальный кодекс каталог данных преступлений расширяется за счет преступлений, имеющих большое значение, как например, изнасилование. Возражающие против данного решения акцентируют внимание на опасности вторичной виктимности жертвы, когда, например, преступник принуждает жертву не обращаться с требованием об уголовном преследовании.

В последние годы законодатель обеспокоен о все большем *участии потерпевшего в особых видах судопроизводства*, цель которых – замена традиционного рассмотрения уголовного дела судом. Вследствие этого потерпевший и другие участники процесса обладают большей возможностью самостоятельно получить от преступника имущественное возмещение вреда.

Новые вводимые институты, как-то: условное прекращение уголовного преследования и институт возмещения вреда потерпевшему, – преследуют цель: учитывать в большей мере интересы потерпевшего, где преступник возмещает причиненный вред или иным образом заглаживает причиненный ущерб. Принимаемые в обоих случаях решения могут быть обжалованы самим потерпевшим.

Усиление правовой и фактической позиции потерпевшего, который является потенциально слабым участником процесса, стало возможным благодаря тому, что в некоторых случаях услуги адвоката финансируются из общественных средств (например, § 51а УПК Чехии).

Значительной инновацией последних лет является издание законов о предоставлении финансовой помощи жертвам преступлений. Это возмещение получают потерпевшие в результате нанесения телесных повреждений от государства в том случае, если преступник возместил вред

не в полном размере и если потерпевший или член семьи умершего находится в тяжелом материальном положении.

На все возрастающую тенденцию организованной преступности (ОП) законодатели Центральной и Восточной Европы в 1990-е гг. отреагировали внедрением новых технологий в уголовно-процессуальном и полицейском праве, так называемых оперативных средств преследования и оперативной техники. К этим средствам также относятся тайные агенты, прослушивание телефонных переговоров, аудионаблюдение за жилищем, прием звука и изображения вне жилища, инсценировка передачи вещи и т.д.

Эти методы, подходящие для борьбы с ОП, уже в начале 1990-х гг. инкорпорировались преимущественно в законы о полиции и в законы о разведывательной службе. Можно уже позитивно оценивать тот факт, что происходило законодательное закрепление в парламентских законах подобных полицейских средств. В предыдущем тоталитарном периоде были зафиксированы рассматриваемые средства в больших масштабах только в директивах, предназначенных для служебного пользования, что в конечном счете использовали для оказания политического давления.

В новых законах после произошедшей перемены были уточнены основания проведения подобных мероприятий, чтобы они соответствовали принятому в западноевропейских государствах стандарту. Например, для разрешения на прослушивание телефонных переговоров необходимо получить согласие судьи, запрещено прослушивать телефонные разговоры между обвиняемым и его защитником и т.д.

Полученная в результате производства подобных оперативных мероприятий информация очень полезна для обнаружения организованной преступности, однако остается проблематичным использование в суде данных сведений в качестве уголовно-процессуальных доказательств. Для устранения проблемы словацкий законодатель в результате изменений, внесенных в свой УПК в 1997 г. (закон номер 353/1997 GBI), установил, что информация, полученная при помощи оперативно-технических средств, используется в качестве доказательств при соблюдении определенных условий. Еще дальше пошел в данном направлении чешский законодатель, который законом об изменении УПК от 2001 г. (закон номер 265/2001 GBI.) ввел непосредственно оперативно-технические средства в УПК (§158a–158f УПК Чехии), тем самым их применение стало возможным уже до предъявления обвинения конкретному лицу. Одновременно было определено, что полученная таким образом информация используется в качестве доказательств.

Это направление, которое отдельные авторы обозначили «полицейским уголовно-процессуальным правом», принимается общественностью и специалистами достаточно спорно. С одной стороны, является положительным тот момент, что стала возможной уголовно-процессуальная регламентация интенсивного вмешательства в гражданские права, повысился уровень контроля при проведении подобных мероприятий, в частности, судебное разрешение, прокурорский надзор, парламентский контроль, уважительное отношение к принципам правового государства: принципу пропорциональности, субсидиарности и т.д. С другой стороны, бесспорно, что подобные мероприятия увеличивают риск злоупотребления. Отдельные авторы видят в этом опасный симптом разрушения правового государства и его превращения в государство тотального наблюдения за гражданами.

Следует констатировать, что проведенные опыты практического применения этих мероприятий не подтверждают данные сомнения, и в полицейской практике использования данных методов грубые эксцессы не встречаются. Однако общественность в целом положительно относится к внедрению этих средств в практику. Этому способствует жестокость преступлений, совершенных ОП, что влечет за собой страх в массах перед ней. Очевидно, что одной из актуальных задач, стоящих перед уголовно-процессуальной наукой, должен быть поиск в данной области оптимального баланса соблюдения всех законных интересов, как-то: эффективная борьба с преступностью, а также эффективная защита прав и свобод человека.

С феноменом организованной преступностью связаны также некоторые уголовно-процессуальные институты, например, институт анонимного свидетеля и институт защиты свидетеля. Эти положения в 1990-е гг. были закреплены почти во всех законодательствах стран Центральной и Восточной Европы.

Во всех государствах Центральной и Восточной Европы с 1989 г. непрерывно проходит работа над реформой уголовного процесса. Благодаря развитию уголовно-процессуального законодательства

достигается относительно высокий уровень защиты прав и свобод человека, который соответствует международным конвенциям и общепринятому стандарту за рубежом.

В качестве недостатка современного состояния процесса отмечают следующее обстоятельство: уголовный процесс стал более сложным, продолжительным и медлительным, все это не позволяет достаточно быстро и эффективно реагировать на возрастающую преступность. На сегодняшний день у преступника достаточно невелик риск, что его преступление обнаружат и он понесет уголовную ответственность. Все это побуждает потенциальных преступников реализовывать свои преступные намерения, что, в свою очередь, вызывает разочарование не только у полиции и юстиции, но также и у всей общественности. Критикующие данную ситуацию требуют повысить эффективность уголовного правосудия.

Степень свободы человека от вмешательства в его частную жизнь со стороны государственных и общественных организаций, должностных и других лиц зависит от существующего в государстве и обществе политического режима; по степени свободы правовое государство отличается от полицейского, гражданское общество – от тоталитарного[1].

В соответствии со ст. 12 Всеобщей декларации прав человека, ст. 17 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в ст. 23 Конституции РФ предусмотрено: “Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения”.

Цель цитируемых статей – прежде всего, защитить человека от произвольного вмешательства государственных органов в его частую сферу. Неприкосновенность личной, частной жизни в наиболее очевидном понимании означает способность человека хранить в тайне некоторые сведения. Государство предоставляет человеку гарантированную возможность контролировать информацию о самом себе, не допускать разглашения сведений личного, интимного характера. Кроме того, из права на частную жизнь вытекает также недопустимость слежки за человеком, прослушивания и записи телефонных переговоров, просмотра и выемки почтово-телеграфной корреспонденции, проникновения в жилище помимо воли проживающих в нем лиц. Однако государство при осуществлении своих обширных полномочий постоянно нуждается в получении, контроле и оценке информации. Поэтому возникает конфликт: с одной стороны, следует сохранять в тайне сведения человека относительно его частной жизни, а с другой стороны, необходимо получать подобную информацию. Наиболее остро это столкновение происходит при расследовании уголовных дел и в судебном производстве.

Кроме того, в настоящее время права человека, его основные свободы находятся в центре внимания всего мирового сообщества. В связи с этим представляется актуальной проблема ограничения основных прав человека в конкретном государстве, то есть в какой мере основные права человека могут быть ограничены для достижения других задач государства. В теории выработаны определенные принципы подобного ограничения: только на основании закона; для осуществления другой цели, закрепленной в Конституции; пропорционально; ни в коем случае нельзя посягать на «сердцевину» конституционных прав; а также в соответствии с общими принципами правового государства (в частности, всегда следует обеспечить право каждого на защиту).

От того, насколько гарантировано сохранение тайн частной жизни человека, как глубоко государство может проникать в содержание данных тайн и какие основания для этого необходимы, зависит степень свободы личности в государстве, демократизм и гуманность политического режима.

При расследовании уголовных дел часто возникает дилемма: либо посягнуть на неприкосновенность частной жизни человека и благодаря этому раскрыть преступление, либо сохранить неприкосновенными тайны гражданина, то есть защитить личность вопреки интересам раскрытия преступления, изобличения и наказания виновных лиц. В данном случае законодатель, а в последующем правоприменитель использует метод взвешивания ценностей и построения системы приоритетов, действуя по принципу крайней необходимости, то есть приносится в жертву меньшая социальная ценность ради сохранения большей. Следует отметить, что не всегда задача раскрытия преступления должна решаться за счет отказа от гарантий неприкосновенности личной жизни.

[1] См.: Стецовский Ю.И. Право на свободу и личную неприкосновенность: Нормы и действительность. М.: Дело, 2000. С. 383.

Среди многих средств, используемых государственными спецслужбами, прослушивание телефонных разговоров весьма специфично. С одной стороны, это ценные, даже необходимые средства борьбы с преступностью. С другой – не будучи таким явным ограничением прав человека, как, например, конфискация имущества, прослушивание телефонных разговоров, государством представляет собой неменьшую угрозу свободе человека. В худшем случае прослушивание телефонов означает, что не подотчетные общественности государственные спецслужбы получают секретный доступ к частным разговорам с целью нахождения какого-либо компромата или же просто с целью выявления и запугивания инакомыслящих.

Любое государство, обязавшись выполнять Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, должно изменить законодательство и практику так, чтобы они соответствовали нормам европейского права, в том числе и в отношении действия спецслужб, условия работы которых неизбежно связаны с опасностью нарушения права на неприкосновенность личной жизни, защищаемую ст. 8 Конвенции. Эта коллизия объективно обусловлена. Рост организованной преступности, терроризма, наркобизнеса требует неординарных действий спецслужб по пресечению и раскрытию преступлений, а для этого необходимы всё более совершенные методы и средства получения информации. Поэтому понятно желание спецслужб получить установленные законом дополнительные возможности.

Современная информация убедительно свидетельствует о кардинальном изменении картины общения людей в мире из-за появления новых информационных технологий и о грядущих ещё больших изменениях. Однако, поскольку природа человека не меняется, новые технологии несут не только невиданные возможности для интеллектуального и технического прогресса, но и неожиданные средства и способы совершения преступлений. Преступность стала гораздо изощренней, взяв на вооружение информационные технологии, и, естественно, спецслужбы должны иметь адекватные возможности для предупреждения и расследования преступлений.

A.F. Mitskevich, V.G. Kaminsky

Criminal negligence according to criminal law of Russia and Germany

А.Ф. Мицкевич, В.Г. Каминский

Преступная небрежность по уголовному праву России и Германии

В статье на основе изучения судебной практики и оригинальной научной литературы по уголовному праву Германии и России выделяются признаки преступной небрежности по уголовному праву России и признаки «неосознанной неосторожности» по уголовному праву Германии, дается краткое содержание этих признаков и проводится сопоставление их содержания между собой.

On the article by V.G. Kaminsky and A.F. Mitskevich "Criminal negligence in Russian and German criminal law" In the article the features of criminal negligence according to the Russian criminal law and features of "non-malicious carelessness" according to the German criminal code are distinguished on the basis of studying the court practice and authentic scientific literature of the criminal law of Russia and Germany. The short descriptions of such features and its comparison are also observed in the article.

В немецком уголовном праве в отличие от уголовного права России нет прямого легального определения форм вины, в том числе неосторожности и небрежности как ее вида. Лишь в § 15 StGB[1] указывается на то, что преступление признается совершенным по неосторожности (Fahrlässigkeit) лишь в случаях, прямо предусмотренных Кодексом. Содержание же неосторожности раскрывается в доктрине немецкого уголовного права и судебных решениях.

Единственная легальная дефиниция, которой часто пользуются немецкие ученые, – это определение, закрепленное в § 276, I, 2 Германского гражданского уложения (ГГУ): «Неосторожно действует тот, кто пренебрегает обычной в обороте заботливостью». В связи с этим заметим, что в немецкой правовой науке и практике не существует заметных различий между пониманием неосторожности и небрежности в гражданском и уголовном праве.

Несмотря на отсутствие законодательного закрепления неосторожности, правоприменитель и представители немецкого научного сообщества различают три вида неосторожной формы вины:

- неосознанная неосторожность (unbewusste Fahrlässigkeit);
- осознанная неосторожность (bewusste Fahrlässigkeit);
- преступное легкомыслие (Leichtfertigkeit).

Неосознанная неосторожность имеет место тогда, когда лицо, совершая деяние (действие или бездействие), не выполняет требование заботливости и выполняет объективную сторону состава преступления, не осознавая этого.

Осознанно неосторожно действует тот, кто допускает возможность, что он выполняет объективную сторону состава преступления, однако необоснованно рассчитывает на то, что его действия не приведут к преступным последствиям[2].

Преступное легкомыслие является более редким видом неосторожной формы вины в немецком уголовном праве. Как правило, это составы с двумя формами вины, где субъект легкомысленно относится к наступившим квалифицирующим последствиям, например, в таких составах преступлений как § 239a, Abs. 3 «Похищение человека, сопряженное с шантажом», § 251 «Разбой, сопряженный с причинением смерти», § 316c, Abs. 3 «Захват воздушного или водного судна»). Под легкомыслием понимают «возросшую до степени грубости неосторожность»[3]. В судебной практике степень грубости толкуется следующим образом: «Грубо неосторожно действует лицо, которому при конкретных обстоятельствах, с учетом его физических и психических способностей, должно быть

© А.Ф. Мицкевич, В.Г. Каминский, 2008

А.Ф. Мицкевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права ЮИ СФУ. Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of criminal law.

В.Г. Каминский – аспирант кафедры деликтологии и криминологии ЮИ СФУ. Post graduate student of Siberian Federal University law institute chair of tort and criminology.

1 StGB (Strafgesetzbuch) – Уголовный кодекс ФРГ (далее – Кодекс)

2 Wessels, Beulke. Strafrecht, AT. 35. Auflage. Müller Verlag, Heidelberg, 2005. S. 253.

3 Gropp. Strafrecht, AT. 3 Auflage. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005. S. 447.

понятно то, что оно посягает на общественно важные интересы»[1]. Решающим при установлении легкомыслия является то, насколько легко наступившие общественно опасные последствия были предотвратимы для лица.

Если сопоставить виды неосторожности в российском и немецком уголовном праве, то получится следующая картина:

Соотношение видов неосторожности по российскому и немецкому уголовному праву

Виды неосторожности по российскому уголовному праву	Виды неосторожности по немецкому уголовному праву
Преступная небрежность	Неосознанная неосторожность (unbewusste Fahrlässigkeit)
Преступное легкомыслие	Осознанная неосторожность (bewusste Fahrlässigkeit)
-	Осознанная неосторожность (bewusste Fahrlässigkeit)

Таким образом, преступной небрежности в российском уголовном праве соответствует неосознанная неосторожность в немецком уголовном праве, а конструкция преступного легкомыслия в УК России аналогична конструкции осознанной неосторожности в немецкой доктрине уголовного права. Что же касается третьего вида неосторожной вины – преступного легкомыслия в немецком праве, то, как представляется, этот институт немецкого уголовного права уникален и не имеет аналога в российской правовой системе.

Рассмотрим в сравнении критерии преступной небрежности по российскому уголовному праву и критерии неосознанной неосторожности по немецкому уголовному праву.

Из законодательного определения преступной небрежности, данного в ч. 3 ст. 26 УК РФ, буквально следует, что критериями (признаками) преступной небрежности являются:

• отсутствие у лица предвидения возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия);

• наличие обязанности лица предвидеть возможность наступления преступных последствий (объективный критерий);

• обязанность лица проявлять необходимую внимательность и предусмотрительность для предвидения возможности наступления преступных последствий;

• наличие у лица возможности предвидеть наступление преступных последствий (субъективный критерий).

В немецкой уголовно-правовой доктрине большинство исследователей говорят о трех важнейших элементах неосознанной неосторожности:

• нарушение требования заботливости (предусмотрительности);

• возможность предвидения наступления опасных последствий (Vorhersehbarkeit, Erkennbarkeit des Erfolgseintritts);

• возможность предотвращения наступления таких последствий (Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts).

Если сопоставить приведенные критерии (признаки) преступной небрежности по российскому и немецкому уголовному праву, то мы получим следующую картину:

[1] См: BGHSt 20. S. 323; OLG Nürnberg NStZ 1986 S. 556, цит. по: Otto. Grundkurs Strafrecht, AT. 7. Auflage. Gruyter Verlag, Berlin, 2004. S. 191.

Соотношение критериев (признаков) преступной небрежности по российскому и немецкому уголовному праву

Критерии (признаки) небрежности по российскому уголовному праву	Критерии (признаки) небрежности по немецкому уголовному праву
Отсутствие предвидения возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия)	-
Обязанность предвидеть общественно опасные последствия (должен был предвидеть – объективный критерий)	Нарушение требования заботливости (предусмотрительности) (Sorgfaltspflichtverletzung)
Обязанность проявления необходимой внимательности и предусмотрительности для предвидения преступных последствий	-
Возможность предвидения общественно опасных последствий (мог предвидеть – субъективный критерий)	Возможность предвидения наступления опасных последствий (Vorhersehbarkeit, Erkennbarkeit des Erfolgseintritts)
-	Возможность предотвращения наступления опасных последствий (Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts)

Сравнение признаков преступной небрежности в самом общем их понимании показывает, что совпадение наблюдается только по двум признакам – возможности предвидения опасных последствий и обязанности предвидения таких последствий, да и то нужно еще установить, можно ли говорить о совпадении «нарушения требования заботливости» с «обязанностью предвидеть общественно опасные последствия».

Из приведенной таблицы также следует, что немецкое уголовное право не выделяет таких признаков небрежности, как «отсутствие предвидения возможности наступления общественно опасных последствий» и «проявление необходимой внимательности и предусмотрительности для предвидения преступных последствий», характерных для небрежности в российском уголовном праве. В российском же уголовном праве применительно к небрежности не известен такой признак, как «возможность предотвращения наступления опасных последствий».

Проанализируем содержание приведенных признаков преступной небрежности в сравниваемых уголовно-правовых системах.

Обязанность предвидения общественно опасных последствий (объективный критерий небрежности) в российской уголовно-правовой теории и судебной практике подразумевает долженствование: субъект преступления должен находиться в сфере действия определенного императива – некоторого правила предосторожности, которое обязывало бы его действовать должным образом.

Практически все российские авторы соглашаются во мнении, что «объективный критерий носит нормативный характер»[1]. По своему источнику обязанность должного поведения может основываться на законе, определяться должностным статусом работника или его профессиональными функциями, техническими и бытовыми правилами, его взаимоотношениями с другими лицами, в том числе и потерпевшим[2].

Обобщая разработки российской уголовно-правовой доктрины об обязанности предусмотрительного и внимательного поведения, можно выделить следующее виды обязанностей в зависимости от их источника:

- следующие из закона, подзаконных актов и других источников права;
- следующие из должностного статуса работника;
- следующие из профессиональных функций;

[1] См.: Питецкий В.В. Критерии преступной небрежности // Сов. юстиция. 1986. № 2. С. 19; Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987. С. 68; Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 1. Преступление / Под ред. д.ю.н., проф. А.И. Коробеева. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. С. 418.

[2] Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / Под ред. д.ю.н., проф. В.С. Комисарова. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 29.

• следующие из технических правил;
• следующие из бытовых правил;
• возникшие в силу взаимоотношений с другими лицами, в том числе и потерпевшим;
• обязанности «среднего благоразумного гражданина».

Вместе с тем если относительно первых шести названных источников обязанностей лица предусмотрительного и внимательного поведения среди российских ученых особых разногласий нет, то такой источник (критерий) обязанности действовать осмотрительно, как осмотрительное поведение «среднего благоразумного гражданина», подвергался в российской уголовно-правовой науке советского периода жесткой критике.

Основной довод критики со стороны советских ученых критерия «поведение среднего благоразумного гражданина» сводился к тому, что масштаб среднего человека неминуемо приведет к объективному вменению, потому как на живого, индивидуального по своей природе человека примеряют искусственный шаблон[1].

Однако не следует забывать, что российский уголовный закон при установлении вины в форме небрежности кроме объективного критерия использует и субъективный. Право вообще по своей природе есть применение одинакового масштаба к различным людям, но никто от этого не говорит, что право по своей природе есть объективное вменение.

Поэтому разумно в тех случаях, когда отсутствует четкое правило предосторожности, оценивать небрежное поведение лица сквозь призму того, как бы поступил средний благоразумный человек, принадлежащий той же социальной и профессиональной группе, что и субъект небрежного преступления. Использование масштаба «среднего человека» лишь в случае отсутствия формально закрепленных в текстах «писаных» требований предусмотрительности и внимательности является самостоятельным источником, объективным критерием преступной небрежности. Необходимость данного критерия для установления меры должного поведения чаще всего возникает в сфере повседневного поведения, когда необходимо руководствоваться «здравым рассудком», элементарными правилами безопасности повседневной жизни.

Нарушение требования заботливости (предусмотрительности) (Sorgfaltspflichtverletzung) рассматривается в доктрине немецкого уголовного права как обязательный объективный признак преступной небрежности – неосознанной неосторожности по немецкой терминологии. При этом немецкие ученые связывают требования заботливости с нормативными предписаниями, адресованными лицу в целях обеспечения безопасного существования граждан.

Все известные немецкой науке источники требования предусмотрительности объединяются в следующие группы[2]:

a) Требования, следующие из закона
(Например, согласно § 5 Положения о дорожном движении водитель при обгоне обязан соблюдать достаточное боковое расстояние, особенно в отношении пешеходов).

b) Специализированные нормы и инструкции
(Например, правила трудового распорядка, правила техники безопасности на производстве, служебные инструкции водителей трамваев).

c) Обязанность, следующая из принятия на себя опасных видов деятельности
(Например, мальчик, незначительно поранивший себя, был приведен его матерью в «Христианское общество исцеления молитвой» к целительнице этого общества Д. Однако, несмотря на помощь целительницы, вследствие заражения мальчик умер. Суд усмотрел нарушение требования заботливости со стороны целительницы в том, что ее «целительные способности» были недостаточны для помощи мальчику, поэтому она вообще не имела права принимать на себя подобное лечение).

d) Обязанности по контролю и надзору
(Например, во время плановой операции в теле оперируемого был оставлен один из операционных крючков. Для удаления оставленного в теле инструмента Е. была прооперирована месяц спустя, но в результате развившегося тромбоза женщина умерла. Неосторожность врача обнаруживается в том, что он должен был контролировать действия медсестры по учету инструментов при осуществлении операции. Обязанности по контролю и надзору возникают, прежде всего, тогда, когда осуществление деятельности поручено третьему лицу).

---

[1] См., напр.: Макашвили В.Г. Уголовная ответственность за неосторожность. М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1957. С. 99; см. также: Нерсесян В.А. Ответственность за неосторожные преступления. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 116.

[2] Все приведенные примеры цитированы по: Gropp. Указ. соч.

e) Обязанность осведомления

(Например, одна полная пациентка пришла на прием к стоматологу. Врач установил, что ей необходимо удалить зуб. Несмотря на то, что пациентка сообщила врачу, что у нее «не в порядке с сердцем», он применил к ней полный наркоз, вследствие чего наступила остановка сердца и, несмотря на попытки доктора спасти ее, пациентка умерла. Врач должен был осведомиться, не имела ли пациентка исключающих полный наркоз сердечных заболеваний. Кроме того, в силу особых обстоятельств он был обязан привлечь специалиста-анестезиолога).

f) Объективный масштаб

Согласно господствующей теории нарушение требования заботливости и предусмотрительности может следовать из «обычной в обороте заботливости». По выражению немецкого исследователя, такое требование может следовать «из обыкновений добросовестных и сознательных членов определенной группы»[1].

Например, добросовестный автолюбитель удостоверяется перед поездкой, что фонари освещения работают исправно. И если во время езды из такого фонаря выпадет лампочка и вследствие этого произойдет авария, водителя нельзя будет упрекнуть в нарушении требования заботливости. Но если водитель не проверит работоспособность фонарей перед поездкой, то в случае аварии он не сможет ссылаться на то, что другие водители не проверяют работоспособность лампочек перед выездом.

Таким образом, общим обязательным объективным признаком преступной небрежности (неосознанной неосторожности в немецком праве) является обязанность предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий (нарушение правил заботливости по немецкому праву). Такая обязанность в российском и немецком уголовном праве носит нормативный характер, а источники этой обязанности в сравниваемых правовых системах выглядят так:

Соотношение источников обязанности предвидеть опасные последствия (проявлять необходимую заботливость или предусмотрительность) по российскому и немецкому уголовному праву

Источники обязанности предвидеть опасные последствия по российскому уголовному праву	Источники обязанности проявлять необходимую заботливость или предусмотрительность по немецкому уголовному праву
1. Обязанности, следующие из закона, подзаконных актов и других источников права	a) Требования, следующие из закона.
2. Обязанности, следующие из должностного статуса работника	b) Специализированные нормы и инструкции
3. Обязанности, следующие из профессиональных функций	c) Обязанность, следующая из принятия на себя опасных видов деятельности d) Обязанности по контролю и надзору e) Обязанность осведомления
4. Обязанности, следующие из технических правил	d) Обязанности по контролю и надзору
5. Обязанности, следующие из бытовых правил	f) Объективный масштаб
6. Обязанности, возникшие в силу взаимоотношений с другими лицами, в том числе и потерпевшим	-
7. Обязанности «среднего благоразумного гражданина».	f) Объективный масштаб

1 Schröder. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung // Juristische Zeitung, 1989, 44. Jahrgang. S. 778

Представляется, что наблюдающиеся расхождения в перечне и формулировках конкретных источников обязанности предусмотрительного поведения гражданина не носят принципиального характера. Так, источники 2, 3, и 4 по российскому праву вполне корреспондируют источникам b, c, d, e по немецкому праву, а источники 5, 6 и 7 по российскому праву корреспондируют источнику f по немецкому праву. Различие же этих групп источников определяется, главным образом, способом формулирования, но не их содержанием.

Обязанность предвидения общественно опасных последствий как объективный признак небрежности по российскому уголовному праву тесно связан с признаком «обязанность *проявления необходимой внимательности и предусмотрительности для предвидения преступных последствий»*. В немецкой доктрине уголовного права и судебной практике такая обязанность не выделяется специально, однако сама формулировка объективного критерия небрежности (неосознанной неосторожности) – «нарушение требования заботливости (предусмотрительности) (Sorgfaltspflichtverletzung)» включает в себя указанный признак преступной небрежности по российскому праву. Поэтому пустующая графа напротив признака *«проявление необходимой внимательности и предусмотрительности»* в таблице сопоставления признаков небрежности по российскому и немецкому уголовному праву на самом деле не означает, что по немецкому уголовному праву проявление необходимой внимательности и предусмотрительности не служит критерием (признаком) неосознанной неосторожности.

Субъективным признаком преступной небрежности по российскому праву выступает *«возможность предвидения лицом общественно опасных последствий своих действий (бездействия)»*. Согласно преобладающей точке зрения, субъективный критерий небрежности «означает персональную способность лица в конкретной ситуации и с учетом его индивидуальных качеств предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий»[1]. Как замечает И.М. Тяжкова, при использовании субъективного критерия «учитываются не качества абстрактной усредненной личности, а конкретный человек, действующий в конкретной обстановке»[2].

В уголовно-правовой науке России выделяется три условия, от которых зависит возможность субъекта предвидеть.

1) Ситуация, в которой совершается деяние, должна создавать объективную возможность лицу предвидеть общественно опасные последствия, «нести информацию» о необходимости соблюдать правила предосторожности.

2) Лицо по своим индивидуальным качествам должно иметь возможность правильно оценить создавшуюся ситуацию и предвидеть наступление общественно опасных последствий.

3) Не должно быть таких обстоятельств, относящихся к ситуации или личности субъекта, которые создавали бы невозможность предвидения им общественно опасных последствий своего деяния[3].

Таким образом, субъективный критерий в науке российского уголовного права предлагается устанавливать исходя из индивидуальных качеств личности, а также данной конкретной ситуации.

В доктрине немецкого уголовного права по поводу содержания субъективного критерия неосознанной неосторожности – *«возможность предвидения лицом наступления вредных последствий (Vorhersehbarkeit, Erkennbarkeit des Erfolgseintritts»* – существуют две основных теории:

• теория объективной возможности предвидения;

• теория субъективной возможности предвидения;

Первая из них является господствующей и общепринятой в настоящее время в немецкой правовой доктрине и действующей правоприменительной практике. Ее суть состоит в том, что в основу определения возможности лица предвидеть наступление последствий кладется объективный масштаб. При нарушении требования заботливости и предусмотрительности на правонарушителя «примеряют масштаб среднего благоразумного и осмотрительного гражданина» (так называемое «обобщение вниз»)[4]. Таким образом, создается некий стандарт среднего благоразумного человека, который соответствует конструкции § 276 ГГУ («обычная в обороте заботливость»).

---

[1] Рарог А.И. Вина в советском уголовном праве. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987. С. 69.

[2] Тяжкова И.М. Неосторожные преступления с использованием источников повышенной опасности / Под ред. д.ю.н., проф. В.С. Комисарова. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. С. 31.

[3] Дагель П.С., Котов Д.П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1974. С. 148-149; Российское уголовное право: Курс лекций. Т. 1. Преступление / Под ред. д.ю.н., проф. А.И. Коробеева. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1999. С. 418-419.

[4] Otto. Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht // Juristische Schulung, 1974, 14. Jahrgang. S. 706.

Однако, несмотря на применение усредненного масштаба, господствующая концепция исходит из того, что среднему гражданину при конкретных обстоятельствах необходимо применить все имеющиеся у него особые знания и умения (Sonderwissen und Sonderfähigkeiten), которые превосходят знания и умения среднего человека («индивидуализация вверх»). Для особых умений немецкие исследователи приводят следующий пример.

Особенно одаренный хирург или пилот раллийного экипажа должны применить в опасной ситуации свои экстраординарные способности[1].

В противовес господствующей теории ряд авторов защищает так называемую теорию «индивидуальной (субъективной) возможности предвидения», которая исходит из того, что возможность предвидения лицом наступления общественно опасных последствий должна в каждом конкретном случае определяться индивидуально для конкретного субъекта[2]. Это означает, что уголовная ответственность будет исключена тогда, когда преступник – конкретный человек – в силу своих индивидуальных способностей и знаний будет не в состоянии предвидеть и/или предотвратить наступление общественно опасных последствий.

Представляется интересным рассмотреть аргументы, выдвигаемые сторонниками двух основных теорий в их обоснование.

Так, сторонники господствующего взгляда ссылаются на следующие аргументы.

I. Масштаб заботливости и предусмотрительности не может быть ориентирован на каждого отдельного преступника, которому могут быть присущи существенные недостатки в умениях и знаниях. Предпочтительнее говорить о регулировании поведения граждан посредством общего, объективного масштаба, а именно стандарта добросовестного и осмотрительного человека в конкретной роли действующего лица»[3]. Таким образом, этот стандарт служит, в первую очередь, общественным интересам и правовой безопасности граждан. Действие такого масштаба в уголовном праве сравнивается с действием цивилистической конструкции «обычной в обороте заботливости», которая обеспечивает безопасность и стабильность гражданского оборота.

II. Объективные правила поведения так организуют определенные общественные отношения, что «создается желаемое мотивационное воздействие на участников этих отношений»[4].

III. Наличие объективных масштабов позволяет законодателю четко закрепить наиболее важные требования заботливости и предусмотрительности в нормативных актах.

Сторонники теории субъективной возможности предвидения, составляющие «оппозицию» господствующему мнению, приводят следующие доводы против объективной теории.

I. Обобщение, по мнению исследователей, «автоматически ведет к абстрагированию от индивидуальных возможностей человека». Но не существует преступления без конкретного преступника. Каждое противоправное, уголовно наказуемое деяние есть индивидуальное деяние. Использование субъективного критерия выступает надежной гарантией, позволяющей отграничить область невиновного поведения от сферы уголовно наказуемых деяний.

II. Учет экстраординарных знаний и способностей лица противоречит общей логике господствующей теории среднего благоразумного человека. Использование же субъективной теории позволяет ставить в укор лицу, обладающему повышенными способностями, то, что он не применил их в конкретной ситуации.

Если сопоставить содержание субъективного критерия преступной небрежности – «возможность предвидения лицом общественно опасных последствий своих действий (бездействия)» в российском и немецком уголовном праве, то мы получим следующую картину.

---

[1] Roxin. Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten // Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1962, 12. Jahrgang. S. 412.

[2] См: Kühl. Strafrecht, AT. 2. Auflage. Vahlen, München, 1997. S. 562.

[3] Kühl. Strafrecht, AT. 2. Auflage. Vahlen, München, 1997. S. 227.

[4] Там же. С. 561.

Соотношение признаков возможности предвидеть опасные последствия по российскому и немецкому уголовному праву

Признаки возможности предвидеть опасные последствия по российскому уголовному праву	Признаки возможности предвидеть опасные последствия по немецкому уголовному праву	
	Общепринятое мнение	«Оппозиция» общепринятому мнению
. Ситуация, в которой совершается деяние, должна создавать объективную возможность лицу предвидеть общественно опасные последствия	При нарушении требования заботливости и предусмотрительности на правонарушителя «примеряется масштаб среднего благоразумного и осмотрительного гражданина»	Возможность предвидения лицом наступления опасных последствий должна определяться для каждого конкретного случая
2. Способность лица в конкретной ситуации и с учетом его индивидуальных качеств предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий (учитываются не качества абстрактной усредненной личности, а конкретный человек, действующий в конкретной обстановке)	Среднему гражданину при конкретных обстоятельствах необходимо применить все имеющиеся у него особые знания и умения (Sonderwissen und Sonderfähigkeiten), которые превосходят знания и умения среднего человека	Возможность предвидения лицом наступления опасных последствий должна определяться индивидуально для конкретного субъекта. Учет экстраординарных знаний и способностей лица позволяет ставить ему в укор то, что он не применил свои особые способности в конкретной ситуации
3. Не должно иметься таких обстоятельств, относящихся к ситуации или личности субъекта, которые создавали бы невозможность предвидения им общественно опасных последствий своего деяния		

Таким образом, если сопоставить положения двух представленных немецких концепций и общепринятое российское толкование признаков субъективного критерия небрежности, то становится очевидным, что действующему российскому уголовному праву, а именно норме ч. 3 ст. 26, а также доктрине российского уголовного права соответствует лишь «теория субъективной возможности предвидения».

Оценивая положения «объективной теории» немецких ученых, следует согласиться с массовой критикой данной теории со стороны советских ученых, указывавших на то, что «масштаб среднего человека» при установлении его возможности действовать в определенной обстановке не применим в российской правовой системе, потому как он напрямую ведет к объективному вменению.

Важное значение для понимания содержания небрежности в российском и немецком уголовном праве имеет вопрос соотношения объективного и субъективного критериев небрежности. Действующий российский Уголовный кодекс закрепляет равную обязательность обоих критериев для установления наличия вины в форме небрежности в действиях лица. Современная российская

уголовно-правовая наука и судебная практика не предлагают другого толкования соотношения объективного и субъективного критериев небрежности. Современная немецкая уголовно-правовая доктрина вполне допускает признание в действиях лица вины в форме небрежности, если это лицо не использовало все имеющиеся у него особые знания и умения, превосходящие знания и умения среднего человека, для предвидения опасных последствий. Фактически немецкая уголовно-правовая доктрина и судебная практика более жестко требуют от граждан действовать предусмотрительно в опасных ситуациях. В этом усматривается существенное различие между преступной небрежностью в российском уголовном праве и неосознанной неосторожностью в немецком уголовном праве.

Возможность предотвращения наступления опасных последствий (Vermeidbarkeit des Erfolgseintritts) не входит в содержание преступной небрежности по российскому праву, однако в ч. 2 ст. 28 УК РФ в качестве признака невиновного причинения вреда называется «невозможность предотвращения общественно опасных последствий в силу несоответствия психофизических качеств лица требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам».

Данный признак в российском праве фактически корреспондирует возможности предотвращения наступления опасных последствий в немецком праве, однако используется для нормативного описания невиновного причинения вреда в условиях экстремальных условий или нервно-психологических перегрузок. Поэтому, несмотря на то, что в конструкции нормы о преступной небрежности в российском праве возможность предотвращения опасных последствий не используется в качестве конструктивного признака, этот признак используется для разграничения небрежности и казуса.

Отсутствие предвидения возможности наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия) как признак преступной небрежности по уголовному праву России может быть назван исходной посылкой, на которой строится все «здание» преступной небрежности. Вне этого признака не имеет смысла говорить о том, должно ли было и могло ли лицо предвидеть возможность наступления общественно опасных последствий. Возможно, именно потому, что существование такого признака является логическим основанием для всех остальных признаков преступной небрежности не только в российском, но и в немецком уголовном праве, уголовно-правовая доктрина Германии не выделяет специально этот признак в конструкции небрежности. Следовательно, неупоминание немецкими учеными данного признака среди признаков преступной небрежности не является принципиальным отличием неосознанной неосторожности в немецком праве от преступной небрежности в российском уголовном праве.

A.D. Nazarov

Law enforcement agencies officials' discretions in criminal procedures of Sweden, Germany and the USA

А.Д. Назаров

Усмотрения должностных лиц правоохранительных органов в уголовном процессе Швеции, Германии и США

Предлагая использовать положительный зарубежный опыт в реформировании уголовного судопроизводства в России, автор статьи, используя иностранные источники, собственные наблюдения во время стажировок в Германии, работы своих коллег по кафедре, рассматривает проблемы оптимизации уголовного процесса, связанные с усмотрениями прокурора при внесудебных процедурах назначения штрафа виновному лицу (Швеция), с понуждениями виновного лица делать денежные взносы в благотворительные Фонды (Германия), с усмотрениями прокурора и офицера полиции при арестах и обысках подозреваемых лиц (США).

The author suggesting use of positive foreign experience in the process of reformation of Russian criminal judicial proceeding and using foreign sources, personal observations during his training in Germany, his colleagues' work considers problems of criminal procedure optimization, connected with a prosecutor's discretion at out- of court procedures of imposing fine to a guilty person (Sweden), with enforcing a guilty person to make monetary contributions to charity foundations (Germany), with the discretions of a prosecutor and a police officer during an arrest or search of the suspected (USA).

Соблюдение принципа экономичности и рациональности уголовного судопроизводства, его оптимизация дают большой положительный эффект. Об этом свидетельствует опыт ряда зарубежных стран. К примеру, в Швеции возбуждение уголовного дела, предъявление лицу обвинения, направление дела в суд во многом связаны с усмотрением прокурора с точки зрения целесообразности указанных процессуальных действий и наличествующих доказательств.

Российский уголовный процесс достаточно формальный. Так, в России прекращение уголовных дел по нереабилитирующим основаниям строго регламентировано и трудно применимо на практике. В Швеции же предрешение обвинения прокурором (что равносильно прекращению уголовного преследования) – распространенное явление. Здесь считают, что лучше не вовлекать людей в уголовный процесс в тех случаях, когда нет надлежащих для судебного разбирательства доказательств, когда преступление малозначительно или лицо, его совершившее, мало подвержено криминализации. Кроме того, учитывается, что в условиях роста числа криминализированных деяний невозможно в финансовом и административном плане применить закон во всех случаях.

Поэтому прокуроры в Швеции ратуют за увеличение свободы их собственного усмотрения в вопросах возбуждения уголовных дел, их расследования и направления в суд.

Безусловно, предоставление прокурору большей свободы в разрешении уголовных дел, без доведения их до судебного разбирательства, имеет свои отрицательные моменты. Внешне подчас отказ прокурора от обвинения воспринимается правонарушителями как обычное предупреждение.

В то же время прокурор – официальное лицо государства, и в этом качестве он в некотором смысле может от имени государства и наказывать, что ни в коей мере не признается российским уголовно-процессуальным законом.

Шведский уголовный процесс предполагает как неоспоримую истину то, что прокурор в своей деятельности руководствуется принципом объективности и служебный долг обязывает его принимать лишь справедливые решения (презумпция добросовестности прокурора).

Шведская система уголовного судопроизводства имеет интересную особенность, не свойственную российскому уголовному процессу, однако могущую быть очень полезной, если сделать попытку применить ее в нашей стране. Прокурор в Швеции может выдать ордер на так называемое совместное взыскание штрафа.

© А.Д. Назаров, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса ЮИ СФУ.

Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of criminal procedure.

Совместное взыскание штрафа имеет несложное устройство. На основании полицейского сообщения прокурор устанавливает в письменной форме описание преступления, которое, как он с уверенностью считает, совершил подозреваемый, и назначает ему соответствующий штраф. Постановление прокурора доводится до сведения подозреваемого, который может в определенный срок выбрать между принятием предложения прокурора или отрицанием своей вины (оспариванием суммы назначенного штрафа). Согласие лица с предложением прокурора о штрафе расценивается в шведском уголовном процессе как признание подозреваемым своей вины и назначенного наказания.

Кроме основного вида наказания – штрафа, прокурор может предложить подозреваемому лицу также и дополнительную меру наказания – конфискацию имущества. Подозреваемый принимает все предлагаемые прокурором санкции, если хочет избежать обвинения через суд.

Порядок совместного наказания не применяется, если не включает все правонарушения, совершенные подозреваемым лицом, а также если потерпевший намерен принести в суд частное требование о возмещении ему убытков от преступления или требует обвинения виновного лица через суд.

Детально процедуру совместного наказания излагает Генеральный прокурор Швеции в своих инструкциях. Необходимо отметить, что суды Швеции не назначают штрафы ниже пределов, которые предусмотренных прокурорскими инструкциями, так как не хотят выглядеть в глазах населения снисходительными.

Недостатки системы совместного наказания – отсутствие предварительного расследования, опасность, что невиновный скорее признает свою вину и согласится с предложением прокурора, чем рискнет быть участником судебного разбирательства, компенсируются экономическими и другими выгодами.

В целом эта система является для Швеции удачной, так как в органах прокуратуры здесь работают высокопрофессиональные, дисциплинированные, ориентированные на человеческое отношение к людям кадры[1].

Усмотрения судьи, прокурора в последнее время стали широко применяться в Германии[2]. Статьи 153, 153а УПК Германии позволяют прокурору, судье при определённых условиях (признание вины лицом, совершившим преступление, отсутствие возражений потерпевшего, нетяжкое преступление) прекращать уголовное преследование в отношении лица и предлагать ему официально денежное взыскание, которое он должен перечислить на определённый счёт благотворительного фонда.

В Германии много таких фондов, в том числе поддерживающих материально жертвы преступлений, особенно семьи, лишившиеся в результате преступления кормильца.

Такая система, конечно, таит в себе опасность для презумпции невиновности, но экономит уголовную репрессию. И уголовный процесс Германии сделал выбор за усмотрениями судьи и прокурора в определённых ситуациях.

Кстати, в Германии лишь в исключительном случае можно подать жалобу в Верховный Суд на решение прокурора. По общему правилу все жалобы на прокурора решаются в порядке подчинённости исходя из её высокого статуса.

Арест – первая ступень американского уголовного процесса, которая может быть определена как акт насильственного ограничения свободы подозреваемого с намерением последующего заключения его под стражу.

Как и при других формах задержания (например для выяснения личности, для проверки на наличие оружия, для выяснения информации и т.д.), права граждан при аресте гарантируются Четвёртой поправкой к Конституции США, гласящей, что «граждане имеют право на личную свободу, свободу жилища, документов и собственности от необоснованных обысков и задержаний. Ордер на обыск или задержание может быть выдан только при наличии обоснованной причины, удостоверенной официально, и должен подробно описывать место обыска, граждан и вещи, подлежащие задержанию (изъятию)»[3].

---

[1] Nils Jarebord. Essaus in Criminal Law Justus Forlag Juridiskei Koreningen in Yppsala. 1988; Criminal Justice Sistems in Europe: Sweden. Esoteborg, 1995.

2 Габриэлэ Розе. Розэ. Введение в немецкое уголовно–процессуальное право: Учеб. пособие / Пер.: Анна Килина, Юлия Степанова; Науч. консультанты: Анатолий Барабаш, Анна Пегатая. Красноярск. Красноярский государственный университет, 2001. 219 с.; Бойльке Вернер. Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. 6-е изд., с доп. и изм. / Пер. с нем. Я.М. Плошкиной; Под ред. Л.В.Майоровой. Красноярск: РУМЦ ЮО, 2004. 352 с.

[3] В написании данной части, касающейся уголовного процесса США, принимал участие выпускник юридического фа-

При аресте работник полиции обязан представиться и объявить подозреваемому, что он находится под арестом. При этом если существует ордер на арест данного гражданина, то полицейский должен предъявить этот ордер.

В целом считается, что арест (по крайней мере за преступления средней/небольшой тяжести) может быть произведён только в том случае, если у полиции есть основания полагать, что подозреваемый скроется или совершит другое преступление. В противном случае достаточно выдачи повестки, предписывающей явиться в полицейский участок[1].

Решение об аресте отдано на усмотрение офицера полиции, нередко производится им единолично.

Если преступление было совершено в присутствии офицера полиции или у полиции есть основания предполагать, что определённое преступление было совершено, хотя и никто этого не видел, офицер полиции может арестовать подозреваемого на месте преступления без ордера на арест. Позже полицейский обязан подать запрос на ордер обвинительному прокурору (*Prosecuting Attorney*), предлагая формализировать обвинение.

В случае ареста без ордера необходимо делать различие между арестом за тяжкое / особо тяжкое преступление (*felony*) и арестом за преступление средней / небольшой тяжести (*misdemeanor*).

В случае *felony* закон более последователен и легче поддаётся классификации. Во всех штатах полиция имеет право арестовать подозреваемого в совершении тяжкого / особо тяжкого преступления, если офицер полиции имеет *достаточные* основания усматривать, что преступление было совершено и подозреваемый – человек, совершивший это преступление[2].

В случае подозрения в совершении преступления средней / небольшой тяжести (*misdemeanor*) закон не даёт однозначного предписания и возможны три различных взгляда для усмотрения офицера полиции.

(1) В большинстве штатов арест за *misdemeanor* может быть произведён только в том случае, если офицер полиции стал непосредственным свидетелем преступления[3].

(2) В некоторых штатах закон ещё больше ограничивает права арестовывающего офицера полиции, разрешая арест за преступление средней / небольшой тяжести, только если оно было совершено в присутствии офицера полиции и *было направлено на нарушение мира и спокойствия граждан*[4].

(3) В некоторых юрисдикциях, например в штате Висконсин, арест за преступление любой тяжести может быть произведён уже при наличии достаточных оснований для подозрения[5].

Однако арест с поличным – не особо распространённое явление. Большинство дел начинаются с запроса на выдачу ордера на арест (*Warrant request*). Обычно именно тогда прокурор впервые знакомится с делом, если он, конечно, не выдавал ордер на обыск или не посещал место преступления. На этом этапе прокурор определяет – должен ли данный гражданин подозреваться в совершении преступления и какое преступление должно ему вменяться. Прокурор обязан подробно ознакомиться с материалами дела, включая все свидетельства и улики. Прокурор также должен проверить уголовную историю подозреваемого. Иногда после подобной проверки прокурор возвращает дело обратно в полицию для доследования.

Если же у прокурора есть достаточные основания предполагать, что подозреваемый совершил преступление, то прокурор выдаёт ордер на арест[6] (например, в штате Мичиган). В некоторых штатах прокурор может выдать ордер на арест только тогда, когда у него есть достаточные основания усматривать, что имеющейся информации достаточно, чтобы доказать обвинительный приговор на суде. Естественно, в таких штатах ордер на арест выдаётся гораздо реже.

Прокурор округа ведёт обвинение в процессе, и поэтому его интересы совпадают с интересами полиции. При этом прокурор может нарушать права подозреваемых. Чтобы избежать подобной си-

культета Красноярского госуниверситета (ныне – СФУ) Г. Никитин. Кроме того, автор опирался на исследования, изложенные в работах Н.Г. Стойко: Стойко Н.Г., Семухина О.Б. Уголовный процесс в США: Учеб. пособие / Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 2000. 315 с.; Стойко Н.Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем: Моногр. СПб.: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006. 264 с.

1 Wis. Stat. #954.03 (1957).

2 A.L.I. Code of Criminal Procedure 21 (1931).

3 Там же.

4 McBride v. U.S., 284 Fed. 416 (5th Cir. 1922); Dilger v. Commonwealth, 88 Ky. 550, 11 S.W. 651 (1889).

5 Wis. Stat. 954.03 (1957).

6 A.L.I. Code of Criminal Procedure 2 (1931).

туации, законодательство многих штатов предписывает магистратам или судьям, интересы которых независимы от интересов полиции, выдавать ордера на арест. Теоретически выдача ордера на арест является судебным решением[1], хотя на практике во многих штатах это стало просто формальной процедурой, нацеленной лишь на учёт числа произведённых арестов.

В некоторых штатах ордер на арест (*warrant*) может быть выдан магистратом или судьёй по жалобе любого гражданина. Тогда полиция штата, а в некоторых случаях – гражданин, определённый в ордере, должны найти обвиняемого и представить его перед судом.

Офицер полиции (или ФБР) обязан иметь ордер для ареста подозреваемого во всех ситуациях, кроме определённых законом. Это следующие ситуации:

• если работник правоохранительных органов имеет достаточные основания полагать, что ордер на арест уже выдан в данном штате или даже в другой юрисдикции;

• если работник правоохранительных органов присутствовал при совершении преступления (с ограничениями в некоторых штатах);

• если работник правоохранительных органов имеет достаточные основания усматривать, что преступление было совершено и что подозреваемый – тот человек, который совершил преступление. (Как описано выше, это исключение может быть использовано далеко не во всех юрисдикциях).

В большинстве штатов частное лицо имеет право произвести *гражданский арест*. Закон позволяет гражданину произвести задержание или арестовать человека, который совершил или пытался совершить уголовное преступление в его присутствии. Всё, что частное лицо может сделать в таком случае, это физически задержать подозреваемого на месте до прибытия полиции. В любом случае полиция – один из основных фигурантов при аресте.

Юридические правила, предписывающие поведение офицеров полиции, определяются в основном прецедентным правом. Если не считать Единый акт арестов (*Uniform Arrest Act*), принятый лишь тремя штатами, правовые нормы, регулирующие работу полиции, полностью определяются общеправовыми нормами, интерпретированными судами по отдельным делам.

В США считается, что законы – это основной метод ограничения власти государственных органов. Отсутствие единых законов в области ареста и задержания подозреваемых не является исключением. В данном случае суды обязаны придерживаться общих правил, определённых Конституцией и существующими законами. Применяя эти правила в решении отдельных дел, суды устанавливают новые правила, обязательные для соблюдения как офицерами полиции, так и всеми нижестоящими судами.

Механизм задержания на улице близко связан с механизмом ареста. Возможность задержать подозреваемого, проверить его на наличие оружие и других запрещённых веществ и допросить на месте – одно из основных прав полиции, позволяющих полиции выполнять свою основную функцию – поддержание общественного порядка. Это право также является одним из самых эффективных инструментов расследования преступлений.

Любой офицер полиции имеет право остановить человека, который, по его усмотрению, подозрительно себя ведёт. При этом полицейский может задавать задержанному общие вопросы, например, об имени, фамилии, адресе, куда и откуда направлялся задержанный и др. Если этот человек отказывается отвечать или у полицейского есть причины усматривать, что задержанный может быть вооружён, то может быть произведён личный досмотр на предмет обнаружения оружия и других запрещённых веществ[2].

Одним из классических прецедентов в этой области является инцидент, случившийся на улицах Лос Анджелеса[3]. Офицер полиции остановил человека и начал задавать ему различные вопросы. Ответив лишь на несколько из них, тот отказался отвечать на последующие, после чего был арестован и препровождён в полицейский участок. По дороге в участок арестованный был обыскан. Суд не нашёл противоправности в действиях офицера полиции. В объяснении своего решения суд

[1] В Giordenello v. United States, 357 U.S. 48 (1958), Верховный Суд постановил, что «…выводы из фактов должны быть сделаны информированным и независимым представителем судебной власти, а не офицером полиции, который часто бывает вовлечён в конкурентную борьбу за раскрытие преступления…».

[2] The Uniform Arrest Code (Section 3) разрешает работнику полиции остановить и опросить подозреваемого, не арестовывая его. При этом полицейский может проверить подозреваемого на наличие оружия, если есть основания полагать, что этот гражданин может представлять опасность.

[3] Gisske v. Sanders, 9 Cal. App. 13, 98 P.43 (1908).

указывал, что здесь основной вопрос – была ли свобода истца незаконно ограничена полицейским? Незадолго до инцидента в этом районе была совершена кража со взломом и ограбление. В полицию позвонил неизвестный и сообщил о подозрительной личности, находящейся на улице. Ничего не подозревающий истец спокойно возвращался домой после вечернего отдыха. Судья посчитал, что это гражданская обязанность любого гражданина – помогать полиции в расследовании. Если бы полицейский не имел права арестовывать по подозрению без ордера, то полиция в городах перестала бы быть необходимостью. Работник полиции имеет право задавать вопросы, соблюдая определённые формальности, и требовать ответов на свои вопросы, если окружающая обстановка позволяет предположить рациональному гражданину, что общественная безопасность требует этого.

Изложенное выше стало правилом для полиции в большинстве штатов.

При этом, если у работника полиции есть основания усматривать, что гражданин может иметь оружие или другие запрещённые вещества, он может провести предварительный обыск подозреваемого (определён в американском праве как внешнее ощупывание подозреваемого для проверки наличия предметов) и окружающего пространства (автомобиля, квартиры или общественного места, где находится подозреваемый). В большинстве штатов это право используется офицерами полиции достаточно широко.

Классический прецедент опять же произошёл на улицах Лос-Анджелеса. Два работника полиции, патрулировавшие поздно вечером район, в котором произошло несколько краж и ограблений, заметили истца, несущего открытую канистру. Из-под рубашки у него выпирал какой-то предмет. Работники полиции остановили его, установили личность и обыскали. Выпирающим предметом оказался резиновый шланг, который, по признанию задержанного, он собирался использовать, чтобы откачать бензин из запаркованных на улице машин. При обыске у него также была найдена сигарета с марихуаной. Гражданин был арестован по подозрению в совершении краж. Позже суд постановил[1], что работники полиции действовали законно: множественные кражи, совершённые в этом районе, и тёмное время суток дали основание для подозрений. Поэтому задержание с последующим арестом гражданина, несущего подозрительный предмет около полуночи, не может считаться нелегальным.

Как видим, суды признали право полиции останавливать и опрашивать граждан, а также обыскивать их на месте, если существуют основания усматривать, что они могут представлять общественную опасность. Однако некоторые штаты ограничивают эти права полиции. Например, в штате Иллинойс предметы, найденные при задержании, не могут стать поводом для последующего ареста[2]. Вообще, ответы на вопросы офицера полиции могут предоставить достаточно информации для обоснования ареста, что будет противоречить Пятой поправке к Конституции США, запрещающей свидетельствование против себя. Таким образом, возникает вопрос: считать ли отказ отвечать на вопросы работника полиции правомерным? Однозначного ответа на этот вопрос нет. У полицейского, не получившего ответа на простой вопрос, усиливаются подозрения, и он может арестовать опрашиваемого. Тогда суд будет решать – имел ли работник полиции достаточные основания для ареста.

Необходимо помнить, что права работников полиции также зависят от тяжести подозреваемого преступления. Например, при похищении ребёнка или при другом тяжком преступлении полиция города может заблокировать все выезды из населённого пункта и проверять каждую выезжающую машину. При этом работники полиции, естественно, не смогут доказать наличие достаточных оснований для проверки каждого автомобиля. Однако такое поведение работников полиции будет общественно приемлемым. С другой стороны, подобные действия будут совершенно неприемлемы для раскрытия квартирной кражи или другого мелкого преступления.

Одним из возможных методов защиты от незаконного ареста является самозащита в форме сопротивления незаконному аресту. Следуя принципам общего права, суды большинства штатов[3] и Верховный суд США постановили, что совершенно законно воспротивиться, если необходимо – с

---

[1] People of the United States v. Jackson, 164 Cal. App.2d 759, 308 P.2d 38 (1958).

[2] В классическом прецеденте People of the United States v. Henneman, 367 Ill. 151, 10 N.E..2d 649 (1937), работники полиции, осматривая стоящий на обочине автомобиль с двумя пассажирами, обнаружили два заряженных пистолета. Пассажиры были арестованы, но Верховный Суд штата постановил, что арест был незаконным, так как до обыска автомобиля у работников полиции не было оснований для подозрений.

[3] Секция 6 Единого кодекса арестов (Uniform Arrest Act) Нью-Гэмпшира, например, запрещает сопротивление даже незаконному аресту.

помощью силы, аресту, производимому полицейским с нарушением закона[1]. Принимая подобные решения, суды руководствовались Четвёртой поправкой к Конституции США, которая гласит, что граждане имеют право не подвергаться обыску или ограничению свободы как лично, так и относительно своей собственности и документов. Единственным исключением из этого правила является ситуация, когда существует законный ордер, выписанный по определённому подозрению и предписывающий обыск или задержание определённого человека, обыск помещения или конфискацию вещи.

Все штаты обязывают арестовываемого подчиниться офицеру полиции, которого он знает лично. Если же полицейский незнаком[2], некоторые штаты разрешают сопротивление даже с применением силы[3].

Возникает вопрос: «Что же можно считать незаконным арестом?». Во-первых, простая невиновность задерживаемого не является поводом для рассмотрения ареста незаконным. Полицейские, как и все люди, могут совершать ошибки. Незаконным может быть признан только такой арест, при котором работник полиции нарушает установленную процедуру ареста.

Например, незаконным будет признан арест на месте происшествия, если у полицейского не было достаточных оснований предполагать, что арестуемый совершил или собирался совершить преступление. Тогда судья принимает решение по каждому отдельному случаю.

Особого внимания заслуживает арест с недействительным ордером. Если дефект ордера не может быть заметен ни офицеру полиции, ни задерживаемому, то сопротивление аресту не может считаться обоснованным. Если же недействительность ордера очевидна (например, отсутствует подпись магистрата, прокурора или ордер выдан вне юрисдикции), то арестуемый имеет полное право на защиту своей свободы.

В любом случае дело выносится на рассмотрение независимым судьёй, который решает, имелись ли основания считать арест незаконным и был ли гражданин вправе оказывать сопротивление, защищая свою свободу. Таким образом, каждый гражданин самостоятельно определяет в каждой отдельной ситуации, посчитает ли суд сопротивление аресту правомерным или осудит его за оказание сопротивления работнику полиции при выполнении тем своих обязанностей. При этом необходимо помнить и то, что каждый работник полиции должен взвешивать свои действия по той же схеме: если оснований для ареста нет, полицейский действует на свой страх и риск[4] – его действия не защищены законом. Наказанием полицейскому за незаконный арест может быть либо сопротивление арестуемого, либо последующее взыскание или даже осуждение.

Последнее время концепция сопротивления незаконному аресту находит всё меньшее применение. Большинство судей полагают, что использование подобного метода необязательно в современном обществе, где существует множество других методов бороться с нарушением прав задерживаемого[5]. Легализация и поощрение использования сопротивления работнику полиции как средство защиты своих прав может быть потенциально опасно для общества и порядка.

Другие юристы полагают, что существующих средств защиты прав арестованного (возможность внесения денежного выкупа, административное или дисциплинарное наказание нарушающего закон работника полиции, не использование судами улик полученных незаконными методами, возможность подать гражданский иск на возмещение ущерба и т.д.) недостаточно и поэтому «...совершенно негуманно осуждать человека за сопротивление беззаконию...»[6]. С этим можно согласиться, особенно учитывая очень малое число судебных приговоров, осуждающих работников правоохранительной системы, что, в общем-то, и понятно: система не хочет наказывать «одного из своих».

Работник полиции может использовать только такое количество силы, которое, по его рациональным убеждениям, необходимо для ареста подозреваемого. Если арестуемый пытается бежать или сопротивляется аресту, полицейский может применять силовые методы по своему усмотрению,

---

[1] John Bad Elk v. U.S., 177 U.S. 529 (1900); City of Monroe v. Ducas, 14 So. 2d 781, 784, 203 La. 974 (1943).

[2] Гражданский арест приравнивается к аресту незнакомым полицейским. Никто не может быть осуждён за сопротивление гражданскому аресту, но при малейшем применении силы может быть осуждён за хулиганство или нападение с применением силы.

[3] Например, Южная Каролина и Небраска даже позволяют использование огнестрельного оружия для защиты своей свободы от незаконных действий полиции.

[4] Например, в Техасе производящий незаконный арест полицейский даже не имеет права пользоваться личным оружием для самозащиты от действий арестуемого.

[5] Например, см. одно из ранних решений State v. Koonce, 89 N.J. Supp. 169, 214 A. 2d 428, 436 (1965).

[6] Chevigny, The Right to Resist an Unlawful Arrest, 78 Yale L.J. (1969), P. 1138.

необходимые для задержания преступника. Это основное правило, у которого есть несколько важных ограничений. Правило, которое используют большинство судов гласит: «... лучше позволить одному подозреваемому в *misdeaminor* сбежать, чем лишать его жизни»[1] В некоторых случаях полицейский может быть обвинён в умышленном убийстве (за причинение смерти водителю остановленного автомобиля)[2] или причинении смерти по неосторожности (когда смерть наступила вследствие повреждения автомобиля пулей из пистолета полицейского)[3].

Прецедентное право более конкретно определяет право офицера полиции на использование оружия при аресте. Если арестуемый подозревается в совершении *misdemeanor* или даже если абсолютно точно известно, что это преступление совершено им, полицейский всё равно не имеет права открывать огонь, даже если других способов остановить преступника от побега не существует. То же правило действует и при подозрении на совершение *felony*. Таким образом, работникам полиции разрешается применять оружие при аресте только в тех случаях, когда они могут быть уверены, что задерживаемый совершил *felony* и когда не существует других способов арестовать подозреваемого. Степень уверенности каждый полицейский должен определять самостоятельно: если он подозревает невиновного гражданина и применяет оружие при его задержании, то суд может обвинить полицейского в причинении последствий. В качестве примера подобной ситуации можно привести прецедент, случившийся в Аризоне. Заместитель шерифа с напарником патрулировали автостраду в поисках преступника, совершившего ограбление в находящемся неподалёку парке. Один из автомобилей при их приближении развернулся и поехал в обратном направлении. Полицейские начали преследование и открыли огонь. Одним из выстрелов была убита жена водителя, сидевшая на переднем сиденье. Суд вынес вердикт обвинения в убийстве второй степени, обосновывая его тем, что работники полиции не имели права открывать огонь всего лишь по подозрению в совершении *felony*[4].

Естественно, работник полиции, выполняющий свои обязанности, попадает в различные ситуации, когда ему приходится принимать мгновенные решения. Если у него есть достаточные подозрения, что его жизни или жизни окружающих может угрожать опасность, то он может применить оружие.

В свете проводимой в России реформы уголовно-процессуального законодательства и исходя из положительного опыта деятельности правоохранительных органов Швеции, Германии, США было бы полезным расширить полномочия российских прокуроров и офицеров милиции в сфере борьбы с преступностью.

К примеру, в порядке эксперимента вполне возможно было бы в ряде регионов России законодательно разрешить прокурорам по некоторым категориям уголовных дел при наличии согласия подозреваемых лиц применять к ним в качестве наказания за совершенные преступления штраф, исправительные работы.

---

1 Reneau v. State, 70 Tenn. 720, 721 (1879).
2 Hill v. Commonwealth, 239 Ky. 646, 40 S.W.2d 261 (1931).
3 People of the United States v. Klein, 305 Ill. 141, 137 N.E. 145 (1922).
4 Wiley v. State, 19 Ariz. 346, 170 P. 869, L.R.A. 1918D 373.

Y.M. Ploshkina

Criminal liability for unlawful tresspass according to the Criminal Code of Federal Republic of Germany

Я.М. Плошкина

Уголовная ответственность за незаконное проникновение в жилище по УК ФРГ

Данная статья содержит анализ составов преступлений, предусматривающих ответственность за незаконное проникновение в жилище по УК ФРГ.

This article contains the analysis of crimes, providing for the responsibility for the violation of immunity of residence according to the criminal code of FRG.

Введение

С развитием научно-технического прогресса появляются все новые формы незаконного проникновения в жилище: это и физическое, и проникновение посредством аудио-, видеоаппаратуры. Для эффективной борьбы с данным явлением необходимо предпринять определенные меры, и немаловажную роль здесь играет тщательно проработанная законодательная конструкция незаконного проникновения в жилище. В связи с этим примечателен зарубежный опыт, в частности, Германии, поскольку в уголовном кодексе ФРГ (далее – УК ФРГ) с учетом реалий современной действительности достаточно четко сконструирован данный состав преступления, а также предусмотрена соответствующая степени посягательства уголовная ответственность за незаконное проникновение в жилище.

Следует отметить, что УК ФРГ содержит также ряд параграфов, где незаконное проникновение в жилище является лишь способом совершить другое уголовно наказуемое преступление, в частности, кражу (§ 244, 244а УК ФРГ). Однако, прежде всего, представляется необходимым рассмотреть законодательные конструкции таких германских параграфов, которые предусматривают ответственность за незаконное проникновение в жилище как самоцель.

Общая характеристика состава правонарушения, предусмотренного 1 альт. § 123 УК ФРГ

В отличие от ст. 139 Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ), уголовно-правовая норма § 123 УК ФРГ (нарушение неприкосновенности жилища) характеризуется обширной описательной диспозицией: «1) кто незаконно проникает в жилище, производственные или охраняемые от чужого доступа помещения или в закрытые помещения, предназначенные для общественных служб или транспорта, или 2) кто, находясь без соответствующих полномочий в подобном помещении, не выполняет настоятельную просьбу уполномоченного лица покинуть данное помещение…» и санкцией, предусматривающей два вида наказания: лишение свободы на срок до одного года или денежный штраф. Для привлечения лица к уголовной ответственности за незаконное проникновение в жилище имеет значение только первый вариант деяния (1-я альтернатива – так традиционно подразделяют в германском праве параграфы) § 123 УК ФРГ (незаконное проникновение в жилище), поэтому анализ данного параграфа будет ограничен применительно к теме работы.

Особенность конструкции состава нарушения неприкосновенности жилища по УК ФРГ и его коренное отличие от ст. 139 УК РФ заключается в том, что законодатель ФРГ довольно широко трактует неприкосновенность жилища. Согласно § 123 УК ФРГ уголовно-правовой защите подлежат не только непосредственно жилище, но и производственные и охраняемые от чужого доступа помещения, а также обособленные помещения, предназначенные для общественных служб или транспорта. В

© Я.М. Плошкина, 2008

Кандидат юридических наук, специалист-эксперт Юридического отдела Экспертно-правового управления Законодательного Собрания Красноярского края.

Candidate of legal sciences, specialist-expert of Krasnoyarsk territory Legislative Assembly Expert-legal Bureau Legal department.

связи с этим в германской уголовно-правовой доктрине нет единого мнения по поводу того, на какое правоохраняемое благо посягает анализируемое преступное деяние. Причина этого заключается в том, что хотя данная норма помещена в раздел 7 Особенной части УК ФРГ «Преступные деяния против общественного порядка», но она охраняет не столько общественный порядок, сколько индивидуальное правовое благо. Большинство представителей германской уголовно-правовой доктрины считают, что в данном случае правоохраняемое благо – это право на неприкосновенность жилища (Hausrecht), и характеризуют его как «индивидуальное правовое благо особого вида»[1]. Оно предполагает, в частности, право отдельного человека на определенной территории самостоятельно решать, кому на ней находиться, а кому – нет[2].

Другие же правоведы считают, что данная норма охраняет ограниченную определенной территорией частную сферу конкретного лица. Традиционно рассматриваемое правовое благо «воплощалось в части персонифицированной, локальной сферы свободы определенного лица», поэтому, по мнению представителей германской уголовно-правовой доктрины, нарушение неприкосновенности жилища – специальный деликт против личной свободы и посягает на индивидуальное персонифицированное правовое благо особого вида[3].

Противники данной точки зрения (их меньшинство) полагают, что охраняемое упомянутой нормой правовое благо нельзя определять как индивидуальное личное правовое благо особого вида[4]. Они обосновывают свою позицию тем, что в § 123 УК ФРГ речь идет не только о жилище, но и служебных и производственных помещениях, относить которые к личной частной сфере лица представляется достаточно спорным.

При определении правоохраняемого блага как объекта посягательства более аргументированной представляется первая точка зрения. Ведь любое из указанных в § 123 УК ФРГ помещений в той или иной степени все же должно быть защищено от постороннего доступа, не желательного для управомоченного лица. Вместе с тем нельзя не учитывать и тот факт, что порядок доступа в данные помещения не может быть одинаковым для всех желающих лиц. Но следует принять во внимание, что, если нормой § 123 УК ФРГ применительно к жилищу охраняется частная, семейная сфера жизни конкретного человека, доступ в которую постороннее лицо может иметь только с его согласия, то и в производственном помещении (к примеру, в торговом предприятии) некоторые объекты подлежат защите от постороннего, несанкционированного доступа (например, информация, содержащая коммерческую тайну предприятия, разработанные им технологии, ограниченная определенным пространством производственная или трудовая сфера жизнедеятельности такого предприятия)[5].

Таким образом, объектом незаконного проникновения в жилище выступает право на неприкосновенность жилища. Оно закреплено как на международном (в частности, ч. 1 ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод – далее Европейская конвенция), так и на национальном уровне (ст. 13 Основного закона ФРГ, далее – ОЗ ФРГ). Германский законодатель не определяет право на неприкосновенность жилища, однако в немецкой литературе оно трактуется следующим образом: никто не имеет права без законного основания войти (проникнуть) в жилище против воли проживающих в нем лиц[6]. Краеугольным камнем при рассмотрении данного конституционного права является понятие «жилище», которое в большинстве случаев в силу правовых традиций законодательно не определено. Поэтому представляется необходимым раскрыть его содержание, учитывая положения Европейской конвенции, поскольку основные понятия в национальном праве многих европейских государств (Германия в данном случае – не исключение) создавались и формируются под непосредственным влиянием практики Европейского суда по правам человека (далее – Европейский суд).

---

[1] Schönke A., Schröder H. – Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 123. Rdn 3.

[2] Серебренникова А. В. Нарушение неприкосновенности жилища по УК ФРГ // Иностранное право: Сборник научных статей и сообщений. М., 2002. Вып. 4. С. 93–94; Серебренникова А. В. Уголовно-правовая охрана права человека и гражданина на неприкосновенность жилища по УК РФ и УК ФРГ // Вест. Моск. ун-та. Сер. 11, право. 2003. № 3. С. 52–74.

[3] Там же.

[4] Schall H. Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch. Berlin, 1974. S. 90 ff.

[5] Серебренникова А. В. Нарушение неприкосновенности жилища по УК ФРГ. С. 93–95; Серебренникова А. В. Уголовно-правовая охрана права человека и гражданина на неприкосновенность жилища по УК РФ и УК ФРГ. С. 52–74.

[6] Küpper G. Strafrecht. Besonderer Teil 1. Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft. 2. Auflage. Berlin, 2002. S. 81.

Ни по Европейской конвенции, ни по германскому праву жилище не определяется законодательно, поэтому необходимо при его понимании руководствоваться судебной практикой. Согласно практике Европейского суда право на неприкосновенность жилища тесно связано с правом человека на частную жизнь и на защиту его личности. Поэтому критерием определения жилища является факт использования человеком замкнутой, отграниченной от внешнего мира территории в своих целях, при этом продолжительность проживания и интенсивность его использования особой роли не играют. Кроме того, в решении Европейского суда по делу «Прокопович против РФ» жилище определено как «автономная концепция, которая не зависит от классификации в национальном праве. Является ли место конкретного проживания «жилищем» – зависит от фактических обстоятельств дела, а именно от наличия достаточных продолжающихся связей с конкретным местом проживания»[1]. Под сферу действия ст. 8 Европейской конвенции и под понятие «жилище» подпадают в том числе сад, гараж, прицеп-дача (дом «на колесах»), комната в гостинице, в которой проезжающий остановился всего лишь на ночь[2]. Это объясняется тем, что все помещения, где люди временно проживают, отграничивают их от внешнего мира и позволяют реализовать право на личную жизнь[3].

Аналогичное толкование встречается в германской судебной практике. В ФРГ право на неприкосновенность жилища тесно связано с правом человека на свободное проявление своей личности. Основной закон ФРГ должен гарантировать каждому «элементарное жизненное пространство», а также право «находиться в покое от внешнего мира». В связи с этим под жилищем понимают «пространственную частную сферу»[4]. Решающим моментом для признания жилища пространственной частной сферой выступает проявленная вовне воля отдельного человека на частный доступ в помещение или на огражденную территорию, а для всех остальных лиц – общественное признание данного объекта как пространственной частной сферы[5]. Так, подпадают под сферу действия ст. 8 Европейской конвенции и ст. 13 ОЗ ФРГ в понятие «жилище» наряду с жилыми помещениями также подвалы, гаражи, внутренние дворы, палисадники, передвижные дома на колесах, палатки, яхты, номера в отелях, корабли, вагончики и кемпинговые палатки, то есть те помещения, предназначенные для временного проживания людей. Однако по законодательству ФРГ в понятие жилища автомобили не входят[6].

Таким образом, в германском уголовном праве действует единообразное толкование жилища, выработанное судебной практикой и во многих моментах совпадающее с пониманием данного термина, сформированного практикой Европейского суда по правам человека. Критерием разграничения жилища и иных помещений выступает его главная цель: пребывание в нем и удовлетворение личных потребностей людей, причем помещение не должно в первую очередь являться рабочим местом. Для признания помещения жилищем в уголовно-правовом смысле в ФРГ не имеет значения продолжительность пребывания в нем, а также возможность ночлега в помещении. Поэтому охватываются понятием «жилища» в уголовно-правовом смысле наряду с жилыми помещениями вспомогательные помещения (к примеру, кладовые, коридоры), нежилые помещения, которые зафиксированы в договоре найма (лестницы, подвалы), а также комнаты в гостиницах, каюты пароходов, передвижные дома на колесах, палатки на турбазе[7].

Другим спорным моментом в законодательстве ФРГ выступает возможность распространения сферы защиты неприкосновенности жилища на *хозяйственные и служебные помещения*. Согласно одной позиции следует абсолютно исключить такую возможность, поскольку, в первую очередь, ст. 8 Европейской конвенции и ст. 13 ОЗ ФРГ в контексте с правом на частную жизнь преследуют цель: предоставить человеку определенное пространство для свободного проявления своей индивидуальности, а также для его свободного общения с семьей, и обезопасить от вторжения в его частную сферу иных лиц[8]. Однако судебная практика Европейского суда, а также практика нацио-

---

[1] Решение Европейского суда по правам человека по делу «Прокопович против РФ». 18.11.2004 // Российская юстиция. 2005. № 5. С. 68–74.

[2] Breitenmoser S. Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK. Frankfurt/Main, 1986. S. 257; Frowein J. Peukert W. Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK – Kommentar. Kehl, 1985. S. 207.

[3] Breitenmoser S. Der Schutz der Privatsphäre gemäß Art. 8 EMRK. Frankfurt/Main, 1986. S. 260–263.

[4] Pieroth B., Schlink B. Grundrechte. Staatsrecht II. 18. Auflage. Heidelberg, 2002. S. 217.

5 Там же.

[6] BGH // NJW. 1997. 2189; BVerfGE. 89. 1. 12; Zacharias D. Staatsrecht I. Grundrechte. 2. Auflage. Frankfurt / Main, 2000. S. 139–140.

[7] Schmidt R., Priebe K. Strafrecht – Besonderer Teil I. Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit. 1. Auflage. Bremen, 2002. S. 245, 246; Tröndle H, Fischer T. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Auflage, 2001. S. 826.

[8] Stein E. Staatsrecht. 16. Auflage. Tübingen, 1998. §34 II 1.

нальных судов ФРГ при решении данного вопроса не столь категорична. Так, в 1992 г. Европейский суд расширил понятие «жилище», признав таковым и некоторую нежилую недвижимость, предоставив тем самым защиту этой недвижимости в рамках ст. 8 Европейской конвенции. В деле Нимитц против Германии адвокат Нимитц, в офисе которого был произведен обыск, в жалобе утверждал, что фактом проведения обыска было нарушено право на уважение его жилища и корреспонденции. Применительно к понятию «жилище» Европейский Суд отметил, что не всегда можно провести четкое разграничение между жильем и офисом, в частности, потому, что вести деятельность, которую можно отнести к профессиональной или деловой, можно с таким же успехом и со своего места жительства, и, наоборот, можно заниматься делами, которые не относятся к профессиональной сфере, в офисе или коммерческих служебных помещениях. Узкое понимание термина «жилище» может привести к такой же опасности неравенства, как и узкое понимание «личная жизнь». Суд подытожил: «Если говорить в общем, толкование слова «жилище» как охватывающего служебные помещения более созвучно с предметом и целью ст. 8 Европейской конвенции»[1].

Таким образом, жилище – место пребывания человека независимо от вида его деятельности: профессиональной или частной. Ведь не всегда можно четко различить, какая деятельность человека является частью его деловой жизни, а какая – нет. В частности, в случае с лицами свободных профессий работа в данном контексте составляет неотъемлемую часть их жизни, вплоть до того, что невозможно определить, в каком качестве действует лицо в тот или иной момент времени. Так, например, германские суды признавали жилищем также мастерские художников, поскольку они были предназначены для временного проживания потерпевших и там находилась часть их имущества. Однако в этих и подобных им случаях суды должны особо аргументировать свой вывод[2].

Таким образом, термин «жилище» тесно связан с определением понятия «личная жизнь», объем которого широк и недостаточно определен. В соответствии со сложившейся практикой Европейского Суда в исключительных случаях понятие «жилище» в германском уголовном праве распространяется также и на служебные помещения.

Предпосылкой уголовной ответственности за незаконное проникновение в жилище, предусмотренное § 123 УК ФРГ, является то, что лицо, совершающее какое-либо из этих преступных деяний, действует незаконно, то есть противоправно. Однако дискуссионным является вопрос: к чему относится термин «незаконность» – указывает ли он на противоправность деяния вообще или является признаком конкретного состава преступного деяния. Некоторые представители уголовно-правовой доктрины ФРГ считают, что этот признак состава выполняет двойную функцию, то есть характеризует оба из рассмотренных выше обстоятельств[3]. Большинство же юристов придерживаются точки зрения, согласно которой данный признак характеризует только общую противоправность деяния. Следует согласиться с господствующей позицией, что лицо действует незаконно, если его поведение противоречит предписаниям закона и общепринятым нормам поведения, поскольку проникновение в жилище без соответствующего разрешения правомочного лица в принципе запрещено и только возможно в случаях, прямо предусмотренных законом, например, § 100c, 104, 110c, УПК ФРГ. Таким образом, речь идет о противоправности как общем признаке преступного деяния[4].

Объективная сторона незаконного проникновения в жилище характеризуется следующими признаками, и первым ее признаком выступает понятие «проникновение в жилище», содержание которого является дискуссионным. Согласно одной позиции проникновение может быть вообще не связано с физическими действиями и для его наличия достаточно любого воздействия на потерпевшего (в том числе и нефизического). Так, например, Х. Шаль под проникновением в жилище понимает любое ущемление социальных функций, поскольку именно через функции он определяет жилище. По его мнению, жилище – это закрытое от свободного доступа посторонних лиц пространство, в котором человек реализует свои основные социальные функции, в частности: социализация ребенка в семье, нахождение баланса между общественными и личными интересами, осознание самого себя как

---

[1] Gillow v UK, judgment of 24 Nov 1986, para 46; Килкэли У., Чефранова Е. А. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8. М., 2001. С. 43; EuGH //NJW. 1989. 3080/3081.

[2] Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии. М., 1997. С. 310; Pieroth B., Schlink B. Grundrechte. Staatsrecht II. 18. Auflage. Heidelberg, 2002. S. 217–219.

[3] Schönke A., Schröder H. - Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 123. Rdn 9.

[4] BGH NJW 1983, 1570; Kindhäuser U. Strafrecht. Besonderer Teil I. 1. Aufl. Baden-Baden, 1999. S. 167; Серебренникова А. В. Нарушение неприкосновенности жилища по УК ФРГ. С. 104.

личности и дальнейшее ее развитие[1]. Согласно Х. Шалю, следует констатировать проникновение в жилище, если человеку любым образом препятствуют осуществлять в жилище данные функции. В соответствии с этой позицией проникновение – это и физическое вторжение, а также любое, в том числе и психическое воздействие на потерпевшего (громкий голос, мешающий шум, ночные звонки в дверь или по телефону)[2].

Однако подобное толкование способствует «размыванию» границ проникновения. Придерживаясь данного мнения, действия лица, которое на улице в ночное время громко нецензурно выражалось, мешая спать жителям близлежащих домов, следует квалифицировать не только как хулиганство, но и как нарушение неприкосновенности жилища. Кроме того, было бы практически невозможно провести разграничение между деяниями, предусмотренными § 123 и § 201 УК ФРГ, например, при незаконном аудионаблюдении за жилищем, когда подслушивающее устройство находилось за пределами жилища. В связи с этим согласно господствующей позиции в германской литературе и судебной практике под проникновением в смысле § 123 УК ФРГ понимается только физическое вторжение в жилище. Для наличия данного признака достаточно также вторжения только части тела, например, когда преступник просовывает в окно руку или ногу, препятствуя владельцу жилища закрыть входную дверь[3].

Кроме того, в германской литературе спорят: можно ли рассматривать как незаконное проникновение в соответствующее помещение, если виновное лицо оказывается там не против (проживающее лицо категорично изъявило нежелание впускать чужое лицо в жилище), а помимо воли (когда отсутствует четкое волеизъявление владельца жилища) правомочного лица, то есть проживающего в жилище на законных основаниях[4]. Найти однозначный ответ достаточно сложно, поскольку порядок доступа общественности в различные охраняемые § 123 УК ФРГ помещения (жилище, производственные помещения, охраняемые от чужого доступа помещения, закрытые помещения, предназначенные для общественных служб или транспорта) неодинаков. Применительно к жилищу практически все исследователи сходятся в том, что проникновение в жилище возможно не только против воли правомочного лица, но и помимо его воли. Например, когда собственник жилья по какой-либо причине не мог выразить свою волю при проникновении[5]. Таким образом, проникновение в смысле § 123 УК ФРГ возможно как против воли проживающего лица, так и помимо его воли.

Субъектом незаконного проникновения в жилище (§ 123 УК ФРГ) является вменяемое физическое лицо, достигшее согласно § 19 УК ФРГ ко времени совершения преступления 14-летнего возраста. С субъективной точки зрения предполагается наличие умысла, достаточно даже косвенного. Для привлечения лица к уголовной ответственности за незаконное проникновение в жилище необходимо установить, что лицо, проникая в помещение, осознавало, что нарушает конституционные права граждан, предвидело возможность наступления общественно опасных последствий, желало их либо не желало, но и не рассчитывало на конкретные обстоятельства, позволяющие избежать наступления этих последствий[6]. В противном случае лицо не может быть привлечено к уголовной ответственности.

Разграничение § 123 УК ФРГ от § 124 УК ФРГ

Применительно к незаконному проникновению в жилище следует проводить разграничение между § 123 и § 124 УК ФРГ. Параграф 124 УК ФРГ (тяжкое нарушение неприкосновенности жилища) устанавливает: «Когда несколько человек собираются публично с намерением предпринять сообща насильственные действия против лиц или имущества и при этом незаконно проникают в жилище, в производственные или охраняемые от чужого доступа помещения или в закрытые помещения,

---

[1] Schall H. Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen Hausfriedensbruch. Berlin, 1974. S. 134, 136.

[2] Schild W. Eindringen (§ 123StGB) bei individuellem Betretungsverbot. NStZ 1986, Heft 8. S. 346–351; Серебренникова А.В. Уголовная ответственность за нарушение неприкосновенности жилища в сравнительном праве (на примере УК РФ и УК ФРГ). М.: МАКС Пресс, 2002. С. 57; Серебренникова А. В. Уголовно-правовая охрана права человека и гражданина на неприкосновенность жилища по УК РФ и УК ФРГ. С. 52–74.

[3] BGH bei Dallinger MDR 1955 143, 144; Jähnke B., Laufhütte H. W., Odersky W. Leipziger Kommentar. StGB. 11. Aufl. Berlin, 2001. 35. Lieferung, § 123. Rdn 45; Schönke A., Schröder H. – Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 123. Rdn 12.

[4] Tröndle H, Fischer T. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Aufl. München, 2001. § 123. Rdn. 10.

[5] Jähnke B., Laufhütte H. W., Odersky W. Leipziger Kommentar. StGB. 11. Aufl. Berlin, 2001. 35. Lieferung, § 123. Rdn 46-48; Серебренникова А. В. Нарушение неприкосновенности жилища по УК ФРГ. С. 102–103.

[6] Wessels J., Beulke W. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg: Müller, 34. Auflage. 2004. Rn 225–226.

предназначенные для общественных служб, то каждый, кто принимает участие в указанных выше действиях, наказывается лишением свободы на срок до двух лет или денежным штрафом». § 124 УК ФРГ представляет собой самостоятельный состав преступного деяния, а не квалифицированный вид § 123 УК ФРГ, как это могло бы показаться российскому юристу, исходя из названия данной нормы. Диспозиция § 124 УК ФРГ включает признаки двух других преступных деяний и представляет собой специфическое смешение двух составов: нарушение неприкосновенности жилища (§ 123) и нарушение общественного порядка, сопряженное с насильственными действиями группы лиц (§ 125). Правоохраняемым данной нормой благом является, наряду с правом на неприкосновенность жилища, также и общественный порядок[1]. Разграничение между двумя данными параграфами следует проводить, прежде всего, по субъекту преступления (в § 124 УК ФРГ им выступает несколько человек) и субъективной стороне (наличие в § 124 УК ФРГ специальной цели – намерения совершить сообща насильственные действия против лиц или имущества), а также учитывать такой признак объективной стороны § 124 УК ФРГ, как публичность.

В отличие от § 123 УК ФРГ, субъектом преступления § 124 УК ФРГ является не один человек, достигший возраста уголовной ответственности, а несколько лиц. Данное понятие оценочное. Судебная практика ФРГ устанавливает данный признак исходя из конкретных обстоятельств дела. Как правило, это группа из 15–20 человек, но с учетом конкретных обстоятельств их может быть и меньше. При оценке этого понятия германская уголовно-правовая доктрина ссылается на судебное решение от 29.08.1985, в котором определяется данный термин. Это не обязательно бесчисленное количество людей, а такое, число которых сразу трудно определить[2]. Следующее отличие от § 123 УК ФРГ нужно проводить по субъективной стороне: § 124 УК ФРГ помимо умысла предусматривает обязательную целевую направленность – несколько человек собираются с обязательным намерением предпринять сообща насильственные действия против лиц или чужого имущества. Дополнительное отличие § 123 УК ФРГ от § 124 УК ФРГ можно обнаружить и в объективной стороне § 124 УК ФРГ: несколько человек собираются для достижения определенных целей публично, то есть когда к собравшимся людям может присоединиться любой другой человек. При наличии вышерассмотренных признаков незаконное проникновение в жилище следует квалифицировать не по § 123 УК ФРГ, а по § 124 УК ФРГ (тяжкое нарушение неприкосновенности жилища).

Германский законодатель в § 123 УК ФРГ понимает термин «проникновение» достаточно узко, только как физическое вторжение человека в жилище. Но вследствие научно-технического прогресса наблюдать за жилищем, знать, что происходит внутри него, вплоть до интимной жизни, возможно и без физического проникновения в жилище. На сегодняшний день существуют специальные технические средства для аудиовизуального наблюдения за жилищем, в частности, подслушивающие устройства, позволяющие и в жилище, и на небольшом расстоянии от жилища с улицы подслушать разговоры, ведущиеся в нем, без физического проникновения в помещение. Фактически такое наблюдение равнозначно проникновению в жилище, что является вторжением в частную жизнь и одновременно нарушением права на неприкосновенность жилища[3]. В связи с этим со стороны германского законодателя было бы упущением не предусмотреть уголовную ответственность за незаконное аудио- и видеонаблюдение за жилищем. Поэтому, исходя из анализа абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ, существует ответственность за незаконное аудионаблюдение за жилищем. Применительно к незаконному видеонаблюдению за жилищем в германском законодательстве отсутствует пока ответственность за соответствующие действия. Подобная ситуация представляется странной, поскольку при современном уровне развитии техники (в том числе и при применении различных видеокамер) возможно глубокое вторжение в интимную жизнь человека и без непосредственного физического вторжения в жилище. В связи с этим в германском обществе разгорелись дискуссии о необходимости принятия § 201а УК ФРГ, предусматривающего ответственность за незаконное фотографирование, видеонаблюдение за частной жизнью человека. Но подобная поправка в УК ФРГ находится еще на стадии разработки[4].

---

[1] Серебренникова А. В. Уголовно-правовая охрана права человека и гражданина на неприкосновенность жилища по УК РФ и УК ФРГ. С. 66; Серебренникова А. В. Уголовный кодекс ФРГ. М.: Зерцало, 2000. С. 86, 87.

[2] BGHSt 33, 308; Серебренникова А. В. Нарушение неприкосновенности жилища по УК ФРГ. С. 113–114.

[3] В качестве примера см.: определение Конституционного Суда РФ по жалобе гр. И. Г. Черновой от 14.07.1998 № 86-О // СПС КонсультантПлюс.

[4] Deutscher Bundestag. Drucksache 15 / 533 // http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/44216.

Общая характеристика состава правонарушения, предусмотренного абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ

Параграф 201 УК ФРГ (нарушение конфиденциальности слова) появился в УК ФРГ в результате принятия федерального закона «О внесении изменений в УК ФРГ» от 25.06.1969 г. Данная норма имеет обширную описательную диспозицию и объединяет несколько составов преступных деяний:

«(1) Лишением свободы на срок до трех лет или денежным штрафом наказывается тот, кто незаконно:

1) записывает на звуконоситель конфиденциальную информацию, принадлежащую другому лицу, не предназначенную для сведения других лиц;

2) использует сделанные таким образом записи или передает их третьему лицу.

(2) Так же наказывается тот, кто незаконно:

1) подслушивает при помощи специального подслушивающего устройства конфиденциальную информацию, не предназначенную для сведения других лиц;

2) дословно сообщает другому лицу записанную в соответствии с абз. 1 № 1 или услышанную в соответствии с абз. 2 № 1 конфиденциальную информацию, принадлежащую другому лицу, или передает ее содержание.

Деяние, предусмотренное № 2, является только тогда наказуемым, когда опубликование конфиденциальной информации может нанести вред законным интересам другого лица. Такое опубликование является не противоправным, если оно осуществляется с учетом законных интересов общественности.

(3) Лишением свободы на срок до пяти лет или денежным штрафом наказывается тот, кто, являясь должностным лицом или лицом, специально уполномоченным на выполнение публичных обязанностей, нарушает конфиденциальность слова (абз. 1 и 2).

(4) Покушение наказуемо.

(5) Звуконосители и подслушивающие устройства, которые применялись исполнителем или соучастниками, могут быть конфискованы. Применяется § 74а».

Применительно к незаконному аудионаблюдению за жилищем имеет значение абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ – незаконное подслушивание при помощи специального подслушивающего устройства конфиденциальной информации, не предназначенной для сведения других лиц[1]. Данная уголовно-правовая норма содержится не случайно в разделе 15 УК ФРГ «Преступные деяния, нарушающие неприкосновенность и тайну частной жизни». Это обусловлено тем, что при незаконном аудионаблюдении за жилищем деятельность правонарушителя направлена, прежде всего, на получение информации о том, что человек делает, с кем и о чем общается, как себя ведет, когда он предоставлен самому себе и находится в пространстве, куда доступ посторонним лицам ограничен. Человек, находясь в жилище (то есть в защищенных от доступа посторонних лиц местах), обладает определенной свободой действий. Фактически преступник при незаконном аудионаблюдении за жилищем посягает на автономию личности, на его частную жизнь, на privacy, и именно этому благу причиняется вред от противоправного деяния. Следовательно, непосредственным объектом нарушения неприкосновенности жилища посредством аудионаблюдения является комплексное right to privacy, где право на неприкосновенность жилища выступает частным проявлением многогранного right to privacy[2]. Таким образом, данная норма, как и прочие другие, входящие в 15 раздел УК ФРГ, защищает различные проявления права каждого человека на свободное развитие своей личности (ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 2 ОЗ ФРГ). При раскрытии его содержания Конституционный суд ФРГ опирается на практику американского Верховного суда, признающего right to privacy или right to be let alone[3]. Конституционный суд ФРГ исходит из того, что «у каждого человека должно быть пространство, где он может укрыться от внешнего мира, куда ограничен доступ посторонним лицам, и тем самым насладиться покоем и воспользоваться своим правом на уединение»[4].

Правовым благом в § 201 УК ФРГ является частная жизнь человека, в особенности его доверительные отношения, где каждому гарантируется свобода общения, беспрепятственная устная комму-

[1] Нумерация структуры германского уголовного законодательства приводится в соответствии с их структурой.

[2] Смирнов С. Приватность. М.: Права человека, 2002. С. 9–10.

[3] Jähnke B., Laufhütte H. W., Odersky W. Leipziger Kommentar. StGB: 11. Aufl. Berlin, 2001. 35. Lieferung, § 201–206. Rdn 2.

[4] BVerfGE 27 1, 6.

никация[1]. Цель защиты данной нормы – сохранение естественного устного общения между людьми; соблюдение конфиденциальности слова. В частной жизни и связанной с этим сферой общения никто не должен опасаться, что его устные высказывания, произнесенные слова, предназначенные для определенного круга лиц, будут подслушаны посторонними и использованы в будущем[2]. Так, абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ сформулирована уголовная ответственность за «подслушивание при помощи специального прослушивающего устройства конфиденциальной информации, не предназначенной для сведения других лиц». Следует отметить, что § 201 УК ФРГ регулирует случаи как незаконного аудионаблюдения за жилищем, так и незаконного прослушивания иных, в частности, телефонных переговоров. Данная норма не проводит различия между тем, где было осуществлено подслушивание конфиденциальной информации: в жилище или в другом помещении, поскольку она защищает право на свободу устного общения между людьми; главное, чтобы информация была конфиденциальной и не предназначалась для сведения других, третьих лиц[3].

Непосредственным предметом преступления, предусмотренного § 201 УК ФРГ, выступает конфиденциальная информация, не предназначенная для сведения других лиц, а именно для правонарушителя, поскольку данная норма защищает только конфиденциально произнесенное слово. Под конфиденциальной информацией понимают выраженные вслух словесные высказывания независимо от того, составляют ли они тайну для говорящего лица. Не подпадают под информацию в смысле данного параграфа такие звуки, как стон, зевота[4]. § 201 УК ФРГ распространяет защиту только на устно произнесенные слова, охрана письменных высказываний обеспечивается § 202 УК ФРГ. Конфиденциальная информация – это информация, не обращенная к общественности, то есть разговоры, дискуссии, переговоры ведутся с закрытым, ограниченным числом участников, и они не предназначены для любого желающего лица. Кто правомерно должен получить сведения, определяет говорящий. Для уголовно-правовой защиты не имеет значения: разговаривало ли лицо с кем-либо другим, или с самим собой, или записывало свои произнесенные высказывания на звуконоситель. Однако не является конфиденциальной информация, воспроизведенная при помощи различных технических устройств, то есть лицо должно непосредственно устно произносить какие-либо слова, только в этом случае подобное незаконное подслушивание подпадает под защиту § 201 УК ФРГ[5].

Предметом рассматриваемого преступления является конфиденциальная информация, не предназначенная для сведения других лиц. Проблематичным выступает здесь следующий момент: как следует понимать термин «сведения». В качестве наглядного примера можно привести указание работодателя одному из своих подчиненных прослушать служебные телефонные разговоры своих сотрудников. Подчиненный в соответствии с полученным указанием прослушивает и передает затем работодателю по существу содержание телефонных разговоров. Возникает вопрос: является ли переданное содержание таких разговоров сведениями, не предназначенными для работодателя, то есть является ли эта информация предметом преступления[6]?

Согласно одной позиции под сведениями следует понимать только акустическое первичное восприятие конфиденциально произнесенной информации. В соответствии с этим последующая передача работодателю содержания телефонных разговоров не является операцией со сведениями, не предназначенными для других лиц[7]. Согласно другой позиции для наличия в действиях конкретного лица состава данного преступления достаточно дословного ознакомления или ознакомления только по существу с содержанием высказываний, в частности, телефонных разговоров. Поэтому в данном примере работодатель получил от своего подчиненного информацию, не предназначенную для сведения других лиц[8]. Представляется, что второе мнение полнее соответствует действительности, поскольку в противном случае отсутствовала бы возможность привлечения к ответственности по абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ лиц, по просьбе которых другое лицо подслушивало разговоры.

---

[1] Tröndle H, Fischer T. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Auflage, 2001. S. 1093. В германском праве чаще употребляется термин не свобода общения, а телекоммуникаций.

[2] Wessels J., Hettinger V. Strafhrecht, Besonderer Teil / 1. 26. Aufl. Heidelberg: Müller, 2002. S. 140.

[3] Там же.

[4] Tröndle H, Fischer T. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Auflage. München, 2001. § 201 Rdn. 2; Wessels J., Hettinger V. Strafhrecht, Besonderer Teil / 1. 26. Aufl. Heidelberg: Müller, 2002. S. 140.

[5] Tröndle H, Fischer T. Там же. S. 140.

[6] Schönke A., Schröder H. – Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 201. Rdn 21.

[7] Schönke A., Schröder H. – Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 201. Rdn 21.

[8] Joecks W. Studienkommentar StGB. 4. Aufl. München, 2003. § 201 Rdn. 13; Tröndle H, Fischer T. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 50. Aufl. München, 2001. § 201 Rdn. 6.

Таким образом, абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ регулирует случаи как незаконного аудионаблюдения за жилищем, так и прочие другие случаи незаконного подслушивания конфиденциальной информации, не предназначенной для сведения других, третьих лиц. Однако УК ФРГ предусматривает различную ответственность за незаконное физическое вторжение в жилище (§ 123 УК ФРГ) и за нарушение неприкосновенности жилища путем аудионаблюдения (§ 201 УК ФРГ), поскольку, по мнению германского законодателя, посягательство в данных случаях происходит на разные объекты: в отношении первого – на право на неприкосновенность жилища, а в отношении второго – также и на конфиденциально произнесенную информацию. Таким образом, при проведении незаконного аудионаблюдения за жилищем по германскому праву охраняется не только право на неприкосновенность жилища, но также особо защищается конфиденциальность слова, произнесенного в том числе и в жилище.

Объективная сторона незаконного аудионаблюдения за жилищем состоит из ряда признаков. Предпосылкой уголовной ответственности является, что лицо, совершающее незаконное аудионаблюдение за жилищем, действует незаконно, то есть противоправно. Этот признак раскрывается аналогичным образом, как и признак «незаконность» в § 123 УК ФРГ.

Первый признак объективной стороны – подслушивание, под которым понимают непосредственное акустическое ознакомление с устной речью[1].

Следующий признак – использование специального подслушивающего устройства. Если незаконное подслушивание разговоров происходит при использовании специального подслушивающего устройства, то ответственность наступает согласно абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ. Под специальными подслушивающими устройствами понимают технические приспособления любого вида, которые посредством усиления или передачи произнесенного в нормальном звуковом диапазоне слова делают возможным его для непосредственного слухового восприятия[2]. К ним относятся микрофоны, сверхчувствительные микрофоны, жучки, миниатюрные передатчики, приспособления для прослушивания телефонов, а также стетоскопы и приспособления для подслушивания через стену. Не будет данного состава преступления, если лицо подслушивает разговоры, непосредственно прислонившись ухом к стене, поскольку цель данной нормы – предотвратить более опасные последствия от использования современных прослушивающих устройств[3].

Субъектом незаконного аудионаблюдения за жилищем в соответствии с § 19 УК ФРГ является физическое, вменяемое лицо, достигшее 14-летнего возраста на момент совершения преступления. Однако абз. 3 § 201 УК ФРГ в качестве квалифицирующего обстоятельства предусматривает дополнительные признаки, характеризующие субъекта данного преступления: это – должностное лицо и лицо, специально уполномоченное на выполнение публичных обязанностей, содержание которых раскрыто в § 11 УК ФРГ, устраняя тем самым возможные проблемы, связанные с интерпретацией данных понятий на практике.

С субъективной стороны незаконное аудионаблюдение за жилищем характеризуется, так же как и § 123 УК ФРГ, умыслом; для привлечения лица к уголовной ответственности достаточно наличия косвенного умысла.

Разграничение абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ от § 123 УК ФРГ

Если лицо, физически не проникая в жилище, незаконно устанавливает специальные подслушивающие устройства за его пределами, наблюдает за тем, что происходит в жилище, и умышленно подслушивает конфиденциальную информацию, не предназначенную для сведения других лиц, то такое лицо подлежит уголовной ответственности согласно абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ. Однако подобное незаконное вторжение лица в частную сферу, фактически в жилище другого лица, согласно германскому уголовному праву не является проникновением в смысле § 123 УК ФРГ, поскольку проникновение в контексте данного параграфа интерпретируется достаточно узко: только как физическое вторжение в жилище. Такое четкое понимание проникновения позволяет германскому правоприменителю разграничивать § 123 УК ФРГ и абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ, предусматривающий ответственность за незаконное подслушивание любой конфиденциальной информации, используя подслушивающие специальные устройства, независимо от места, где была высказана данная информация: будь-то жилище, иное помещение, улица.

---

[1] Kindhäuser U. Strafrecht. Besonderer Teil I. 1. Aufl. Baden-Baden, 1999. S. 171.

[2] Schönke A., Schröder H. – Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 201. Rdn 19.

[3] Jähnke B., Laufhütte H. W., Odersky W. Leipziger Kommentar. StGB. 11. Aufl. Berlin, 2001. 35. Lieferung, § 201. Rdn 18; Kindhäuser U. Strafrecht. Besonderer Teil I. 1. Aufl. Baden-Baden, 1999. S. 171; Schönke A., Schröder H. - Lenckner T. Strafgesetzbuch: Kommentar: 26. Aufl. München, 2001. § 201. Rdn 19.

Если же виновное лицо незаконно проникает в жилище и устанавливает там аудиоаппаратуру для негласного наблюдения за ним, то ответственность наступает по совокупности: § 123 УК ФРГ (за незаконное вторжение в жилище) и абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ (незаконное подслушивание конфиденциальной информации), поскольку жилище – это то место, где люди в большей мере, нежели в других местах, склонны вести конфиденциальные разговоры, не предназначенные для сведения других лиц). Если же лицо, на законных основаниях находясь в жилище, незаконно устанавливает там подслушивающие устройства, то ответственность наступает только в соответствии с абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ[1].

Следует отметить, что на сегодня остаются уголовно ненаказуемыми по УК ФРГ действия лица, которое незаконно, физически не проникая в жилище, устанавливает за его пределами видеоаппаратуру, позволяющую наблюдать за происходящим в жилище. Данная ситуация неоднократно обсуждалась в обществе и возникает необходимость принять § 201а УК ФРГ, предусматривающий ответственность за незаконное фотографирование, видеонаблюдение за частной жизнью человека[2].

Кроме того, представляется необходимым сравнить санкции § 123 и абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ. В результате сопоставления санкций данных норм получается, что за незаконное физическое вторжение в жилище (§ 123 УК ФРГ) германским законодателем предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок до одного года или денежный штраф. За подслушивание конфиденциальной информации, в том числе и в жилище при помощи специальной аудиоаппаратуры (абз. 2 № 1 § 201 УК ФРГ), что фактически равносильно проникновению в жилище, в германском уголовном кодексе содержится более строгое наказание – лишение свободы на срок до трех лет или денежный штраф. Таким образом, можно заключить, что германский законодатель считает более опасным не просто противоправное физическое проникновение в жилище, а незаконное вторжение в него при помощи специальной аудиоаппаратуры, предназначенной для негласного наблюдения за ним. Этот вывод непосредственно следует из сопоставления санкций рассмотренных выше уголовно-правовых норм.

Представляется, что данный подход германского законодателя более соответствует действительности, поскольку при нарушении неприкосновенности жилища посредством аудио-, видеонаблюдения потерпевшему непосредственно не причиняется физическое насилие в традиционном понимании уголовного права, но при помощи специальных подслушивающих, подсматривающих устройств происходит порой глубокое вторжение в частную сферу лица вопреки его свободной воле, что фактически является тем же насилием над свободной волей человека, только в скрытой форме. Поэтому повышенный размер санкции за незаконное аудионаблюдение за жилищем является также своеобразным заслоном от разного рода произвольных посягательств (находящихся сегодня на стадии зарождения) в частную сферу человека, осуществляемых при помощи различных технических средств, количество которых с развитием прогресса становится все более многообразным. Задача каждого законодателя заключается в том, чтобы уже сейчас как можно полнее предусмотреть защиту от незаконных потенциальных вмешательств в данную сферу.

---

[1] Jähnke B., Laufhütte H. W., Odersky W. Leipziger Kommentar. StGB. 11. Aufl. Berlin, 2001. 35. Lieferung, § 123. Rdn 48; § 201. Rdn 18–20.

[2] Deutscher Bundestag. Drucksache 15 / 533 // http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/44216.

N.Y. Richkova

Actus reus of the authors and third parties rights interference in Russian and foreign countries legislation

Н.Ю. Рычкова

Объективная сторона состава нарушения авторских и смежных прав в российском и зарубежном законодательстве

В статье приведены достоинства и недостатки описания объективной стороны нарушения авторских и смежных прав в УК РФ (ч. 2 ст. 146 УК РФ) в сопоставлении с уголовным законодательством некоторых иностранных государств. С учетом проведенного сравнительного анализа обоснована необходимость внесения в диспозицию указанной нормы УК РФ изменений и предложено учитывать способ нарушения имущественных авторских и смежных прав при исчислении крупного размера нарушения.

This article deals with the merits and demerits of the actus reus construction in the case of violation of copyright and neighbouring rights under the criminal law of Russian Federation (part 2 of article 146 Criminal Code of Russia) and some other states. As a result the author suggests that description of this offence under the Criminal Code of Russia be changed, and way of exclusive copyright and neighbouring rights infringement, when calculating the large extent of the infringement, be taken into account.

1. В связи с принятием части четвертой Гражданского кодекса РФ, содержащей положения права интеллектуальной собственности, необходимо оценить эффективность уголовно-правовой охраны имущественных авторских и смежных прав. Для этого следует, в первую очередь, проанализировать конструкцию объективной стороны преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ. Именно ее описание в уголовном законе позволяет составить четкое представление о том, насколько полно, а значит, эффективно, уголовное право России охраняет имущественные отношения автора и обладателя смежных прав. Анализируя объективную сторону нарушения авторских и смежных прав, целесообразно обратиться и к зарубежному опыту описания его объективной стороны, так как сопоставление уголовно-правовых норм в данной сфере дает возможность выявить современные тенденции развития законодательства различных государств, оценить соответствие российского законодательства данным тенденциям и, возможно, наметить направления его дальнейшего совершенствования.

2. Как известно, конструкция объективной стороны состава преступления может включать разные признаки, к числу которых относятся общественно опасное деяние, общественно опасные последствия, причинная связь между ними, время, место, обстановка, в которой совершалось преступление, а также способ, орудия и средства его совершения. Набор данных признаков при конструировании объективной стороны преступления всегда различен и зависит от того, какие именно конкретные общественные отношения и при наличии каких условий законодатель намерен охранять нормами уголовного закона. Согласно ч. 2 ст. 146 Уголовного кодекса РФ незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере, признаются преступлением. Таким образом, в указанной норме описано несколько альтернативных деяний, обязательным признаком каждого из которых назван крупный размер.

Сопоставляя первое деяние, предусмотренное ч. 2 ст. 146 УК РФ, с закрепленными в уголовных законах других государств, следует отметить, что в российском УК оно описано полнее. В зарубежном уголовном законодательстве существуют различные способы описания общественно опасного деяния. Одним из них является *перечисление конкретных действий*. По такому пути, например, пошло уголовное законодательство Китая, Голландии, Испании, Азербайджана. Так, согласно решению Постоянного Комитета Государственного Народного Конгресса Китая, касающегося наказания за преступление в виде нарушения авторских прав от 5 июня 1994 г., нарушение авторских прав, совершенное с целью получения выгоды, является основанием для привлечения к уголовной ответственности в том случае, когда оно заключается в любом из следующих действий: воспроизве-

© Н.Ю. Рычкова, 2008

Ст. преподаватель кафедры гражданского права ЮИ СФУ.
Senior lecturer of Siberian Federal University law insitute chair of civil law.

дении и опубликовании без согласия правообладателя письменного литературного произведения, музыкальной композиции, фильма, телевизионного или музыкального произведения, программного компьютерного обеспечения или иного произведения; опубликовании книги, в отношении которой другая сторона имеет исключительное право на опубликование; воспроизведении и распространении аудиовизуальной записи без согласия ее производителя; производстве и продаже поддельных произведений искусства, копирующих известные работы иных людей[1].

Согласно ст. 165 УК Республики Азербайджан запрещается незаконное использование объектов авторского права, то есть издание под своим именем или иное присвоение авторства на чужое произведение, его незаконное переиздание или распространение, а равно принуждение к соавторству, если эти деяния причинили значительный ущерб[2]. Очевидно, что в данном перечне действиями, направленными на нарушение имущественных авторских прав, являются только действия по незаконному переизданию или распространению произведения, принадлежащего другому лицу. В соответствии с УК Испании запрещены такие действия, нарушающие имущественные авторские права, как воспроизведение, распространение или сообщение публике полностью или частично литературного, художественного или научного произведения или его переработки, исполнения или художественного выступления, зафиксированного на любом виде носителя, или сообщение любыми средствами без разрешения владельцев соответствующих прав интеллектуальной собственности или их правопреемников[3].

Другой способ состоит в максимально обобщенном, *абстрактном* описании общественно опасного деяния, когда любое нарушение авторских или смежных прав квалифицируется как уголовно наказуемое. В уголовном законодательстве различных государств используются разные формулировки запрета, наиболее часто встречается запрет *незаконного использования* авторских и смежных прав (ст. 146 УК РФ, ст. 184 УК Казахстана[4], ст. 201 УК Беларуси[5], ст. 158 УК Армении[6], ст. 189 УК Грузии[7]) и запрет нарушения *авторских* и (или) смежных прав (УК Молдовы[8], ст. 176 УК Украины). В первом случае уголовно наказуемыми являются действия, нарушающие лишь имущественные права обладателя авторских и смежных прав, во втором – действия, нарушающие любые, как имущественные, так и неимущественные, права.

Следует признать, что использование второго способа описания объективной стороны является более предпочтительным, если государство ставит своей задачей обеспечение наиболее полной охраны имущественных авторских и смежных прав. Возможность использования объекта авторского или смежного права составляет содержание исключительного права, относящегося к имущественным правам. Понятием использования объектов авторских и смежных прав охватываются все возможные способы такого использования. Например, в соответствии со ст. 1270 ГК РФ использованием произведения считается, в частности, его воспроизведение, распространение, публичный показ, импорт оригинала или экземпляров произведения в целях распространения, прокат оригинала или экземпляра произведения, публичное исполнение, сообщение в эфир и сообщение по кабелю, переработка, доведение до всеобщего сведения. Автор или иной правообладатель вправе использовать произведение и любыми другими не противоречащими закону способами.Таким образом, благодаря тому, что в уголовном законодательстве РФ, как и в УК Казахстана, запрещается любое незаконное использование объектов авторских и смежных прав, обеспечена полноценная охрана имущественных авторских и смежных прав. В то же время включение признака «в крупном размере» позволяет отграничить общественно опасное незаконное использование объектов этих прав от иного незаконного использования.

3. Согласно ч. 2 ст. 146 УК РФ помимо незаконного использования объектов авторских и смежных прав запрещается также приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведе ний или фонограмм, совершенные в целях сбыта в крупном размере. Эта часть объективной сто-

---

[1] Wang Kui Hua. Chinese commercial law. Oxford University Press, 2005. P. 193.

[2] Подшибихин Л. Защита прав на программы для ЭВМ в государствах-членах СНГ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 3. С. 51.

[3] Дворянкин О. Уголовный аспект интеллектуальной собственности в России и за рубежом // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2003. № 4. С. 19.

[4] http://base.zakon.kz/doc/lawyer/

[5] http://pravo.levonevsky.org/kodeksby/uk/20080220/glava23.htm

[6] Цит. по: Подшибихин Л. Указ. соч. С. 53.

[7] Там же. С. 56.

[8] Цит. по: Подшибихин Л. Защита прав на программы для ЭВМ в государствах-членах СНГ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 4. С. 39. http://www.crime.org.ua/osobliva/5/

роны состава преступления конструируется уже путем перечисления конкретных противоправных действий. В российской науке уголовного права их введение наряду с запретом незаконного использования объектов авторского и смежного права объясняется исключительно необходимостью обеспечить полноценную защиту имущественных авторских и смежных прав. По мнению М. Вощинского, «незаконные действия по приобретению, хранению или перевозке контрафактной продукции сами по себе не входят в понятие «незаконное использование объектов авторских и смежных прав». Формой такого использования является только незаконное распространение произведений»[1]. На этом основании до внесения изменений в УК РФ в 2003 г., данные действия было принято квалифицировать как покушение на незаконное использование объектов авторских или смежных прав. Это влекло за собой наказание, не соответствующее по своей тяжести общественной опасности данного деяния, а потому не выполнявшее заложенных в уголовном законе карательной и превентивной функций[2].

Однако включение в УК РФ приобретения, хранения и перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм не столько сняло данную проблему, сколько породило другую – проблему их соотношения с незаконным использованием объектов авторских и смежных прав. Исходя из содержания ч. 2 ст. 146 УК РФ ясно, что действия по приобретению, хранению, перевозке контрафактных экземпляров произведений или фонограмм, будучи «самостоятельными», исключаются из первого деяния. В то же время это не вполне соответствует положениям гражданского права. Очевидно, что при толковании понятия использования объекта авторских и смежных прав *надлежит исходить из существа такого использования*. В ст. 1229 ГК РФ содержание данного понятия не раскрывается, отмечается лишь, что использовать объект авторского или смежного права можно любым не противоречащим закону образом. Если взять, к примеру, объект авторских и смежных прав, то он может использоваться при его воспроизведении, распространении, публичном показе, прокате оригинала и т.д. Несмотря на то, что действия по приобретению, хранению, перевозке действительно не названы в качестве возможных способов использования объектов авторских и смежных прав, перечень способов использования данных объектов, установленный в ст. 1270 ГК РФ, является открытым, а значит, эти действия должны исключаться из содержания понятия «использование» только в том случае, если они противоречат его существу. Если обратиться к ст. 1358 ГК РФ, в которой раскрывается содержание использования изобретения, полезной модели, промышленного образца, то среди способов такого использования перечисляются ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение к продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец. Получается, что правообладатель вправе пресекать не только действия по введению объекта права промышленной собственности в гражданский оборот, но даже и саму попытку такого введения в установленных законом пределах. Однако, если хранение вводится в содержание исключительного права в отношении объектов промышленной собственности, представляется, что нет препятствий и к тому, чтобы рассматривать хранение экземпляра произведения или фонограммы так же, как осуществление правообладателем принадлежащего ему исключительного права. При этом различие в содержании исключительного права невозможно объяснить тем, что оно существует в отношении разных объектов гражданского права, так как о каком бы объекте – авторского, смежного права или права промышленной собственности – ни шла бы речь, и в том, и в другом случае охраняется один и тот же интерес правообладателя к беспрепятственному введению любого из этих объектов в гражданский оборот. Таким образом, сопоставление различных способов использования объектов авторских и смежных прав и объектов промышленной собственности дает основание полагать, что способом использования объекта авторского или смежного права может быть в том числе хранение объекта авторского или смежного права, произведенное в целях его последующего введения в гражданский оборот.

Кроме того, выделение хранения контрафактных экземпляров произведений и (или) фонограмм в отдельное деяние противоречит единообразному толкованию и применению норм уголовного права. Если соотнести положения ст. 146 и ст. 147 УК РФ, то в первой хранение выведено за пределы содержания понятия незаконного использования объектов авторских и смежных прав. Напротив, в ст. 147 УК РФ эти же самые действия входят в содержание незаконного использования объектов промышленной собственности. Статья 147 УК РФ является бланкетной нормой (как и ч. 2 ст. 146

[1] Вощинский М. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав по новой редакции статьи 146 УК // Российская юстиция. 2003. № 6. С. 62.

[2] Там же. С. 62.

УК), поэтому содержание использования устанавливается на основании ст. 1358 ГК РФ, где под ним понимается в том числе и хранение с целью введения в гражданский оборот продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец. Поскольку хранение контрафактных экземпляров произведений и (или) фонограмм с целью введения их в гражданский оборот на самом деле является разновидностью незаконного использования объекта авторского или смежного права, оно как самостоятельное деяние должно быть исключено из содержания объективной стороны состава нарушения авторских и смежных прав.

Следует заметить, что в УК Казахстана наряду с незаконным использованием объектов авторских и смежных прав аналогично специально запрещено приобретение, хранение, перемещение или изготовление контрафактных экземпляров произведений и (или) фонограмм в целях сбыта, совершенные в значительном размере. В данной норме также допущена неточность в описании запрещенных действий. Представляется ненужным специально выделять изготовление контрафактного экземпляра произведений или фонограмм, поскольку незаконное изготовление экземпляра произведения тождественно его воспроизведению, а значит, является разновидностью незаконного использования произведения. Следует заметить, что в уголовном законодательстве ряда других государств, например, Голландии, Испании, Швеции, Франции нет преступлений, состоящих в приобретении, хранении, перемещении или перевозке, изготовлении контрафактных экземпляров произведений и (или) фонограмм наряду с действиями, нарушающими авторские и смежные права[1]. Так, по Уголовному кодексу Голландии уголовному наказанию подлежит лицо, которое умышленно продает, предлагает продать, *доставляет, имеет в наличии с целью продажи или ввозит* в европейскую часть королевства произведение литературы, науки, искусства или ремесла, на котором или в которое было ложно поставлено чье-либо имя или какой-либо знак или подлинное имя или подлинный знак были фальсифицированы, как будто это произведение было создано лицом, чье имя или знак ложно поставлены[2].

4. Состав нарушения авторских и смежных прав (ч. 2 ст. 146 УК РФ) сконструирован как формальный, поскольку для наступления уголовной ответственности не требуется наступления общественно опасных последствий в результате незаконного использования объектов авторских или смежных прав или в результате приобретения, хранения, перевозки контрафактных экземпляров произведений или фонограмм, осуществленных в целях сбыта.

Уголовному законодательству иностранных государств известны разные способы конструирования объективной стороны нарушения авторских и смежных прав. Так, в соответствии с уголовным законодательством США, Испании, Франции, Голландии, Казахстана, Туркменистана[3], Украины, Грузии уголовная ответственность за нарушение авторских прав наступает независимо от того, был ли в результате совершения деяния причинен вред. Таким образом, состав преступления в этих кодексах конструируется как формальный. Например, согласно ст. 189 УК Грузии преследуется в уголовном порядке незаконное репродуцирование с целью распространения, распоряжение, импортирование, экспортирование или иное использование такого произведения без согласия автора или иного правообладателя. По уголовному законодательству Азербайджана, Армении, Таджикистана, Кыргызстана[4] составы нарушения авторских и смежных прав, напротив, сконструированы по типу материальных. Например, в соответствии со ст. 156 УК Таджикистана запрещается незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, если это деяние умышленно или по неосторожности причинило крупный ущерб[5].

Представляется, что для охраны имущественных авторских и смежных прав оптимальна конструкция формального состава. Использование формального состава упрощает процедуру привлечения к уголовной ответственности, поскольку не требуется установления двух других признаков, обязательных для материального состава: общественно опасного деяния и причинной связи между ним и общественно опасными последствиями. Таким образом, конструирование объективной стороны состава преступления по типу формальному означает большую охрану соответствующих благ. Поэтому если определенные блага ценятся в данном обществе весьма высоко, то для уголовно-правовой охраны общественных отношений, возникающих по поводу таких благ, целесообразно использовать

---

1 Цит. по: Дворянкин О.А. Указ. соч. С. 18–20.

2 Там же. С. 18–19.

3 Цит. по: Подшибихин Л. Защита прав на программы для ЭВМ в государствах-членах СНГ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 4. С. 42.

4 Цит. по: Цит. по: Подшибихин Л. Защита прав на программы для ЭВМ в государствах-членах СНГ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2006. № 3. С. 59.

5 http://www.aarhus.tj/criminal%20code.htm

конструкцию формального, а не материального состава. В связи с тем, что на современном этапе охрана интеллектуальной собственности провозглашена одним из приоритетных направлений развития действующего законодательства, конструкция формального состава в большей степени соответствует поставленной цели.

Однако не только ценностное отношение к охраняемым уголовным законом благам влияет на выбор между материальным и формальным составом при формулировании диспозиции уголовно-правовой нормы. Следует учесть и то, что предметом преступления в случае нарушения имущественных авторских и смежных прав являются результаты интеллектуальной деятельности. Они – продукт человеческой мысли и в силу своей идеальной природы в науке гражданского права относятся к числу нематериальных объектов гражданских прав. В связи с этим последствия нарушения имущественного авторского или смежного права трудно точно исчислить. По этой причине выбор конструкции формального состава преступления также является наилучшим.

5. Вместе с тем конструирование состава по типу формального не позволяет отграничить малозначительные по своей природе посягательства на данные права от действительно общественно опасных нарушений. Поэтому важное значение для привлечения к уголовной ответственности приобретает масштаб общественно опасного деяния, выражающийся в таком признаке состава преступления, как крупный размер деяния. По этой причине трудно согласиться с мнением Г.О. Глуховой, предлагающей отказаться от использования в УК РФ этого криминообразующего признака[1], отказ от его применения войдет в противоречие с закрепленными в уголовном законе целями уголовной ответственности, а также принципами справедливости и экономии карательной репрессии.

Конечно, исчисление крупного размера нарушения имущественных авторских или смежных прав представляет серьезную проблему для правоприменителей. В примечании к ст. 146 УК РФ предусмотрено, что деяние признается совершенным в крупном размере, если стоимость экземпляров произведений или фонограмм либо стоимость прав на использование объектов авторского права и смежных прав превышают пятьдесят тысяч рублей. Однако остается неопределенной сфера применения каждого из этих критериев, поскольку зачастую при привлечении к уголовной ответственности разных субъектов, несмотря на сходство обстоятельств правонарушений, используются разные критерии[2].

В связи с этим представляют интерес положения Свода законов США[3], где применение данного признака, а также иных конструктивных признаков осуществляется дифференцированно и чей опыт в некоторой степени мог бы быть полезен при решении указанной проблемы.

Нормы, предусматривающие уголовную ответственность за нарушение имущественных авторских и смежных прав, содержатся в разделе 17 и 18 этого Свода. В соответствии с § 506 (a)(1)(A) главы 5 раздела 17 Свода[4] законов США любое лицо, которое умышленно нарушает авторское право должно быть наказано, как это предусмотрено § 2319 раздела 18 Свода законов США, если право было нарушено в целях коммерческой выгоды или частной финансовой выгоды[5].

Однако одного факта нарушения авторского права, совершенного в целях получения коммерческой или частной финансовой выгоды, согласно § 506 (A) для привлечения лица к уголовной ответственности недостаточно, и в § 2319 главы 113 раздела 18 Свода законов США введены дополнительные условия. В нем говорится, что любое лицо, совершившее преступление, предусмотренное § 506 (a)(1)(A) раздела 17, подлежит уголовной ответственности, если преступление заключается в воспроизведении или распространении, в том числе электронными средствами, в течение любого

[1] Глухова Г.О. Уголовная ответственность за нарушение авторских и смежных прав: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2004. С. 9.

[2] См., напр.: Кассационные определения Судебной коллегии Красноярского краевого Суда от 2 авг. 2007 г. по делу № 22-2838, 16 окт. 2007 г. по делу № 22-3701, 30 окт. 2007 г. по делу № 22-3817, 5 апр. 2007 г. по делу № 1180, 12 февр. 2008 г. по делу № 22-444, 12 февр. 2008 г. по делу № 22-455.

[3] Предваряя анализ уголовно-правовых норм Свода законов США, следует упомянуть о том, что уголовное законодательство США состоит не только из Свода законов США, но также и уголовных кодексов штатов. Свод законов США распространяется только на случаи совершения преступления федеральным служащим и на преступления, связанные с пересечением границы между штатами. За пределами юрисдикции Свода законов США общественная опасность деяния, достаточная для привлечения правонарушителя к уголовной ответственности, определяется в соответствии с уголовным законодательством того штата, где оно было совершено. См.: Решетников Ф.М. Правовые системы стран мира: Справочник. М.: Юрид. лит., 1993. С. 176.

[4] В Своде законов США содержатся и иные составы преступлений, в частности, направленные на пресечение незаконных действий, устраняющих технические средства защиты авторских прав, незаконных действий по изменению маркировки произведений, охраняемых авторским правом.

[5] Согласно § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США под финансовой выгодой (financial gain) следует понимать получение, а также обещание получения любой ценности, в том числе получение других охраняемых авторских правом произведений.

180-дневного периода, по меньшей мере 10 копий или фонограмм одного или более произведений, охраняемых авторским правом, чья полная розничная стоимость превышает 2500 долларов. Таким образом, к числу криминообразующих признаков этого преступления отнесена не только стоимость копий (фонограмм), но и период нарушения.

Следующий состав преступления закреплен в § 506 (а)(1)(Б) данного Свода. В нем запрещается умышленное нарушение авторского права в результате воспроизведения или распространения, в том числе электронными средствами, в течение любого 180-дневного периода одной или более копий[1] или фонограмм[2] одного или более охраняемого авторским правом произведения, полная розничная стоимость которых превышает 1000 долларов.

Из содержания данных норм видно, что Свод законов США не оперирует термином крупного размера содеянного, однако масштаб деяния однозначно необходим для привлечения к уголовной ответственности. В обоих приведенных составах преступления масштаб общественно опасного деяния определяется довольно просто – через стоимость копии произведения или фонограммы. При этом в § 2318 главы 13 раздела 18 данного Свода поясняется, что стоимость фонограммы, копии или произведения наглядного искусства[3] представляет собой: в случае с охраняемой авторским правом звукозаписью или музыкальным произведением розничную цену легальной фонограммы этой звукозаписи или музыкального произведения; в случае с охраняемой авторским правом компьютерной программой розничную цену легальной копии этой программы; в случае с охраняемым авторским правом кинофильмом или другим аудиовизуальным произведением розничную цену легальной копии кинофильма или другого аудиовизуального произведения; в случае с охраняемым авторским правом литературным произведением, розничную цену легальной копии литературного произведения; в случае с изобразительным, графическим или скульптурным произведением розничную цену легальной копии этого произведения и в случае с произведением наглядного искусства розничную цену данного произведения. В тех случаях, когда легальные копии охраняемого авторским правом произведения или фонограммы не выпускались в продажу или авторские права были нарушены иным образом, уголовная ответственность наступает независимо от масштаба общественно опасного деяния. В этих случаях в законодательстве США для привлечения к уголовной ответственности за нарушение имущественных авторских прав используется конструкция формального состава.

Так, в соответствии с § 506 (а)(1)(В) главы 5 раздела 17 Свода законов США запрещается умышленное нарушение авторского права в результате распространения произведения, предназначенного для коммерческого распространения, посредством доведения его до всеобщего сведения через компьютерную сеть, если лицо знало или должно было знать о том, что данное произведение предназначалось для коммерческого распространения. При этом в данном параграфе под термином «произведение, предназначенное для коммерческого использования» понимаются:

(А) компьютерная программа, музыкальное произведение, фильм или другое аудиовизуальное произведение или фонограмма, если во время несанкционированного распространения обладатель авторского права имел достаточные основания рассчитывать на получение дохода от их сбыта, и копии или фонограммы еще не были реализованы; или

---

[1] В § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США копии (copies) определяются как материальные носители, исключая фонограммы, в которых зафиксировано произведение любым способом, как уже существующим, так и тем, что будет разработан в будущем, и благодаря которым произведение может быть воспринято, воспроизведено или иным образом сообщено либо непосредственно, либо посредством механизма или устройства. При этом копией считается и тот материальный носитель, исключая фонограмму, где произведение было зафиксировано впервые.

[2] В § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США фонограмма (phonorecord) определяется как материальный носитель, содержащий запись звуков, за исключением тех, что сопровождают исполнение фильма или иного аудиовизуального произведения, произведенную любым способом как уже существующим, так и тем, что будет разработан в будущем, и благодаря которому звуки могут быть восприняты, воспроизведены или иным образом сообщены либо непосредственно, либо посредством механизма или устройства. При этом фонограммой считается и тот материальный носитель, на который звуки были записаны впервые.

[3] В § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США произведение наглядного искусства определяется как картина, рисунок, гравюра, эстамп или скульптура, существующие в единственном экземпляре, в ограниченном количестве 200 копий или менее, подписанные или последовательно пронумерованные автором, а в случае со скульптурой, если она многократно отлита, высечена или изготовлена промышленным способом в количестве 200 копий или менее, последовательно пронумерованных автором, и на которых поставлена авторская подпись или другой идентифицирующий автора знак. Произведением наглядного искусства также является фотография, изготовленная исключительно для размещения на выставке, существующая в единственном экземпляре, которая подписана автором, или в ограниченном количестве 200 копий или менее, которые подписаны и последовательно пронумерованы автором.

(B) фильм, если во время несанкционированного распространения фильм был доступен для просмотра в кинотеатрах или иных предназначенных для публичного исполнения местах[1], и еще не были изготовлены копии для продажи всему населению США в формате, установленном для разрешенного просмотра за пределами кинотеатра или иного места, предназначенного для публичного исполнения.

Кроме того, согласно § 2319B главы 13 раздела 18 этого Свода запрещается без разрешения обладателя авторских прав умышленное использование аудиовизуального записывающего устройства[2] или попытка его использования для передачи или изготовления копии фильма или иного аудиовизуального произведения, охраняемого в соответствии с разделом 17, а также любой его части во время исполнения данного произведения в кинотеатре или ином месте, предназначенном для публичного исполнения.

На этом принципе основана и уголовно-правовая охрана имущественных смежных прав. В соответствии с § 2319A главы 13 раздела 18 Свода законов США «тот, кто без согласия исполнителя или исполнителей включительно и в целях получения коммерческой выгоды или частной финансовой выгоды

(1) зафиксирует звуки или звуки и изображения действующего музыкального исполнения в копии или фонограмме или воспроизведет копии или фонограммы этого исполнения, записанного без разрешения;

(2) передает[3] или иным образом сообщает для всеобщего сведения звуки или звуки и изображения действующего музыкального исполнения;

(3) распространяет или предлагает для распространения, продает или предлагает продать, сдает в аренду или предлагает взять в аренду, или перевозит, передает или иным образом распоряжается любой копией или фонограммой в качестве встречного удовлетворения за что-либо ценное или устанавливает или получает контроль над ней с намерением перевезти, передать или иным образом распорядиться, если копия или фонограмма была сделана так, как это предусмотрено в параграфе (1), независимо от того, произошло ли изготовление в США,

должен быть заключен в тюрьму на срок не более 5 лет или оштрафован в установленном в данном разделе размере, или и то и другое вместе…».

Следовательно, в законодательстве США наличие изготовленной обладателем авторского права копии экземпляра произведения или фонограммы используется при определении масштаба общественно опасного деяния. Очевидно, что данный опыт мог бы пригодиться и в российском праве при разграничении сферы применения критерия стоимости экземпляров произведения (фонограмм) и критерия стоимости имущественных авторских и смежных прав для установления крупного размера общественно опасного нарушения имущественных авторских и смежных прав. Представляется, что во всех случаях незаконного оборота контрафактного экземпляра произведения или фонограммы крупный размер содеянного должен определяться исходя из стоимости легального (оригинального) экземпляра такого произведения или фонограммы. Только использование этого критерия обеспечит единство в определении размера содеянного для любого из соучастников незаконного оборота (для изготовителя, приобретателя, перевозчика, распространителя). Кроме того, определение размера деяния, исходя из стоимости лицензионных экземпляров произведений или фонограмм, является самым простым и доступным[4].

---

[1] В § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США под местом, предназначенным для публичного исполнения (motion picture exhibition facility) понимается кинотеатр, или комната с экраном, или иное место, предназначенное главным образом для публичного исполнения охраняемого авторским правом фильма, если исполнение открыто для публики или организовано для созванной группы лиц, выходящей за пределы обычного круга семьи и их знакомых.

[2] Под термином «аудиовизуальное записывающее устройство» понимается цифровое, или аналогичное фотографическое, или видеокамера, или любая другая технология или устройство, приспособленное для записи или передачи охраняемого авторским правом фильма или иного аудиовизуального произведения или любой их части независимо от того, является ли аудиовизуальная запись основной или преимущественной целью устройства (§ 2319B главы 13 раздела 18 Свода законов США). В § 101 главы 1 раздела 17 Свода законов США под устройством (device) и механизмом (machine) понимаются как уже существующие устройства или механизмы, так и те, что будут созданы в будущем.

[3] Под передачей понимается исполнение или показ, осуществляемые любыми устройствами или способами, посредством которых изображение или звуки воспринимаются за пределами места их передачи.

[4] Научное заключение по запросу Красноярского краевого суда от 20 марта 2008 г. № 01-02-ГП-М-10 об определении крупного размера преступлений, предусмотренных ч. 2 и 3 ст. 146 УК (при реализации DVD с художественным произведением до официальной даты реализации), подготовленное О.М. Стафиевской, Н.Ю. Рычковой, И.В. Шишко, Т.П. Шишмаревой // Буква закона. 2008. № 52. С. 60–61.

N.G. Stoyko

Russian criminal legal procedure: necessity for reforms and their consequences

Н.Г. Стойко

Российское уголовное судопроизводство: необходимость и последствия его реформирования

Статья посвящена реформированию российского уголовного судопроизводства. Исследование основывается на сравнительном анализе уголовных процессов следственного и состязательного типов. Автор характеризует возможности и пределы их интеграции в контексте реформы уголовного процесса России.

The article deals with Russian criminal procedural law reform. The study is based on the comparative analysis of investigative and adversarial criminal procedures. The author gives characteristics of the possibilities and limits to its integration into context of the Russian criminal procedural law reform.

Известно, что реформирование отечественного уголовного процесса, наиболее ярко выразившееся в принятии нового УПК РФ, получило неоднозначную и весьма критичную оценку в юридической литературе. В частности, отмечалось, что принятие нового УПК РФ было не подготовлено, проводилось в закрытой обстановке, без широкого обсуждения юридической общественностью и предварительной экспертной оценки[1]. По мнению ряда авторов, в результате получился «достаточно «сырой», теоретически не выдержанный и организационно не обеспеченный государством закон»[2], вступление которого в силу парализовало работу правоохранительных органов, существенно увеличило безнаказанность как одну из серьезных причин преступности[3], Представляется, что подобный эффект был вызван *тремя факторами*: внешне состязательным характером многих новелл законодателя, которые воспринимались как отказ от достижения истины и создавали впечатление о смещении российского уголовного процесса в сторону англосаксонского судопроизводства (в его классическом теоретическом воплощении); внезапностью, неожиданностью для правоприменителя появления этих нововведений; игнорированием необходимости учета взаимосвязи между уровнем защиты прав и свобод обвиняемых и эффективностью борьбы с преступностью.

Первый фактор (если признать, что авторы законопроекта сознательно стремились американизировать наш уголовный процесс) говорит о том, что разработчики проекта нового УПК, по всей видимости, не оценивали риска юридической декультурации, не брали во внимание мировой опыт реформирования современного уголовного процесса. *Второй фактор* – о том, что изменения планировались, по меткому выражению Ю.В. Деришева[4], как своего рода шокотерапия (во всяком случае, так они были проведены). *Третий фактор* – об отсутствии качественного правового и криминологического анализа актуальной ситуации в сфере борьбы с преступностью, а также прогноза последствий реализации тех или иных положений закона на практике[5].

© Н.Г. Стойко, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой уголовного процесса ЮИ СФУ,

Candidate of legal sciences, associate professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of criminal procedure.

[1] См. об этом: Лунеев В.В. Преступность XX века: мировые, региональные и российские тенденции. М., 2005. С. 78–79.

[2] Деришев Ю.В. «Новая идеология» и наука уголовного судопроизводства // Вестник Томского государственного университета. Серия «Экономика. Юридические науки». 2003. № 4. С. 16. Более уравновешенную оценку нового УПК РФ, но в целом близкую (но не во всем) с приведенными см.: Шейфер С.А. Пути развития российского судопроизводства // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 29: Сб. статей / Под ред. М.К. Свиридова. Томск, 2005. С. 4–6.

[3] Как отмечает В.В. Лунеев, среди неправомерно преследуемых (число которых в отдельные годы достигает 200 тыс. человек) заметно возросла доля лиц, фактически совершивших преступления, но не изобличенных в этом. См.: Лунеев В.В. Преступность XX века. С. 78–80.

[4] Деришев Ю.В. Указ. соч. С. 16.

[5] На необходимость такого анализа (в период, предшествующий принятию УПК РФ, и в настоящее время) указывали и продолжают указывать многие видные ученые-правоведы и криминологи. Например, об этом говорил В.В. Лунеев во вступительном слове на научно-практической конференции «Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ» (Научно-практическая конференция «Правовая и криминологическая оценка нового УПК РФ» / Материал подготовлен Н.В. Тогонидзе // Государство и право. 2002. № 9. С. 89–90); Побегайло Э.Ф. Кризис современной российской уголовной политики // Уголовное право. 2004. № 4. С. 112; Босхолов С.С. Современная уголовная

Думается, российский уголовный процесс практически выдержал нанесенный ему подобным реформированием удар и продолжает следовать в русле своих собственных (континентально-правовых по типу) традиций. Об этом свидетельствует, в частности (как это ни парадоксально), вывод, сделанный по результатам мониторинга действия нового УПК, инициированного его идеологами: «Имеется противоречие между высоким юридическим и правовым стандартом нового УПК, архаичностью мышления правоприменителей и практикой его реализации»[1]. Ведь очевидно, что континентально-правовой тип мышления (не архаический) и практики воспротивился внешне состязательным нововведениям и воспроизвел себя.

В данной связи обращает на себя внимание то, каким образом осуществляется преобразование французского и германского уголовного процесса, типологически близкого российскому судопроизводству. Нужно сразу подчеркнуть, что в сравнении с Россией никаких «революционных» шагов по реформированию своего уголовного процесса ни Германия, ни Франция в современный период не сделали (хотя определенные попытки такого реформирования во Франции и были). Обновление законодательства происходит постепенно с ориентиром на Европейскую конвенцию по правам человека и с учетом собственных правовых традиций. Направления производимого и планируемого реформирования в целом совпадают с теми, по которым изменялся российский уголовный процесс: расширение прав обвиняемого и потерпевшего, усиление судебного контроля в досудебном производстве и конфронтационности в судебном производстве. Но движение в этих направлениях идет крайне медленно и осторожно. Практически не изменилось положение суда. Он по-прежнему обладает подавляющей следственной активностью. Не произошло и сколько-нибудь существенного расширения прав негосударственных участников процесса. Заметно усилился лишь судебный контроль в досудебном производстве (особенно в Германии). Наиболее радикальное предложение об упразднении часто критикуемого института следственного судьи было реализовано только в Германии (1975 г.). Во Франции же попытки сделать это предпринимались неоднократно, но всякий раз категорически отвергались (в 1949, 1987, 1990, 1993 гг.)[2].

Очевидно, что подобная медлительность и осторожность не случайна. Думается, она вызвана наличием как вполне естественного консерватизма в среде юристов, так и определенными разумными опасениями. Нововведения, если они не поддерживаются, идеологически, политически и организационно не обеспечены, будут неизбежно отторгнуты практикой и способны негативно воздействовать на эффективность борьбы с преступностью. Нельзя исключать и того, что Германия и Франция учитывают свой исторический опыт, который показывает, что заимствованные английские или американские институты уголовно-процессуального права не приживаются в их странах (суд присяжных существовал в Германии только в период Веймарской республики, а во Франции был серьезно модифицирован с учетом собственных правовых традиций). Идеи процедурного равенства и состязательности были воплощены в жизнь и развились как устойчивая система ценностей в странах общего права. Как предельно общие ценности они вполне приемлемы и для стран континентального права, но возникли в другой правовой среде, предполагающей принципиально иные способы их реализации. Отсюда и возникают «напряжения» при попытке переноса данных ценностей на континентально-правовую почву. Отсюда и необходимость поиска такого пути развития, при котором бы фундаментальные права и свободы уважались, но уголовный процесс коренным образом не менялся. Поэтому во Франции и Германии упор в большей мере делается на гуманизацию уголовно-правовой политики, эффективный процессуальный контроль, высокие профессиональные и этические стандарты и т.п. В конце концов, если общество способно гарантировать такую работу своих правоохранительных органов, при которой к обвиняемым относятся гуманно, не допускается привлечение к уголовной ответственности невиновных и обеспечивается неотвратимое и справедливое наказание виновных, то оно может позволить себе существование консервативного уголовного судопроизводства следственного типа.

Разумеется, сказанное не означает, что реформирование российского уголовного процесса не было оправданным (в особенности с точки зрения защиты прав и свобод человека и гражданина) или что следует остановить реформы (в особенности в практической области). Напротив, различные исследования, проводившиеся в период, предшествующий принятию нового УПК РФ, свидетельство-

политика как часть социально-правовой политики государства // Сибирский криминологический журнал. 2006. № 1. С. 10.

[1] Цит. по: Лунеев В.В. Преступность XX века. С. 79.

[2] О реформировании французского и германского уголовного процесса см. подробнее: Comparative Criminal Procedure / Ed. J. Hatchard, B. Huber, R. Vogler. P. 85–92, 161–169.

вали о настоятельной необходимости такого реформирования. Ряд исследований был осуществлен и автором данной работы (или при его непосредственном руководстве и участии).

Так, в 1988 г. был проведен опрос 183 дознавателей (99) и следователей (84). На разрешение поставлено два вопроса: предоставляете ли Вы время обвиняемому для подготовки к допросу и что Вы будете делать, если обвиняемый потребует время для подготовки к допросу. На первый вопрос положительно ответил только 1 человек. На второй вопрос 106 человек ответили, что они отклонят требование обвиняемого, 70 – что удовлетворят, 6 – что обратятся к прокурору. Затруднился с ответом 1 человек. Вывод о правовой безграмотности, граничащей с произволом или даже равнозначной ему, очевиден.

В 1990 г. выяснялось отношение граждан (123), судей (23), помощников прокуроров (30), следователей (41) и студентов-юристов (89) к судебно-правовой реформе. Им было предложено дать ответ на вопрос, какие задачи судебно-правовой реформы они считают наиболее важными: 1) обеспечение подлинной независимости суда; 2) укрепление режима законности и усиление борьбы с преступностью; 3) улучшение финансирования и материально-технического обеспечения правоохранительных органов; 4) борьбу с произволом административных и ведомственных органов; 5) совершенствование работы правоохранительных органов. Требовалось указать две важнейшие задачи. Из числа граждан большинство (69 %) выбрало 2-ю и 4-ю задачу. Большинство профессионалов-юристов (78 %) – 2-ю и 3-ю, большинство студентов (70 %) – 3-ю и 5-ю. На приоритетность 1-й и 4-й задач указали 7 % граждан, 5 % профессионалов-юристов и 14 % студентов. Отсюда следует вывод об определенном недопонимании частью юристов сути планируемой реформы, которая, по нашему мнению, предполагала, прежде всего, качественное изменение положения суда в обществе и государстве и противодействие растущей угрозе им со стороны преступности и других правонарушений. По всей видимости, юристы, как и граждане, отреагировали на то, что больше всего их беспокоит в повседневной жизни и «лежит на поверхности».

В 1997 г. методом скрытого интервью в сочетании с методом решения казусов было опрошено 15 судей, 15 помощников прокуроров и 15 следователей. На их разрешение был предложен один казус в трех вариантах.

Гражданин М., без определенного места жительства, безработный, был задержан работниками милиции в то время, когда снимал дорогую джинсовую куртку с находящегося в сильной степени опьянения гражданина Д. Задержанный М., будучи допрошен в качестве подозреваемого, пояснил, что Д. распивал вместе с ним спиртные напитки и решил подарить ему куртку. Поскольку Д. был не в состоянии снять ее самостоятельно, М. решил помочь ему, но был задержан. Потерпевший Д. ни подтвердить, ни опровергнуть показания М. не смог. Работники милиции, допрошенные в качестве свидетелей, показали, что они видели, как М. снимал куртку с Д., и произвели задержание.

Первый вариант: гражданин М. нигде не работает, занимается бродяжничеством, за совершение правонарушений ранее не задерживался.

Второй вариант: ранее М. задерживался милицией при подобных обстоятельствах, но к уголовной ответственности не привлекался.

Третий вариант: М. работает на предприятии инженером, имеет семью, характеризуется положительно.

Необходимо определить, достаточно ли доказательств для обвинения М. в совершении преступления.

По каждому варианту опрашивалось по 15 человек (равное количество из соответствующей профессиональной группы). В ситуации, изложенной в первом варианте, 47 % опрошенных ответили на вопрос утвердительно, 53 % – отрицательно. Во втором варианте – 75 % ответили утвердительно, 25 % – отрицательно. В третьем варианте все дали отрицательный ответ.

Повторные опросы, проведенные в 1999 и 2003 гг. (на разрешение представлялись три ситуативно близких казуса), дали аналогичные результаты, что свидетельствует о существовании обвинительного уклона в отношении обвиняемых, относящихся к группе криминального риска.

В 2000 г. в ходе мониторинга соблюдения в Красноярском крае справедливости судебного разбирательства и обеспечения права на защиту[1] опрашивались адвокаты (148 чел.), осужденные (173 чел.), проводились наблюдения судебных заседаний (172), а также иные исследования (измерения). Вот некоторые из полученных результатов.

Эффективность судебного контроля за предварительным расследованием оценили как неудовлетворительную 39,3 % адвокатов, как удовлетворительную – 50 %, хорошую – 10,7 %. Эффективность

[1] Автор был одним из руководителей мониторинга и соавтором доклада по его результатам.

прокурорского надзора – 17,7 %, 61,3 % и 16,1 % соответственно. Работа следователей МВД была оценена на неудовлетворительно 37,9 % адвокатов, удовлетворительно – 56,9 %, хорошо – 5,2 %, отлично – 0%. Работа следователей прокуратуры – 7 % и 51,8 %, 36,8 % и 4,4 % соответственно. 100 % адвокатов указали на достаточную распространенность судебной волокиты. При этом 14,5 % адвокатов полагали, что судьи независимы и беспристрастны всегда, 55,6 % – иногда, а 28,2 % – никогда. 71 % адвокатов подтвердили, что следователи препятствуют осуществлению защиты по уголовным делам (убеждают подозреваемых не нанимать адвоката, рекомендуют заменить на «своего», стремятся провести первые допросы без адвоката, пытаются не допустить встречи адвоката с его подзащитным до первого допроса, ограничивают время для ознакомления с материалами дела и т.п.). В свою очередь осужденные оценили деятельность своих защитников по назначению так: на отлично – 5 %, хорошо – 18 %, удовлетворительно – 22 %, неудовлетворительно – 55 %. Причем по данным наблюдений судебных заседаний продолжительность выступлений адвокатов в прениях составила: до 5 мин. – 37,4 %, до 15 мин. – 42,6 %, до 30 мин. – 16,5 %, свыше 30 мин. – 3,5 %.

Результаты мониторинга были подтверждены изучением деятельности Кировского районного суда г. Красноярска, проводившимся профессором Рутгерского университета (США) С. Поморски в 1999 и 2000 гг. (5 недель) при участии автора в качестве независимого консультанта. В числе значимых результатов, характеризующих российское правосудие, полученных по итогам исследования, можно назвать стремление к максимально быстрому судебному разбирательству (за счет нарушения юридических формальностей и снижения качества работы) и к стабильности судебных решений (за счет некритического отношения к результатам уголовного преследования и отрицательного отношения к вынесению оправдательных приговоров). Кроме того, по личным наблюдениям автора, в подавляющем числе судебных разбирательств не было правового спора и судебные слушания сводились к формальному исполнению сторонами и судом своих прав и обязанностей[1].

При всей относительной достоверности этих и других данных, полученных в ходе мониторинга, они указывали на существование проблем с соблюдением справедливости судебного разбирательства и обеспечения права на защиту, в особенности в сочетании с описаниями наблюдателей-волонтеров различных ситуаций, зафиксированных ими во время судебных заседаний, которые они посещали (например, грубость судей по отношению к подсудимым и потерпевшим, их нетерпимость к гласности судебного разбирательства, демонстрация «особых», «дружеских» отношений с государственными обвинителями, нарушение порядка ведения судебных разбирательств, отсутствие необходимых материально-технических условий для осуществления правосудия и даже обвинительный уклон адвокатов-защитников)[2].

В то же время среди выявленных (обозначенных) мониторингом негативных явлений выделяется одно, существование которого (безотносительно уровня распространенности) само по себе является весьма отчетливым показателем как несправедливости российского уголовного судопроизводства, так и неэффективности борьбы с преступностью с помощью законных средств. Речь идет о применении незаконных методов ведения предварительного расследования (угрозы использования огнестрельного оружия; пристегивание наручниками; нанесение побоев дубинками, руками, ногами; надевание противогаза; помещение или угроза помещения в так называемые «пресс-хаты» и «гаремы», где осуществляется физическое и сексуальное насилие или иное унижение человеческого достоинства).

Так, 29 % опрошенных в ходе мониторинга осужденных заявили, что дали признательные показания под воздействием психического (20 %) или физического насилия (9 %). Хотя доверять этим заявлениям безоговорочно нельзя, тем не менее, они нашли определенное подтверждение. В 1999 г. (накануне мониторинга) в прокуратуру Красноярского края поступило 257 заявлений о незаконном применении насилия работниками милиции. Из них в 97 % случаев (249 заявлений) было отказано в возбуждении уголовного дела, в остальных (8 заявлений) возбуждены дела, но 5 из них прекращены и только 3 направлены в суд с обвинительным заключением. При этом 14 % опрошенных адвокатов, а также 84 % судей (из 10 чел.) и 52 % прокурорских работников (из 8 чел.), выступивших в роли экспертов, оценили деятельность прокуратуры по проверке подобных заявлений как неэффективную или даже бесполезную. Более того, по мнению 7 % опрошенных адвокатов обращение в прокуратуру в таких случаях только усугубляет по-

[1] См. подробнее: Pomorski S. Justice in Siberia: a case study of a lower criminal court in the city of Krasnoyarsk // Communist and Post-Communist Studies. 2001. № 34. P. 447–478.

[2] См. подробнее: Горелик А.С., Назаров А.Д., Стойко Н.Г. Справедливость судебного разбирательства и обеспечение права на защиту в уголовном судопроизводстве: Доклад по мониторингу. Красноярск, 2000.

ложение обвиняемых[1]. Из этого можно было сделать вывод о том, что в большинстве случаев виновные в совершении насильственных действий остаются безнаказанными[2].

Следует отметить, что все перечисленные проблемы и недостатки (равно как и другие) были известны уже давно и отмечались в литературе (даже в советский период времени) либо как отдельные тенденции или проблемы (обвинительный уклон; правовой нигилизм; упрощенческий подход к практическим проблемам; чрезмерная зарегулированность и усложненность процессуальной формы; низкий уровень деловых, моральных и иных профессиональных качеств правоприменителей; недостатки организации, руководства и управления; перегрузки в работе; игнорирование прав потерпевших, слабая защищенность их интересов; недостаточная гарантированность возмещения материального ущерба и судебных издержек; и т.п.)[3], либо как острые противоречия, связанные с несправедливостью и неэффективностью судопроизводства (противоречия между: потребностью общества в обеспечении социальной справедливости и возможностями уголовной юстиции; нацеленностью на неотвратимость уголовной ответственности и необходимостью соблюдать законные интересы лиц, вовлекаемых в уголовный процесс; назначением судопроизводства проводить государственную политику и потребностью в независимых, самостоятельных от других государственных органов следователях, прокурорах, судьях; необходимостью в профессионалах-правоприменителях и предубеждением против них; нуждой в преобразованиях уголовного процесса и потребностью в его стабильности)[4] или проявления жесточайшего кризиса системы российской уголовной юстиции (низкая эффективность усилий; невысокое качество работы при чрезвычайной перегруженности; кадровый голод; отсутствие независимой судейской корпорации; ориентация работников правоохранительных органов на исполнение навязанной извне воли; нищета юстиции; утрата общественного доверия)[5].

Однако, несмотря на то, что «болевые точки» нашего российского судопроизводства были определены достаточно точно, острота проблемы несправедливости (следственные и судебные ошибки, ущемление прав личности), по всей видимости, «увела» отечественных реформаторов от не менее острой проблемы неэффективности (непривлечение к уголовной ответственности виновных)[6]. В результате в число основных мер реформирования судопроизводства были включены такие, которые предполагали изменение отношений между его участниками на основе состязательности англо-американского образца[7] (как будто бы она автоматически гарантирует справедливость). При этом преувеличенное значение придавалось введению суда присяжных (несомненно, демократическому институту), который сам по себе вне общей системы уголовно-процессуального регулирования не способен поддерживать баланс между интересами борьбы с преступностью и защиты прав и свобод человека[8]. Кроме того, явно игнорировались исследования и предложения российских ученых, направленные на преодоление кризисного состояния отечественного судопроизводства и не предполагавшие изменения его типа[9], а также приводимые в нашей

---

[1] Горелик А.С., Назаров А.Д., Стойко Н.Г. Справедливость судебного разбирательства и обеспечение права на защиту в уголовном судопроизводстве. С. 78.

[2] Об указанной проблеме в масштабах Российской Федерации см. также: Признание любой ценой. Пытки в российской милиции. Мониторинговый доклад Хьюман Райтс Вотч. Нью-Йорк: Хьюман Райтс Вотч, 1999.

[3] См.: Александров С.А. Правовые гарантии возмещения ущерба в уголовном процессе. Горький, 1976. С. 121; Леоненко В.В. Профессиональная этика участников уголовного судопроизводства. Киев, 1981. С. 118-121; Пашкевич П.Ф. Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства. М, 1984. С. 47–49; Туманов В.А. О правовом нигилизме // Государство и право. 1989. № 10. С. 20; Алиев И.А., Сидорова Н.А. Судебные издержки в уголовном судопроизводстве. Баку, 1989. С. 93–113; Коган В. Судебная реформа: кто за что? // Советская юстиция. 1988. № 19. С. 21; Власов В.И. Расследование преступлений. Проблемы качества. С.96–123; Шадрин В.С. Обеспечение прав личности и предварительное расследование // Государство и право. 1994. № 4. С. 97; Володина Л.М. Механизм защиты прав личности в уголовном процессе. Тюмень, 1999. С. 140; и др.

[4] См.: Томин В.Т. Избранные труды. С. 288–307.

[5] См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 16. См. также: Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 года «О концепции судебной реформы в РСФСР» // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991/ № 44. Ст. 1435.

[6] В.С. Джатиев справедливо назвал это «безграничной самоуверенностью»: Джатиев В.С. О противоречиях в российском уголовном процессе. Владикавказ, 1993. С. 5.

[7] См., напр.: Пашин С.А. Судебная реформа и суд присяжных. М., 1995. С. 21.

[8] На недопустимость некритического заимствования Россией данного института стран общего права без предварительного определения его совместимости с комплексным механизмом уголовно-процессуального регулирования в нашей стране обращал внимание видный американский ученый К. Осакве: Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: Учеб.-практ. пособие. М., 2002. С. 14.

[9] См., например: Выявление и устранение следственных ошибок при судебном рассмотрении уголовных дел: Метод. пособие / Науч. рук. А.Д. Бойков. М., 1990; Характер, причины и способы устранения ошибок в стадии предварительного расследования: Метод. пособие / Науч. рук. А.Б. Соловьев. М., 1991.

и зарубежной юридической литературе данные, указывающие на наличие в англо-американском процессе сходных с российскими проблем несправедливости[1]. Последнее обстоятельство в свете анализируемого нами вопроса имело принципиальное значение, так как весьма наглядно указывало на иллюзорность упования на воспринятый формально-правовым образом англо-американский образец. К примеру, американский профессор А. Дершовиц следующим образом охарактеризовал одну из негативных сторон уголовного правосудия своей страны:

1. Все адвокаты, обвинители и судьи, занимающиеся рассмотрением уголовных дел, исходят из того, что почти все обвиняемые по уголовным делам фактически виновны.

2. Легче добиться осуждения подсудимых, нарушив Конституцию, чем следуя ей. В некоторых случаях невозможно осудить подсудимых, не нарушив Конституции.

3. Все обвинители, судьи и адвокаты знают о том, что почти все полицейские дают ложные показания по поводу того, нарушили ли они Конституцию, с тем чтобы добиться осуждения подсудимых.

4. Все судьи знают о том, что многие обвинители косвенно поощряют полицейских давать ложные показания по поводу того, нарушили ли они Конституцию, с тем чтобы добиться осуждения подсудимых.

5. Большинство судей при рассмотрении дел в судебных заседаниях делают вид, что верят сотрудникам полиции, которые, как им известно, лгут. Все судьи апелляционных судов об этом знают, однако делают вид, что верят судьям в судах первой инстанции, которые, в свою очередь, делают вид, что верят лгущим сотрудникам полиции.

6. Большинство судей не верят подсудимым в вопросе о том, были ли нарушены их конституционные права, даже если те говорят правду.

7. Большинство судей и обвинителей не станут умышленно добиваться осуждения подсудимого, который, как они полагают, не виновен в инкриминируемом ему преступлении. Это, однако, не распространяется на участников предприятий организованной преступности, торговцев наркотиками, профессиональных преступников или потенциальных осведомителей[2].

В практическом отношении все это привело только к обострению ранее существовавших проблем[3] и серьезному дисбалансу интересов в российском уголовном процессе[4]. Вот почему существует настоятельная необходимость продолжения реформы нашего судопроизводства, но не в формально-правовом отношении (путем внесения кардинальных изменений в закон), а в уголовно-политическом подходе (путем разработки соответствующих стратегий и планирования их реализации с учетом конкретных социальных факторов).

---

[1] См., напр.: Ковалев В.А. Буржуазная законность: теоретические иллюзии и судебно-полицейская реальность. М., 1986; Николайчик В.М. США: Полицейский контроль над обществом. М., 1987; Уайнреб Л. Л. Отказ в правосудии. Уголовный процесс в США. М., 1985; и др.

[2] Dershowitz A.M. The Best Defense. New York, 1983. P. xix. Приводится в переводе и редакции В.М. Николайчика по его предисловию к книге Л.Л. Уайнреба. См.: Уайнреб Л. Л. Отказ в правосудии. С. 15–16.

[3] Об этом свидетельствует, в частности, практическая правозащитная и консультационная деятельность автора. В общей сложности в период с 2002 по 2006 год были проанализированы материалы 29 уголовных дел, по которым даны письменные консультации (заключения), касающиеся проблем произвола со стороны оперативно-разыскных органов, конституционно неоправданного ограничения прав человека, нарушений закона при производстве отдельных следственных действий и принятии отдельных процессуальных решений. О содержании этих консультаций см. подробнее: Формирование доказательственной базы по гражданским и уголовным делам: Библитечка «эж-Юрист». Серия «Судебная практика». М., 2004. С. 94–138.

[4] На это обращают внимание многие авторы. См., напр.: Бойцов А.И. Выдача преступников. СПб., 2004. С. 775; Азаров В.А. Уголовно-процессуальная идеология и одноименная фразеология // Вестник Оренбургского государственного университета. 2006. № 3. С.

I.V. Shishko

Liability for economic crimes in Russia and Korean Republic: comparative law analysis

И.В. Шишко

Ответственность за экономические преступления в России и Республике Корея: сравнительно-правовой анализ

Статья посвящена сравнительному анализу норм уголовных кодексов России и Республики Корея, устанавливающих ответственность за преступления в сфере экономической деятельности. Установлено, что сходство этих норм заключается в закреплении в них главным образом имущественного наказания – штрафа. Однако различны и способ закрепления «экономических» норм в УК, и конструкция составов преступлений, и количество указанных норм (в УК РФ их больше). Однако, несмотря на малочисленность этих норм в УК Республики Корея, они, во-первых, устанавливают ответственность только за те деяния, общественная опасность которых несомненна вне зависимости от наступивших последствий или масштаба деяния, а, во-вторых, многие из них применимы к большему кругу деяний, чем схожие экономические нормы УК РФ.

The article presents the comparative analysis of the criminal codes of Russia and Korean Republic rules providing liability for economic crimes. It is determined that their similarities are in the economic character of the penalty – mainly it is a fine. However, the methods of the incorporation of such rules into the criminal codes, the structure of the crimes, the amount of such rules (for example, there are more of them in the Russian criminal code than in the Korean criminal code) are different. Although the quantity of such rules in the Korean criminal code is less, they set , firstly, the liability only for those actions, which provide the indisputable danger for the society without paying any attention to the real consequences of such actions and its rate. Secondly, the majority of these rules are applicable to the greater number of crimes than those in Russia.

В научной литературе достаточно часто встречаются сравнительно-правовые исследования положений уголовных кодексов России и зарубежных стран. При этом если исходить из частоты обращения к зарубежным УК, то Уголовный кодекс Республики Корея[1] относится к числу практически не сравниваемых.

Между тем интерес к нему обусловлен не только этим обстоятельством. Республика Корея является достаточно самобытным государством, с которым у России развиваются экономические связи. Следовательно, сравнительно-правовой анализ уголовно-правовых норм, охраняющих отношения в сфере экономической деятельности, приобретает практический интерес.

Прежде всего, необходимо отметить раз*личное законодательное закрепление экономических преступлений*. В российском УК ответственность за посягательства на отношения в сфере экономической деятельности предусмотрена нормами одной главы (гл. 22). Заметим, что аналогично сосредоточены указанные нормы и в Уголовном кодексе Китайской Народной Республики[2] – государства, оказавшего большое влияние на культуру Кореи[3]. Напротив, УК Республики Корея не концентрирует названные нормы в одной главе. «Экономические» нормы этого Кодекса рассредоточены в трех главах: гл. XVIII «Преступления, связанные с валютой», гл. XIX «Преступления, связанные с ценными бумагами, почтовыми сборами и гербовыми марками» и гл. XXXIV «Преступления против кредита, бизнеса и аукциона».

Название этих глав имеет определенное сходство с названием некоторых *групп* преступлений в сфере экономической деятельности, выделяемых в российской уголовно-правовой доктрине[4]. Так, в одной из наиболее обоснованных классификаций преступлений в этой сфере[5] среди других упомина-

© И.В. Шишко, 2008

Доктор юридических наук, доцент, директор ЮИ СФУ.
Doctor of legal sciences , associate professor, Director of Siberian Federal University Law institute.

[1] www.sosrussia.com/analyse/library

[2] См.: Уголовный кодекс Китайской Народной Республики/ Под ред. д-ра. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева, пер. с кит. Д.В. Вичикова. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001.

[3] См.: Оксфордская иллюстрированная энциклопедия. Т. 3. М.: Издат. дом «Инфра-М», Изд-во «Весь мир», 1999. С. 169.

[4] Следует отметить, что в литературе приведено множество таких классификаций, которые в значительной степени совпадают, хотя ряд классификаций весьма специфичен.

[5] См.: Волженкин Б.В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 85–87.

ются преступления против интересов кредиторов и преступления, нарушающие установленный порядок обращения денег и ценных бумаг. Эта же классификация позволяет констатировать, что, в отличие от УК РФ, в Уголовном кодексе Республики Корея *не предусмотрена ответственность за многие деяния, общественно опасные с позиции российского законодателя*: за посягательства на основы (общие принципы) установленного порядка осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности; за нарушения отношений добросовестной конкуренции; нарушения установленного порядка внешнеэкономической деятельности; за нарушения установленного порядка обращения драгоценных металлов и драгоценных камней; за нарушения установленного порядка уплаты налогов и сборов.

Вместе с тем отсутствие описания перечисленных преступлений в Уголовном кодексе Республики Корея не исключает установления за них уголовной ответственности в других нормативных правовых актах. Дело в том, что в указанном Кодексе нет дефиниции преступления как деяния, запрещенного *этим* УК, а из текста приложения к Кодексу можно сделать вывод, что источниками уголовного права могут быть и другие законы либо указы (ст. 1 и 7 приложения).

Особенность экономических норм УК Республики Корея состоит не только в том, что они не объединены в одну главу, но и в том, что они предусмотрены главами, размещенными в разных частях книги 2 «Преступления» (она соответствует Особенной части УК РФ). Так, если ответственность за преступления, связанные с валютой, и за преступления, связанные с ценными бумагами, почтовыми сборами и гербовыми марками, предусмотрена соседствующими главами, то ответственность за преступления против кредита, бизнеса и аукциона предусмотрена главой, отстоящей от двух первых на пятнадцать глав (после главы о преступлениях против репутации и перед главой о преступлениях, связанных с нарушением тайны). Таким образом, корейский законодатель рассматривает нормы, устанавливающие ответственность за преступления, связанные с валютой и ценными бумагами, *как системно не связанные с нормами о преступлениях против кредита, бизнеса и аукциона*. Последние, судя по «окружающим» их главам, скорее рассматриваются как нормы, охраняющие права других лиц.

Особенность присуща и законодательному конструированию отдельных «экономических» норм в обоих кодексах.

Так, диспозиции почти всех норм гл. 22 УК РФ относятся к бланкетным, что порождает серьезные трудности в их толковании и применении. Эти трудности еще более усугубляются сложностью и нестабильностью законодательства, регулирующего отношения в сфере экономической деятельности (гражданского, земельного, антимонопольного, банковского, налогового и др.)[1]. При этом бланкетность подавляющего большинства норм гл. 22 очевидна вследствие использования законодателем бланкетных *обобщающих признаков* («незаконный», «неправомерный», «правила перемещения через таможенную границу» и т.п.). Что касается «экономических» норм УК Республики Корея, то их бланкетность неочевидна, так как в диспозиции многих норм вкраплены только *обобщающие признаки-понятия* (чаще это – «ценные бумаги», «валюта», «почтовые документы»). Обобщающие бланкетные признаки в этих нормах корейский законодатель не использует, что существенно облегчает их применение (в правоприменительном акте не обязательна даже ссылка на соответствующий неуголовный нормативный правовой акт).

Учитывая, что не все нарушения в сфере экономической деятельности общественно опасны, во многие нормы гл. 22 УК РФ законодатель включил такие криминообразующие признаки, как «причинение крупного ущерба» либо крупный размер (масштаб) правонарушающей деятельности». В связи с включением первого из них многие составы экономических преступлений сконструированы по типу материальных (ст.ст. 171, 172, 173, 176, 178, 180, 185, 1851, 195-197 и др.). Однако даже включение таких признаков в число конститутивных не исключает сомнений в общественной опасности некоторых деяний (например, незаконного предпринимательства)[2]. В противоположность российским «экономические» нормы УК Республики Корея признаки «крупный ущерб» либо «крупный размер» не содержат, и все составы экономических преступлений относятся к формальным. На первый взгляд, это позволяет резюмировать необоснованно широкую криминализацию нарушений в сфере экономической деятельности. Однако малочисленность норм, устанавливающих ответственность за экономические преступления в УК Республики Корея, диктует другой вывод: *уголовная ответс-*

[1] См.: Шишко И.В. Экономические правонарушения: Вопросы юридической оценки и ответственности. СПб.: «Юридический центр Пресс», 2004. С. 67.

[2] См.: Волженкин Б.В. Указ. соч. С. 211.

твенность установлена только за те деяния, общественная опасность которых несомненна вне зависимости от наступивших последствий или масштаба деяния.

Как известно, в российском уголовном законодательстве активно используются такие средства дифференциации уголовной ответственности, как квалифицирующие либо привилегирующие признаки. С их помощью конструируются квалифицированные или привилегированные составы преступлений с установлением за них новых рамок санкций, повышенных или пониженных по сравнению с рамками санкций, соответствующих основному составу преступления. Таким образом, квалифицирующим (как и привилегирующим) признакам свойственно отражать в законе типовую степень общественной опасности, присущую группам преступлений[1]. Не составляет исключения и гл. 22 УК РФ. В ее нормах встречаются такие квалифицирующие признаки, как «крупный ущерб» (ч. 2 ст. 169 и ч. 3 ст. 183), «тяжкие последствия» (например, в ч. 4 ст. 183), «группа лиц по предварительному сговору», «организованная группа», «доход в особо крупном размере», «крупный размер», «использование служебного положения», «с применением насилия или с угрозой его применения», «корыстная заинтересованность», «особо крупный размер» и некоторые другие. Особенность конструирования «экономических» норм Уголовного кодекса Республики Корея состоит в том, что в них квалифицирующие признаки не используются.

Что касается санкций экономических норм двух кодексов, то их сравнение показывает, что российский законодатель в 70 из 74 норм гл. 22 предусмотрел штраф в качестве наказания (основного или дополнительного), в то время как в УК Республики Корея штраф предусмотрен в 13 из 23 норм. Однако в соответствии со ст.ст. 209 и 220 этого Кодекса штраф может быть назначен в качестве дополнительного альтернативного наказания и за те преступления, за которые он не предусмотрен. Поэтому идея карать «экономических» преступников, используя главным образом имущественное наказание, пронизывает экономические нормы кодексов практически в равной мере.

Обратимся к нормам глав XVIII и XIX УК Республики Корея. В первой из них, как следует из названия главы, предусмотрены преступления, связанные исключительно с валютой, в то время как во второй – связанные только с ценными бумагами, хотя объективная сторона части этих преступлений тождественна. Конструирование отдельных норм по признаку предмета позволяет установить за одни и те же деяния разные санкции, а, следовательно, корейский законодатель по-разному оценивает общественную опасность посягательств, связанных с каждым из этих предметов. Так, в санкции п. 1 ст. 207 УК за подделку или изменение с целью сбыта монет, бумажных денег или банкнот Республики Корея устанавлен только минимальный срок лишения свободы (не менее двух лет), в то время как за подделку или изменение с целью сбыта ценных бумаг (п. 1 ст. 214 УК) предусмотрен максимальный срок лишения свободы (не более десяти лет).

Российский законодатель, напротив, учитывая совпадение ряда деяний, совершаемых с валютой и ценными бумагами (подделка и сбыт), интегрировал их в одну норму (ст. 186 УК «Изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг»). Это свидетельствует об оценке одних и тех же деяний с валютой и ценными бумагами *как равноопасных для экономики России.*

«Валютным» нормам УК Республики Корея присущи и другие особенности.

Первая состоит в том, что они устанавливают ответственность не только за изготовление с целью сбыта или сбыт монеты, бумажных денег или банкнот, как ст. 186 в УК РФ, а за более «богатый набор» действий, обычно сопровождающих их изготовление или сбыт: ввоз или вывоз поддельной либо измененной валюты с целью сбыта, приобретение поддельной или измененной валюты с целью сбыта. Таким образом, УК Республики Корея *криминализировал более широкий круг деяний, связанных с валютой*, из числа тех, которые должны быть наказуемы в соответствии с Международной конвенцией по борьбе с подделкой денежных знаков[2], хотя и в нем не предусмотрена ответственность за обманные действия по изготовлению, получению или приобретению для себя орудий или иных предметов, предназначенных по своей природе для изготовления поддельных денежных знаков или для изменения денежных знаков (п. 5 ст. 3 Конвенции).

Другая особенность заключается в *значительно большей дифференциации уголовной ответственности* (без использования квалифицирующих признаков) за подделку или изменение валюты.

---

[1] Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. М.: Изд-во НОРМА, 1998. С.125.

[2] См.: Князькина А.К., Чучаев А.И. Конвенциональные преступления в Уголовном кодексе РФ и международных актах. М.: ПКЦ Альтекс, 2007. С.155.

Так, если ст. 186 УК РФ предусматривает одинаковую ответственность за сбыт поддельной валюты и ценных бумаг как теми лицами, которые и приобретали их с целью сбыта, так и теми, кто сам стал жертвой фальшивомонетничества, то в УК Республики Корея ответственность второй категории установлена отдельной нормой (ст. 210 «Обращение поддельной валюты»). Санкция последней предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок *не более двух лет* или штрафа в размере не более пяти миллионов вон, в то время как санкция за «обычный» сбыт предусматривает наказание в виде лишения свободы в зависимости от вида поддельной валюты *на срок не менее* двух или одного года либо не более десяти лет (п. 4 ст. 207 УК). Такой подход представляется более правильным: сбыт фальшивой валюты теми, кто сам стал потерпевшим от фальшивомонетничества, носит, в известной мере, вынужденный характер, так как, передавая ее в оплату товаров либо услуг, потерпевший пытается «компенсировать» ущерб, ранее причиненный ему.

Статья 207 УК Республики Корея включает четыре части, три из которых предусматривают ответственность за подделку или изменение разной валюты: за подделку (изменение) валюты Республики Корея предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее 2 лет (п. 1); за эти же действия в отношении иностранной валюты, действующей в этой стране, минимум наказания составляет 1 год (п. 2); а за подделку (изменение) иностранной валюты, действующей в иностранном государстве, предусмотрено максимальное наказание в виде лишения свободы на срок не более 10 лет. Вместе с тем дифференциацию ответственности по виду валюты трудно признать обоснованной: согласно ст. 5 названной Конвенции различия в отношении карательных мер между действиями, с точки зрения того, совершены ли они в отношении национальных денежных знаков или иностранных денежных знаков, устанавливаться не должно. И в этом плане ст. 186 УК Российской Федерации, не делающая различий в зависимости от вида валюты, соответствует Международной конвенции больше.

По российскому Уголовному кодексу изготовление или сбыт поддельных банковских билетов Центрального банка РФ и металлической монеты являются экономическими преступлениями при условии, если последние имеют существенное сходство по форме, размеру, цвету и другим основным реквизитам с находящимися в обращении (или вышедшими из него, но подлежащими обмену) подлинными денежными знаками. Явное несоответствие фальшивой купюры подлинной, по разъяснению Пленума Верховного Суда в постановлении «О судебной практике по делам об изготовлении или сбыте поддельных денег или ценных бумаг», требует квалификации содеянного как мошенничества[1]. Не ясной остается позиция Пленума в отношении квалификации изготовления или сбыта поддельных денег, имеющих существенное сходство с подлинными по реквизитам, не относящимся к основным, но исключающим сомнения в их поддельности. Однако, если это деяние не признается фальшивомонетничеством, оно «переходит в разряд» преступлений против собственности.

Иначе решается этот вопрос в уголовном законодательстве Республики Корея. Производство, ввоз или вывоз денежных знаков, похожих на монеты, бумажные денежные знаки или банкноты, действующие или пущенные в обращение в этой стране или за границей (ст. 211 УК Республики Корея), тоже относятся к преступлениям, связанным с валютой. Включение такого преступления в число валютных наряду с фальшивомонетничеством – третья особенность этой группы экономических преступлений в Уголовном кодексе Республики Корея.

Значительно отличаются и деяния, связанные с ценными бумагами.

Наряду с установлением за подделку или изменение ценных бумаг ответственности отдельной нормой (п. 1 ст. 214) корейский законодатель значительно сузил предмет этого преступления: к нему относятся не все ценные бумаги (как в ст. 186 УК РФ), а только ценные бумаги Республики Корея или другого иностранного государства, т.е. только государственные ценные бумаги. Отдельной нормой (ст. 217) предусмотрена ответственность за сбыт ценных бумаг (в этой статье вид ценных бумаг не уточняется), хотя санкции за подделку (изменение) и сбыт одинаковы.

Не совпадает в обоих кодексах круг деяний, связанных с составлением проекта ценных бумаг. В УК Республики Корея ответственность установлена за составление проекта ценных бумаг или вмешательство в дела, относящиеся к правам и обязанностям по ним, если при этом использована ложная дееспособность (ст. 215), а также за составление ложного проекта ценных бумаг или производство ложной регистрации в них (ст. 217). Российскому уголовному законодательству первое деяние неизвестно, однако в целом в УК РФ предусмотрен более широкий круг деяний в сфере инвес-

[1] См. п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 апреля 1994 г. № 2 (в ред. постановлений Пленума Верховного Суда РФ от 17.04.2001 г. № 1 и от 06.02.2007 г. № 7).

тиций. Так, ст. 185 предусматривает ответственность за внесение в проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, утверждение содержащего заведомо ложную информацию проспекта эмиссии или отчета об итогах выпуска ценных бумаг, а равно за размещение эмиссионных ценных бумаг, выпуск которых не прошел государственную регистрацию. Преступным признается даже бездействие: ответственность установлена за злостное уклонение от предоставления информации, содержащей данные об эмитенте, о его финансово-хозяйственной деятельности и ценных бумагах, сделках и иных операциях с ценными бумагами, лица, обязанного обеспечить указанной информацией инвестора или контролирующий орган, а также за предоставление заведомо неполной или ложной информации (ст. 1851). Вместе с тем возможность привлечения виновных к ответственности по российскому УК *значительно ниже*, так как обязательным признаком объективной стороны перечисленных преступлений названы последствия – причинение крупного (на сумму свыше 250 тыс. рублей) ущерба гражданам, организации или государству. Не случайно формулировку составов преступлений, предусмотренных ст.ст. 185 и 1851 УК РФ, признают неудачной, отмечая одновременно и серьезные затруднения в исчислении ущерба на практике[1].

Интересно отметить, что нормы гл. XIX УК Республики Корея предусматривают ответственность и за посягательства, связанные с почтовыми сборами и гербовыми марками (ст. 218, 219, 221), хотя российский законодатель относит их к преступлениям против порядка управления.

Глава XXXIV УК Республики Корея невелика. В ней всего три статьи. Первая из них предусматривает ответственность за нарушение кредита (ст. 313). В российском УК тоже есть «кредитная» норма («Незаконное получение кредита» – ст. 176), но пределы действия ст. 313 УК Республики Корея значительно шире. Во-первых, деяние описано в ней как нарушение кредита, что охватывает не только его получение (именно так описано деяние в ст. 176 УК РФ), но и действия по гашению. Во-вторых, способом этого преступления может быть любой обман, в то время как содержание обмана в ст. 176 УК РФ ограничено сведениями о хозяйственном положении либо финансовом состоянии. В-третьих, этот состав, как и другие составы экономических норм корейского Уголовного кодекса, относится к формальным, в то время как в ст. 176 УК РФ крупный ущерб назван конститутивным признаком объективной стороны. В-четвертых, субъект «кредитного» преступления по УК РФ – специальный. Им может быть только индивидуальный предприниматель либо руководитель организации, в то время как субъектом корейского кредитного преступления может быть любое лицо.

Статья 314 «Препятствия в бизнесе» не имеет аналога в российском УК. Эта статья предусматривает ответственность за препятствие бизнесу другого лица обманным способом или угрозой силой (п. 1) либо повреждениями, разрушениями любых устройств, включая компьютер, или специальных посреднических записей, включая электромагнитные, или введением ложной информации или неправомерного приказа в информационное устройство, либо любыми помехами производству любым путем (п. 2). Часть указанных в этой статье действий может квалифицироваться как компьютерные преступления по УК РФ, но, безусловно, основной непосредственный объект такого преступления должен находиться в плоскости родового объекта преступлений, предусмотренных гл. 22 УК РФ. Очевидно, опыт криминализации препятствия в бизнесе заслуживает внимания и российского законодателя.

Более удачно в УК Республики Корея описано и преступление, предусмотренное ст. 315 «Препятствие в аукционе или торгах». Им признается препятствие в проведении беспристрастных аукционов или торгов обманными средствами, угрозой силы или другими способами. Российский законодатель тоже усматривает общественную опасность в нарушении объективности тех, от кого зависят результаты конкурсов (ст. 184), но пределы действия этой статьи необоснованно ограниченны. Во-первых, она устанавливает ответственность только участников или организаторов профессиональных спортивных соревнований либо организаторов или членов жюри зрелищных коммерческих конкурсов, то есть область ее применения ограничена профессиональным спортом и зрелищными коммерческими конкурсами. Во-вторых, объективная сторона заключается только в подкупе (ч. 1 и 2) либо получении имущества, переданного в целях оказания влияния на результаты указанных соревнований и конкурсов (ч. 3 и 4). В-третьих, субъект незаконного получения имущества – специальный.

Таким образом, несмотря на то, что общее число экономических норм в УК РФ значительно выше, многие из них применимы к гораздо меньшему кругу деяний, чем схожие экономические нормы Уголовного кодекса Республики Корея.

[1] См.: Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. М.: Статут, 2005. С. 203, 211.

Раздел VII

Соотношение международного и национального права

O.I. Ivonina

Problems of international legal personality of a sate in the globalization process

О.И. Ивонина

Проблемы международной правосубъектности государства в условиях глобализации

В статье исследуются взгляды американских юристов-международников на роль государства перед лицом новых вызовов национальной и глобальной безопасности: угрозы международного терроризма, интернационализации локальных вооруженных конфликтов, транснациональной преступности, увеличения «несостоятельных» государств из числа бывших колоний и полуколоний. Постепенный переход американской науки международного права к доктрине ограниченного суверенитета в условиях глобализации сопровождался обоснованием легитимности гуманитарных интервенций и военной оккупации «несостоятельных» государств во имя торжества прав человека, демократии и безопасности мирового сообщества.

The article compares the two most authoritative research schools of neo-realism and that of neoliberalism approaches to the evolution of the concept of the state sovereignty in the conditions of globalization. The conclusion on coming to a consensus between neorealists and neoliberals in the matter of a parity of institutions of international legal compulsion and the state sovereignty is made. It is the modern state's function in the conditions of «global law» under formation to be responsible for implementation of universal international agreements in the sphere of security and international judicial bodies' decisions.

Инициированные переходом от биполярной системы международных отношений к новому мировому правопорядку дебаты политиков и ученых сконцентрировались на проблемах национальной и международной безопасности рубежа веков. Предложенная специалистами-международниками глобальная повестка дня включала в себя как традиционные вопросы нормативного и силового мироурегулирования, так и относительно новые проблемы цивилизационной и культурной идентичности основных акторов международного права, влияющей на характер вооруженных конфликтов и угроз безопасности, деконструкции прежнего и институционализации нового мирового порядка, легитимации мировым сообществом «гуманитарных интервенций» и других форм ограничения государственного суверенитета.

Отправным моментом обсуждения проблем современного состояния международной безопасности стало единодушное признание факта необратимого распада Вестфальской системы, составлявшей основу прежнего миропорядка и международного права. Стремительный рост новых участников мировой политики за счет несуверенных акторов в лице массовых общественных движений, международных неправительственных организаций, ТНК и олигополий сформировал представление о новом, глобальном контексте развития международного права. При этом глобализация рассматривалась как процесс, в результате которого государственно-центричные институты в жизни отдельных народов и всего мирового сообщества делегируют свои полномочия на уровень макроструктур, действующих в подлинно глобальном, а не просто международном контексте: массовым общественным движениям, МНПО, ТНК, ТНБ, СМИ[1].

Первоначально европейские и американские ученые расценивали капитуляцию Левиафана перед институтами гражданского общества и правами индивида в рамках либеральной традиции

© О.И. Ивонина, 2008

Доктор исторических наук, профессор кафедры международного права НГУ, (Новосибирск).
Doctor of history sciences, professor of NSU chair of international law (Novosibirsk).

[1] Evans G., Newham J. Dictionary of International Relations. L., 1998. P. 201.

минимального государства. Конкуренция несуверенных акторов международного права с государственными субъектами, особенно в таких сравнительно молодых его отраслях, как права человека, международное экономическое и экологическое право, воспринималась как исполнение прогнозов Ж.Ж. Руссо и И. Канта об устойчивом «вечном мире» в рамках всемирной федерации либеральных демократий. По аналогии с поражением в «холодной войне» советского тоталитаризма капитулянтами в современных условиях развития международных отношений признавались либо патриархальные деспотии, либо диктаторские и коррумпированные режимы, не соответствующие новым эталонам демократической глобализации, сделавшей права и свободы человека (прежде всего политические) универсальным императивом.

Впоследствии опыт трансформации Ялтинско-Потсдамской СМО, основанной на *формально определенных договоренностях* между великими державами, в новую систему международных отношений, участниками которой выступают столь разнообразные субъекты, преследующие конкурирующие между собой интересы, без создания на институциональном уровне эффективных форм контроля за соблюдением новыми игроками норм международного права, стал восприниматься как тенденция хаотизации и анархии в международных отношениях, неуправляемости и непредсказуемости развития мировой системы.

Инициаторами теоретического осмысления контуров нового миропорядка закономерно выступили американские эксперты, как в силу объективного лидерства США в процессе глобализации, так и благодаря устойчивой традиции мессианизма их политического мышления. Известный идеолог и практик американской внешней политики Г. Киссинджер считал точкой отсчета этой «гражданской религии» американцев программу 14 пунктов В. Вильсона. Сформулированные в ней основы глобального миропорядка исходили из признания мирового лидерства «моральным долгом и моральным воздаянием Америке»[1].

«Моралисты» ставили во главу угла «большой политики» отстаивание *универсальных принципов* (свободы торговли и мореплавания, права наций и народов на самоопределение, отказ от войны как инструмента мировой политики, уважение норм международного права и т.д.), а *не национальных интересов*. Универсалистски трактуя мировой порядок как таковой, американские политики этого толка не допускали в борьбе за правое дело свободы никаких компромиссов и взаимных уступок, полагая, что конфликт должен завершиться неминуемым крахом противника и его обращением в истинную веру.

Новым вильсонизмом и даже «новым евангелизмом» именовали политику администрации Б. Клинтона, провозгласившей своей задачей содействие свободе и демократии во всем мире. Курс «благожелательного гегемона» на обеспечение победы американских принципов либеральной демократии во всемирном масштабе вызвал целую серию публикаций, призванных обосновать право США на создание *Pax Americana как имперского по своей сути проекта*. Удивительным образом республиканцы и демократы, неолибералы и неоконсерваторы сошлись во мнении, что уникальное сочетание гегемонизма и демократизма является необходимым и достаточным условием для трансформации национализма в интернационализм, или другими словами, *легитимации мировым сообществом универсализма американских ценностей и политического опыта*[2].

Важным свидетельством нового измерения международного правопорядка стало стремление американских экспертов и политических деятелей к отмене принципа суверенности, действовавшего со времени Вестфальского мира 1648 г. и нашедшего отражение в Уставе ООН в качестве универсальной нормы международного права.

Прокламируемый отход от признания национально-государственного суверенитета как фундаментальной основы международного права сопровождался выдвижением новых концепций военной и внешнеполитической стратегии США. Проводимая «либеральными интернационалистами» из состава администрации Б. Клинтона политика содействия расширению демократии по сути основывалась на признании *легитимности гуманитарных интервенций против стран-«изгоев» во имя торжества принципов демократии и прав человека*. Одна из авторов и исполнителей стратегии принудительного интернационализма, госсекретарь М. Олбрайт, длительное время занимавшая должность американского представителя в ООН, открыто признавала право на силовое вмешательство

[1] Киссинджер Г. Дипломатия. М., 1997. С. 562.

[2] См.: Киссинджер Г. Нужна ли Америке внешняя политика? К дипломатии XXI века. М., 2002; Buchanan P. A. Republic, Not an Empire. Wash., 1999; Ikenberry J. America's Imperial Ambition // Foreign Affairs vol. 81. № 5. September-October 2002; Brzezinski Z. The Choice: Global Domination or Global Leadership. N.Y., 2004.

во внутренние дела «преступных» диктаторских режимов со стороны международных организаций, прежде всего, НАТО и ООН[1].

Легитимность военной оккупации тех стран и режимов, где систематически и в массовых масштабах нарушаются права человека и гражданские свободы признали атлантические союзники Соединенных Штатов, санкционировав применение вооруженных санкций против режима С. Милошевича в Югославии и С. Хусейна в Ираке. Комментируя ст. 2.7 Устава ООН, запрещающую вторжение войск ООН на территорию суверенных государств, генеральный секретарь К. Аннан по существу выразил солидарность со сторонниками легитимации гуманитарных интервенций, заявив, что «вмешательство» допустимо в условиях глобализации, когда нарушения прав человека в отдельных государствах представляют угрозу безопасности всего мира. Более того, в международных отношениях, как и в медицине, допустимо хирургическое вмешательство для удаления злокачественной опухоли ради спасения жизни всего организма[2].

На Вашингтонском саммите НАТО в числе новых угроз безопасности североатлантических союзников наряду с трансграничной преступностью и распространением ядерного оружия назывались этнические чистки и межконфессиональные столкновения, территориальные споры, нарушение прав человека и распад государств[3].

Американская миссия спасения человечества от мирового зла в лице стран-«изгоев» (в условиях моды на политкорректность этот термин был вскоре заменен более нейтральным понятием «несостоятельных» или «распадающихся» государств) поставила пред США и мировым сообществом серьезную дилемму – кто и каким образом нейтрализует угрозу вселенского хаоса и вакханалии кровавых конфликтов?

Согласно либерально-просветительской традиции Запада, мирное сосуществование и сотрудничество является свойством демократических государств, которые, как утверждал И. Кант, друг с другом не воюют. Представление об идеальном миропорядке как вселенской демократии, основанной на единстве интересов и ценностей, получило широкое распространение в общественном сознании народов, переживших крах тоталитарных режимов в Центральной и Восточной Европе, Восточной и Юго-Восточной Азии, Южной Африке. Распад СССР и прекращение полувековой «холодной войны» двух миров воспринималось как подтверждение хилиастических прогнозов Ф. Фукуямы и предсказаний «вечного мира» цивилизованных народов.

Возрождение моралистской риторики в духе В. Вильсона было вполне обоснованно в условиях триумфа англосаксонской модели государственно-политического устройства и превращения Соединенных Штатов в единственную сверхдержаву. В контексте нового миропорядка политика принуждения к миру и западным стандартам демократии стран-«изгоев» уже администрацией Клинтона расценивалась как выполнение Америкой священного долга перед всем мировым сообществом. В политике республиканской администрации Дж. Буша-младшего успех США в навязывании всему миру собственных ценностей, напротив, непосредственно увязывался с задачами обеспечения национальных интересов и безопасности страны.

Сторонники интернационализации американских ценностей свободы и демократии признавали *допустимыми все формы ограничения суверенитета государств-«изгоев»* – от экономических санкций и торговой блокады до насильственной смены политического режима в ходе гуманитарных интервенций. Именно *легитимация вооруженного насилия*, свойственная политике либерального интервенционизма Клинтона и Буша, откровенно *противоречила и просветительским утопиям «вечного мира» XVIII – начала XX в. и нормам действующего международного права*[4]. Стремление к преодолению этой юридической коллизии породило в США громадное количество исследований, обосновывавших новаторство и эффективность политики вынужденного вмешательства во внутреннюю компетенцию государства, с одной стороны, а с другой – «исторический», то есть устаревший и не соответствующий современным реалиям, характер действующего международного права и процедур принятия решений в ООН[5].

---

[1] Albright M. Bridges, Bombs, or Bluster? // Foreign Affairs. September/October 2003 (www.ceip. org)

[2] Speech by K.Annan. 1999. // www.un.org

[3] Report: The Future of NATO: The Washington Summit. L.,1999. P. 67.

[4] Задолго до провозглашения принципа невмешательства государств во внутренние дела друг друга общепризнанной нормой международного права И. Кант в трактате «К вечному миру» 1785 г. признавал, что «ни одно государство не должно насильственно вмешиваться в политическое устройство и правление других государств» // Кант И. К вечному миру / Критика способности суждения. СПб., 1995. С. 441.

[5] Caplan L. State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory // AJIL

В этом смысле показательна эволюция интервенционистской риторики Ч. Краутхаммера – наиболее последовательного сторонника «Pax Americana». Сравнивая наиболее эффективные стратегии американской внешней политики, начиная с наступления «эры однополярности», он отдает явное предпочтение «демократическому глобализму» или мускулистому вильсонианству Дж. Буша-младшего перед неореализмом и либеральным интернационализмом администрации Клинтона как варианту политики практического использования военного превосходства США для поддержания одновременно национальной безопасности и демократии[1].

Ранее Ч. Краутхаммер критиковал администрацию Б. Клинтона за озабоченность дефицитом легитимности своих действий в отношении Ливии, Северной Кореи, Ирака и Югославии. Формальная приверженность интернационалистов к соблюдению норм международного права и принципов многосторонней дипломатии, представление о том, что война легитимна лишь тогда, когда она санкционирована решением Совета Безопасности ООН, по его мнению, неоправданно ограничивают действия США, лишая их возможности быстрого реагирования на угрозы безопасности, исходящие от преступных режимов. Надевая на Гулливера наручники международных обязательств, европейские противники американского интервенционизма, которых автор называет лилипутами, на деле отстаивают не юридические гарантии глобальной безопасности, а собственные узко национальные интересы, ограничивая «благожелательного гегемона» в исполнении его глобальной исторической миссии[2].

Первостепенным объектом практического применения политики либерального интервенционизма должны были стать страны «оси зла», подозреваемые Соединенными Штатами в нарушении норм права международной безопасности, то есть разработке и распространении оружия массового уничтожения (ОМУ): бактериологического, химического, ядерного и пр. Однако события 11 сентября 2001 г. вынудили США всерьез задуматься над применением вооруженных санкций не столько против стран-изгоев вроде КНДР, Ливии, Ирака, Ирана, Сирии и других нарушителей международных конвенций, а против принципиального нового для себя противника в лице так называемых «несостоятельных» государств.

Теракты 11 сентября 2001 г. способствовали оживлению интереса международников к обсуждению проблемы распадающихся или несостоятельных государств как угрозы новому миропорядку и всеобщей безопасности. Как выяснилось, 19 террористов, осуществивших нападения на здание Всемирного торгового центра и Пентагона, входили в транснациональную террористическую сеть “Аль-Кайда”, чья база находилась в Афганистане – типичном “failed state” периода правления режима Талибан. Представление об Афганистане как о государстве-спонсоре международного терроризма продемонстрировало обоснованность американских опасений того, что игнорирование локальных конфликтов с участием стран-«изгоев» может вылиться в глобальные риски и угрозы.

Трансатлантическое согласие по этому вопросу было зафиксировано в выступлениях президента Дж. Буша перед Конгрессом и тексте «Стратегии национальной безопасности» от 17 сентября 2002 г.: “События 11 сентября 2001 г. научили нас, что слабые государства, такие как Афганистан, могут представлять такую же большую угрозу нашим национальным интересам, как сильные государства”[3]. Хавьер Солана также охарактеризовал в своем проекте европейской стратегии безопасности от 20 июня 2003 г., представленной Совету ЕС, распадающиеся государства как один из центральных вызовов политике безопасности.

Многочисленные исследования, направленные на выявление политических и социокультурных предпосылок формирования международного терроризма, продемонстрировали общность подходов европейских и американских политологов к феномену «несостоятельной» государственности, под которой понимается в первую очередь утрата государственными институтами способности сохранить монополию на предоставление социальных услуг, применение силы, контроль над территорией, населением и ресурсами страны, а также неустойчивость политического режима[4].

Для европейских аналитиков основным индикатором утраты государственной властью своих прерогатив является дестабилизация политических институтов, определяющих участие населения в процедурах принятия решений, снижение качества правового государства и публичного управления.

(American Journal of International Law). Vol. 97. № 4. October 2003.

[1] Krauthammer Ch. The Hour of Conservatism // National Interest. Summer 2004. P. 17.

[2] Krauthammer Ch. The Unipolar Moment Revisted // National Interest. Winter 2003. P. 12.

[3] US National Security Strategy//www.whitehouse.gov/nsc/nss.html

[4] R. Rotberg, State Failure and State Weakness in a Time of Terror. Washington 2003. P. 2–10.

Важнейшим показателем эрозии государственности в этом случае выступает усиление авторитарных или олигархических структур принятия решений, репрессии против политической оппозиции, фальсификация и подтасовка результатов выборов, систематическое исключение определенных групп населения из участия в политике (например, национальных или религиозных меньшинств), грубые нарушения прав человека (пытки), отсутствие независимой юстиции, коллапс государственного управления, а также высокая степень коррумпированности бюрократии[1].

Американские аналитики особое значение придают утрате «несостоятельным» государством монополии на применение силы, так как именно на территории развалившихся государств создаются благоприятные условия для деятельности транснациональных террористических сетей (ТТС), представляющих собой новый тип международной террористической деятельности. Для ТТС характерны международные целевые установки, транснациональная идеология, международный состав членов, децентрализованная структура, глобальные действия и готовность к массовым разрушениям. Во всех этих измерениях они отличаются от “обычных террористов”, которые, как правило, ведут национальную борьбу против определенного правительства, в состав которых входят люди одной и той же национальности, а активность традиционных террористических группировок ограничена локальными или региональными рамками. “Аль-Каида” Усамы бен Ладена является наиболее показательным примером транснациональной террористической сети и служит калькой для остальных –“Джамаат Исламия”, пакистанских и кашмирских групп, ливанского “Хесболлах” и других.

Немалую роль в процессе распада государственности сыграли, по мнению американских международников, «срывы модернизации» в целом ряде государств Азии, Африки и Латинской Америки. В результате экономики этих стран функционируют главным образом по традиционным правилам и опираются на феодальные, семейные или клановые структуры. Невозможность поступательного социального развития нередко ведет к фрустрации и агрессии среди определенных групп населения, прежде всего тех средних слоев, которые чувствуют себя социально и экономически обделенными, оттесненными на обочину жизни или вообще отвергнутыми. Эта ситуация, типичная для большинства арабских государств, вполне может создать питательную почву для религиозного фундаментализма и политического радикализма, отвергающего “западную модель” и требующего возврата к “исламским ценностям”[2].

Другим признаком несостоятельных государств является коррупция, неэффективное управление, а также систематическое несоблюдение законов и конституций. Легитимность подобных политических систем начинает расшатываться тем больше, чем сильнее политизируется общество и различные группы требуют расширения возможностей для участия в принятии политических решений. Коррумпированные режимы нередко отвечают на эту мобилизацию репрессиями, что может привести к эскалации вплоть до насилия воинственных групп. Кроме того, нередко – справедливо или несправедливо – в качестве пособника этих режимов рассматривается “Запад”, вследствие чего гнев обращается не только против собственного правительства, но и против “Запада”. Эти вполне популярные настроения соответствующим образом стимулируются экстремистами и идеологами и используются ими в собственных целях[3].

Территория распадающихся или распавшихся государств используется международными террористами для тренировок и планирования операций. Для этой цели идеально подходят отдаленные регионы, которые не поддаются или неохотно поддаются государственному контролю (no go areas). Поэтому привлекательны области, контролируемые локальными полевыми командирами, криминальными бандами или племенами (например, в Афганистане, Пакистане, Йемене, Сомали, Руанде).

Итогом проведенных по заказам многочисленных правительственных и неправительственных фондов исследований «нового облика» международного терроризма и его взаимосвязи с распадом государственности стал целый ряд выводов и практических рекомендаций экспертов, адресованных правительству США.

1. Поскольку несостоятельные государства выступают спонсорами международного терроризма, США должны выработать принципиально новые методы ведения войны с таким противником, включая

[1] J.Milliken, K.Krause, State Failure, State Collapse and State Reconstruction: Concepts, Lessons and Strategies // Development and Change. 2002. № 5. P. 753–774.

[2] Jacquard R. In the Name of Osama bin Laden: Global Terrorism and the bin Laden Brotherhood. Durham: Duke University Press. 2002 . P. 278.

[3] Ibid. P. 285.

нанесение *превентивных ударов* по их территории. По мнению П. Бремера, председателя Национальной комиссии по борьбе с терроризмом, Соединенные Штаты находятся в состоянии Третьей мировой войны. Это означает, что *в условиях военного времени прекращается действие многих ранее действовавших норм международного права, включая принцип невмешательства во внутреннюю компетенцию государств и соблюдение договорных обязательств*. Угроза ТТС одновременно национальной безопасности США и всему мировому сообществу потребует от американской дипломатии усилий по формированию широкого международного консенсуса по проблемам борьбы с терроризмом. Осуществление военно-силовых операций против государств-спонсоров терроризма силами международной коалиции во главе с США большинство экспертов считали единственным эффективным способом делегитимации террора[1].

2. В силу того, что «новым» террористам интересны прежде всего несостоятельные и распадающиеся государства, задачей американской внешней политики и всего международного сообщества должно стать укрепление государственных структур в этих странах. Концепция nation-building предлагала широкий спектр средств воздействия на распадающиеся государства с целью их превращения в *дееспособных*, эффективных, а главное, *ответственных участников нового миропорядка* – от экономической и финансовой помощи до оказания политического давления, направленного на то, чтобы ограничить возможности и легитимность данного государства, парализовать его в отдельных сферах военной и внешней политики, а в крайних случаях – добиваться смены правящего режима или политико-административного устройства страны, ее экономической, социальной и политической элиты[2].

Сценарии нового миропорядка, предлагаемые американской политологией после 11 сентября 2001 г., исходили из признания того, что глобализация не устраняет государства в качестве основных акторов международного права, а предъявляет к ним более высокие требования, диктуемые интересами поддержания мира, безопасности, стабильности и устойчивого развития. «Идеальным типом» (в веберовском смысле) государства, вписавшимся в контекст глобализации, может быть некоррумпированное, экономически состоятельное государство, принимающее сложившийся миропорядок и поддерживающее его своими действиями. Таким образом, новая система международных отношений воспринималась в категориях порядка, то есть высокой степени управляемости, гарантируемой соблюдением государствами пусть и новых, но вполне определенных правил, а не хаоса беспорядочной игры различных сил на мировой арене.

В отличие от большинства неоконсерваторов, международники-неолибералы, своеобразно интерпретировав итоги постмодернистского дискурса современности, сделали вывод об отсутствии какой-либо нормативности в современной мировой политике в силу сохраняющихся различий несоизмеримых между собой культур и ментальностей. Отсутствие ценностного консенсуса в отношениях государств было истолковано постмодернистами как подтверждение тревожного прогноза С. Хантингтона о нарастании конфликтности современного мира, в котором линии разломов проходят не по идейным (век идеологий закончился), а по этнорелигиозным и цивилизационным основаниям. Поставленная С. Хантингтоном проблема «Запад и другие» во внешнеполитических дискуссиях после окончания «холодной войны» превратилась в обсуждение проблемы «Америка и остальной мир».

Неолибералы, озабоченные неприятием американского мессианизма со стороны стран незападного типа развития, предупреждали правительство о недопустимости объявления крестового похода против исламского мира и действий по принципу «кто не с нами, тот против нас»[3]. По мнению профессора Ч. Купчана, ошибочное представление об универсализме американских политических ценностей и совпадении американского подхода к проблеме обеспечения миропорядка с видением новых принципов международного права другими государствами может загнать США в так называемую имперскую ловушку. Своими действиями по разгрому международного терроризма и его спонсоров Соединенные Штаты способны полностью уничтожить действующую систему международных институтов, союзов и норм, до сих пор обеспечивавших приемлемые для всех государств способы обеспечения мира и международной безопасности[4].

Свою озабоченность в связи с тем, что в американской политике разрушительные действия в отношении международного права превалируют над созидательными и тем самым ведут к усилению общей нестабильности и напряженности, высказал Д. Хендриксон. Действующее меж-

[1] Bremer P.L. A New Strategy for the New Face of Terrorism. // National Interest. Special Issue. 2001. P. 23–32.
[2] September 11th One Year On: Power, Purpose and Strategy in U.S. Foreign Policy // National Interest. № 69. Fall 2002.
[3] Chace J. Avoiding Empire // National Interest. № 69. Fall 2002.
[4] Kupchan Ch. Misreading September 11th // The National Interest. Fall 2002.

дународное право является плодом совместных дипломатических и интеллектуальных усилий всего мирового сообщества, поэтому его крах пошатнет не только мировую систему, но и авторитет Соединенных Штатов, стремящихся взамен демократической многосторонней системы создать имперский Pax Americana, а вместо коллективной системы безопасности – корпоративную[1].

В целом либеральная критика американского гегемонизма основывалась на недопустимости превращения демократического государства в «гарнизонное» и представления об Америке как мировом жандарме, присвоившем себе право на абсолютный суверенитет, отказав в аналогичном праве остальным участникам международной системы. Дилеммы американской политики глобального лидерства очень точно сформулировал П.Хэсснер, заявив, что перед США стоит выбор между либеральной гегемонией, ограниченной международным правом и авторитарным глобальным правлением[2].

Сторонники «рационального мирового лидерства» США в лице М. Макфолла, Дж. Айкенберри, М. Мандельбаума считали возрождение евангелистской риторики спасения человечества от мирового зла крайностью американской политики. Неолибералы призывали политиков помнить об уроках истории Римской империи, свидетельствующих о необратимой трансформации республиканских институтов в авторитарный режим правления и неминуемом крахе мировой империи под натиском варваров. Стратегия разумного лидерства в отличие от стратегии глобальной империи предполагает взаимодействие США с другими державами в решении задач распространения демократии и рыночной экономики, прежде всего в России и Китае, а затем и арабо-исламском мире, так как справиться с ними в одиночку Соединенные Штаты не смогут. Глобальная проблема nation-building не может быть решена только силой американского оружия и/или денег. Политика «исправления» преступных и/или «несостоятельных» государств требует применения методов коллективной принудительной дипломатии: посредничества международных организаций, манипулирования инвестициями и экономическими санкциями, заключения формальных, имеющих обязательную силу договоров, устанавливающих нормы контроля над вооружениями и нераспространением ОМУ[3].

Вместе с тем подавляющее большинство представителей американского академического сообщества сделало иные выводы из обсуждения проблем глобальной стратегии США в контексте нового миропорядка. Сам факт беспрецедентного и «уникального» глобального лидерства США в современном мире, их неоспоримое преимущество в военной мощи, торгово-экономической, информационно-технологической и культурной сферах международных отношений давали Америке законное право на преобразование мира по собственному образу и подобию. Признание авторитарного международного стиля США единственно возможной конфигурацией современного миропорядка объединило представителей всех школ и течений американской науки международных отношений – неолибералов и неоконсерваторов, изоляционистов и интернационалистов, способствуя созданию так называемого нео-нео консенсуса относительно целей и задач внешней политики США.

Своеобразным синтезом политики «расширения демократии» и либерального интернационализма, проводимой демократической администрацией Б. Клинтона, и курса республиканца Дж. Буша-мл. на противодействие государствам-изгоям («несостоятельным» (failed) режимам, странам «оси зла») стала стратегия унилатерализма, нацеленная на практическое использование военного превосходства США для одновременного обеспечения безопасности в условиях угрозы международного терроризма, американских национальных интересов и содействия победе либерально-демократических ценностей Запада в качестве универсальных. Американский унилатерализм был призван закрепить глобальное лидерство США как де-факто новой системы международного права.

Наиболее существенной проблемой американской внешней политики и науки международного права стало наведение порядка в международных отношениях XXI в. Поскольку в однополярном мире Новому Риму будет принадлежать исключительное право контроля и принуждения, то, по мнению большинства экспертов-международников, США вряд ли будут нуждаться в одобрении своих действий по наведению порядка в мировом сообществе со стороны союзников по НАТО и даже в мандате ООН. Сценарии потенциального противодействия американской гегемонии со стороны ЕС, России, Индии и Китая оценивались экспертами как маловероятные, а робкая критика американоцентризма руководителями Франции и Германии воспринималась как ностальгия по

[1] Hendrickson D. Toward Universal Empire. The Dangerous Quest for Absolute Security // The World Policy Journal. Vol. XIX. № 3. Fall 2002.

[2] Hassner P. Definitions, Doctrines and Divergences // The National Interest. Fall 2002.

[3] Mandelbaum M. The Inadequacy of American Power // Foreign Affairs. Vol. 81, № 5. September/October 2002.

Старой Европе, где приверженность многостороннему подходу и нормам международного права стала исторической традицией[1].

Сотрудник Фонда Карнеги Р. Каган полагал, что неприятие американского лидерства в новом миропорядке другими державами вызвано их слабостью и неспособностью участвовать на равных с Соединенными Штатами в обеспечении принудительного мирорегулирования. Вот почему старой Европе с моральной и материальной точки зрения выгоден коллективный подход и консенсус в Совете Безопасности ООН при решении проблем наказания преступных режимов, представляющих угрозу всеобщему миру. Наступательная политика нанесения Америкой упреждающих ударов в отношении государств «оси зла» оправдана объективными и субъективными обстоятельствами. Историческая миссия США – быть во главе крестового похода против сил мирового Зла – дополняется оценкой международного терроризма как новой угрозы. «Новый терроризм», исходящий из Афганистана и Ирака, угрожает в первую очередь Америке как лидеру «свободного мира», способного реально уничтожить преступные режимы, рвущиеся к обладанию ОМУ. Сравнивая США и Европу как «шерифа» и «держателя салуна», Р. Каган полагал, что, стремясь уничтожить бандитов, шериф полагается только на силу собственного оружия, а не на помощь держателя салуна, который редко подвергается нападению. В соответствии с этой аналогией Соединенные Штаты, по мнению Р. Кагана, никогда не откажутся от применения вооруженного насилия к нарушителям международного права и будут выступать в качестве главной принудительной силы («ultimate enforcer»). Выполнять эту историческую миссию США могут и в одиночку, и уже подтвердили это своими действиями в Персидском заливе, Афганистане и Ираке, где военная и материальная помощь их союзников была несущественной[2].

Своими действиями в Югославии, Афганистане и Ираке, односторонним выходом из ключевых договоров по обеспечению всеобщей безопасности (ПРО, ДВЗЯИ) США вынесли на повестку дня мирового сообщества вопрос о ревизии нормативных принципов и институциональной основы мирового правопорядка. По существу речь идет о том, по какому праву и в каком формате будут решаться принципиальные вопросы мировой политики: на базе всеми приемлемых универсальных правил человеческого общежития, закрепленных в Уставе ООН, посредством коллективных действий государств в многостороннем режиме с привлечением миротворческих сил ООН и на основе ее мандата, либо на основе согласия «доброжелательного гегемона» решить проблему с помощью американской мощи и временных коалиций, состав и условия деятельности которых определяются Соединенными Штатами.

Представление о доминирующей роли США в составе антитеррористической коалиции и праве «мирового шерифа» самостоятельно сформулировать ее цели, масштабы и методы уже в 2001 г. озвучил министр обороны Д. Рамсфелд, заявивший, что «миссия определяет коалицию, а не наоборот». Возведение unilateralism'a (односторонности) в разряд ведущих принципов внешнеполитической стратегии обозначило отход администрации Дж. Буша-мл. от базовых установок доктрины «сдерживания» и концепции баланса сил, определявших поведение США на мировой арене в течение всего послевоенного периода. Тем самым «доктрина Буша», провозгласившая принцип американской исключительности нормой жизни цивилизованного сообщества наций, отразила стремление США к глубокой ревизии не только собственных военных и внешнеполитических доктрин, но и правовой базы современного миропорядка[3].

Основные положения правительственной доктрины были высказаны президентом в ежегодном послании Конгрессу «О положении нации» 29 января 2002 г., получили закрепление в «Стратегии национальной безопасности», представленной на рассмотрение Конгрессу 17 сентября 2002 г. Новая стратегия национальной безопасности предполагала использование Соединенными Штатами как односторонних, так и многосторонних ответов на вызов международного терроризма. Многосторонний ответ в ООН и в других международных организациях странам-спонсорам терроризма США осуществляли в двух направлениях: оперативного принятия международных и внутринациональных законодательных мер по пресечению финансирования террористической деятельности и квалификации международных террористов как «врагов человечества», угрожающих миру так же, как и «классические» агрессоры.

---

[1] Schmitt G. A Case of Continuity // The National Interest, Fall 2002.

[2] Kagan R. Power and Weakness // Policy Review. June/July 2003.

[3] Gaddis J.L. A Grand Strategy of Transformation // Foreign Policy, November-December 2002; Gaddis J. L. Grand Strategy in the Second Terrm // http://www.foreignaffairs.org/20050101faessay84101/john-lewis-gaddis/grand-strategy-in-the-second-term.html

В заявлении самого президента и членов его кабинета (К. Райс, К. Пауэлла, Д. Рамсфелда) достижение цели «защиты, поддержания и укрепления мира» было поставлено в зависимость от успехов многостороннего сотрудничества США со странами «Большой восьмерки», международными институтами и организациями. В то же время в решении приоритетной задачи – силового противодействия терроризму путем «превентивных и упреждающих ударов» – Америка оставила за собой право действовать самостоятельно. Интеграция триады ("counter-terrorism", "counter-proliferation", "prevention") стала своеобразным решением американской администрацией дилеммы демократии и безопасности, защиты американских национальных интересов в формате многостороннего международного сотрудничества и односторонних силовых действий США.

В практической реализации «доктрины Буша» условно выделяют два этапа, водоразделом которых стала война США против Ирака весной 2003 г. Начиная с осени 2001 г. и вплоть до начала операции в Ираке США стремились к легитимации собственного видения принципов и методов борьбы с угрозой международного терроризма в глазах всего мирового сообщества. Американские дипломаты добились значительных успехов в одобрении ООН расширительной интерпретации права на самооборону – единственного исключения из принципа неприменения силы или угрозы силой, легализованного в ст. 51 Устава ООН. Отстаивая свое право на использование военной силы в целях защиты от угрозы международного терроризма посредством коллективных (в составе антитеррористической коалиции) и односторонних действий, США добились от Совета Безопасности принятия резолюций, квалифицирующих удар 11 сентября 2001 г. как «вооруженное нападение». Это позволило США, ссылаясь на резолюции СБ ООН от 12 и 28 сентября 2001 г., объявить операцию возмездия в Афганистане реализацией права *на самооборону и в отношении частных лиц*, то есть членов террористической сети Аль-Кайды, и в отношении «преступного режима» Талибан, покровительствующего террористам. Добившись признания «любого акта международного терроризма угрозой миру и безопасности» (в соответствии с резолюцией 1368 СБ ООН), американские представители в ООН начали борьбу за обоснование *правомерности превентивной войны с международным терроризмом* посредством нанесения *упреждающих ударов* по базам Аль-Кайды и других организаций из «черного списка», утвержденного ГА ООН[1].

Сторонники использования права на упреждающую и превентивную самооборону часто ссылались на международную правоприменительную практику самих США, в частности, на «дело Кэролайн», на основе которого была сформулирована доктрина Д. Уэбстера, позволяющая использовать вооруженную силу в упреждающем порядке для отражения угрозы нападения. «Формула Кэролайн» предъявляет достаточно жесткие условия для обоснования права на упреждающую самооборону стороной, применяющей это право: доказательства реальности надвигающейся угрозы вооруженного нападения, неотложности и непреодолимости использования силы в процессе самообороны по причине отсутствия времени для размышления и возможности выбора иных средств защиты от нападения, соответствия (пропорциональности) мер самообороны характеру и степени угрозы.

В целом использование понятия легитимной обороны для оправдания военного вмешательства приводит, по мнению юристов-международников, к вопросам, на которые трудно дать однозначный ответ. Двусмысленность политического лексикона, при помощи которого обозначается институт легитимной обороны, не позволяет дать точного определения субъекта, против которого может быть направлено его действие. Юристы-международники до сих пор спорят о том, можно ли государству, подвергнувшемуся удару террористов, применить вооруженную силу против негосударственного субъекта (например, Аль-Кайды), не нарушив при этом суверенного права и территориальной целостности какого-либо другого государства, которое «совершенно ни при чем»? В условиях невозможности точной идентификации нападающего возникает проблема адресата права на самооборону.

Не менее спорным является вопрос о том, когда могут быть задействованы оборонительные меры и когда потенциальная опасность перерастает в прямую и явную угрозу. Важнейшим условием правомерности обращения к легитимной обороне является соответствие реакции намеченной цели – предания правосудию ответственных лиц и побуждение поддерживающих их государств к соблюдению норм международного права. С этой точки зрения наиболее эффективна «самооборона без оружия» – использование соглашений об экстрадикции в целях наказания виновных по решению национального суда или международного трибунала. Осуществлению международной юрисдикции в

[1] Райс К. Баланс сил в пользу свободы. Электронный журнал госдепартамента США. Т. 7. № 4. Декабрь 2002 // http://usinfo.state.gov/journals/itps/1202/ijpr/ijpr1202.htm

отношении виновных в преступлениях международного терроризма препятствует отсутствие подобного состава в перечне преступлений, подсудных Международному Уголовному суду, Устав которого (Римский статут) по иронии судьбы Соединенные Штаты отказались ратифицировать.

Предвидя возможную критику военных аспектов своей стратегии и характера ее реализации в контртеррористических операциях против Ирака с позиций действующего международного права и отсутствия консенсуса относительно превентивного применения силы, американские политики и эксперты предпочли объявить существующие нормативные и институциональные основания права международной безопасности не адекватными современной ситуации и новым угрозам миру. Противопоставляя свой подход к решению глобальных проблем современности «историзму» международного права, США отождествляли право ООН с юридической казуистикой, негибкой и неэффективной в современных условиях. Ссылаясь на печальный опыт бездействия Лиги Наций перед лицом фашистской угрозы и трагедию Мюнхена, американские стратеги заявляли, что впредь они никогда не допустят ситуации, когда потенциальная угроза превратится в реальную и предотвратить ее легальными и легитимными средствами будет невозможно. Анализируя проведенные под флагом ООН операции по мирному урегулированию кризисов 1990-х гг. в Боснии, Руанде, Сербии, Ираке, американские эксперты пришли к выводу о том, что мировому сообществу следовало применить силу раньше и решительнее. В сложной ситуации выбора между «принципом Мюнхена» и «принципом Зорро» США будут действовать оперативно и решительно, не задумываясь о юридической безупречности своей политики прекращения насилия с позиции силы[1].

Глобальная стратегия *свободы* от угрозы террористического *нападения* в конечном счете трансформировалась в стратегию *свободы для нападения* и нанесения решительных ударов по международному терроризму в любой точке мира во имя сохранения мира во всем мире.

События последних лет продемонстрировали тенденцию легитимации одностороннего подхода США к решению проблем международной безопасности ex post. Очевидный успех силового разоружения С. Хуссейна в результате операции «Шок и трепет», намерение администрации Дж. Буша сотрудничать с ООН в деле восстановления и демократизации государственных институтов Ирака были восприняты как возвращение США к традиции трансатлантической солидарности. Американские международники, призывая к усвоению уроков недавней истории, напомнили миру об успехе политики США в отношении нацистской Германии и милитаристской Японии, которые, как и современный Ирак, осуществили переход к демократии и ответственной международной политике после нескольких лет оккупации. Возможно, в случае успешного послевоенного восстановления Ирака легитимность односторонних действий США в этой стране будет признана мировым сообществом ретроспективно[2].

Освободительная борьба американской силовой дипломатии с ограничениями действующего международного права расценивается большинством экспертов как новаторский проект международного права будущего, восполняющего многочисленные пробелы «исторического» права ООН. В ежегодном докладе директора СИПРИ (Стокгольмского института исследований проблем мира) А. Бейлис «Уроки иракского кризиса» признается, что мировому сообществу следовало раньше и решительнее применять силу для разрешения кризисов в Боснии, Сербии, Руанде или Ираке. Действия США в Ираке поставили перед международными институтами проблему создания модели многослойной, многофункциональной политики борьбы с распространением ОМУ, сочетающей *глобальные и локальные, юридические и оперативные* (выделено мною. – О.И.) меры воздействия на «преступные» государства[3].

Глобализация как процесс перехода от Вестфальской системы международных отношений, основанной на признании светского национального государства главным актором международного права, к новой системе миропорядка, поставила перед правительствами и экспертами множество проблем международно-политического и международно-правового характера. Отказ от признания этноконфессионального и социокультурного многообразия современного мира в пользу американской гегемонии свидетельствует о серьезных изменениях в структуре формирующегося миропорядка. Главный вызов глобализации связан с изменением юридической природы государства, его социокультурной и идейно-политической идентичности, внутренней и международной право-

[1] Ikenberry J. America's Imperial Ambition // Foreign Affairs. September-October 2002.
[2] Fukujama F. Moment of Conservatism. // The National Interest. № 76. Summer 2004.
[3] Бейлис А. Дж. Уроки иракского кризиса // МЭМО. № 9. 2004. С. 72–73.

способности. Ответ на этот вызов в современных условиях невозможен без серьезной ревизии социальных и внешнеполитических функций государства, выявления соотношения национального и международного права, защиты институтов гражданского общества и правового государства. В условиях становления глобального миропорядка особенно важно признание его легитимности всеми членами мирового сообщества, а это возможно лишь на основе приверженности принципу международной ответственности государства за соблюдение общепризнанных правил поведения на мировой арене. Независимо от того, что будет признано в качестве приоритета в международной деятельности государства – содействие демократии и соблюдению прав и свобод человека либо обеспечение международной безопасности, их достижение должно основываться на *формальных нормах и процедурных правилах, коллективно разработанных и принятых всеми странами – членами мирового сообщества* . Только в этом случае международная ответственность государства станет основой перехода от корпоративной к коллективной системе международной безопасности и стабильному прочному миру.

V.P. Talimonchik

Signs of globalization in informational sphere and new tasks for international law

В.П. Талимончик

Проявление глобализации в информационной сфере и новые задачи для международного права

В статье раскрывается концепция информационного общества, анализируется его правовая основа. Автор констатирует, что под воздействием новых информационных технологий изменилось содержание права человека на информацию, у индивида в информационной сфере появились новые правомочия; показывает, как изменяются принципы, регулирующие международный информационный обмен, характеризует деятельность постоянно действующих международных механизмов по реализации концепции информационного общества. Автор отмечает тенденцию запоздалого регулирования достижений научно-технического прогресса и аргументирует необходимость унификации правил в сфере использования информационно-коммуникационных технологий.

The article discusses the conception of the informative society, analyzes its legal basis. The author states that the content of human right to the access to information changed under the influence of the new informational technologies; the human being gains new rights in the sphere of information; also he presents the way the principles which regulate the international exchange of information are changing; gives the characteristics of the constantly operating international mechanisms, which realize the conception of the informative society. The author also highlights the tendency of the retarded regulation of the modern scientific technical progress achievements and gives arguments in favor of the need of the unification of the rules in the sphere of informational communicative technologies usage.

Во второй половине XX в. в сфере международного обмена информацией произошли процессы, оказавшие влияние на всю систему международных отношений. Во-первых, все большее распространение получили технологии электронных коммуникаций. Обмен информацией стал опосредовать политические, экономические и культурные отношения. Например, в связи с распространением электронных документов появилась электронная коммерция как отдельный институт предпринимательской деятельности.

Во-вторых, с распространением технологий электронных коммуникаций информационная сфера стала приобретать все более глобальный характер. На данный момент любое лицо потенциально имеет доступ к информации, находящейся в глобальной компьютерной сети Интернет. Сеть превратилась не только в средство информации, но и коммуникации. Любой пользователь может запрашивать информацию, вести ее активный поиск.

Возрастание роли информационного обмена во всех сферах жизни общества позволило сделать вывод о формировании новой социальной структуры, которая ассоциируется с возникновением нового способа развития – информационализма, исторически сформированного перестройкой капиталистического способа производства к концу XX в.[1]

На данный момент в международных документах уже сделан вывод о том, что в современном мире создано информационное общество. В Плане действий Всемирного саммита по информационному обществу от 12 декабря 2003 г.[2] указано, что информационное общество – это эволюционирующая структура, которая, отражая различные стадии развития, достигла различных уровней в разных странах мира.

На вопрос о том, существует ли глобальное информационное общество, ответить достаточно сложно. С одной стороны, интенсивное развитие электронных коммуникаций дает возможность обосновать если не существование глобального информационного общества, то его формирование в относительно недалекой перспективе.

© В.П. Талимончик, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Candidate of legal sciences, associate professor of Saint-Petersburg State University Law faculty chair of international law.

[1] Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество и культура. М., 2000. С. 37.

[2] Материалы Всемирного саммита по информационному обществу см. в сборнике: Всемирный саммит по информационному обществу. СПб., 2004. 135 с.

С другой стороны, сохраняются значительные диспропорции в уровне развития технологий электронных коммуникаций в различных государствах. Вместе с тем одинаково высокий уровень развития таких технологий в различных государствах – идеальная цель, достижение которой вряд ли возможно.

Представляется, что понятие «глобальное информационное общество» можно использовать для характеристики тех глобальных информационных процессов, которые происходят в современном мире. С одной стороны, его можно охарактеризовать как совокупность представлений о том, какой должна быть система международных отношений под влиянием развития технологий электронных коммуникаций.

В материалах Всемирного саммита по информационному обществу можно найти те параметры, которым должно отвечать глобальное информационное общество. Это и всеобщий доступ к информационно-коммуникационным технологиям (ИКТ) для всех, и культурное разнообразие, и преодоление цифрового разрыва и т.п.

С другой стороны, ИКТ уже внедряются во всех государствах, а отдельные государства давно пришли к мысли о том, что необходимо найти концептуальное обоснование информационных процессов, происходящих в обществе. Так, например, еще в 1993 г. правительство США выпустило доклад о плане развития национальной информационной инфраструктуры. Европейское сообщество с 1994 г. поставило задачу построения информационного общества в число наиболее приоритетных[1]. В Плане действий Всемирного саммита по информационному обществу говорится о том, что каждое государство должно иметь свою национальную электронную стратегию. На данный момент глобальное информационное общество предстает как формирующаяся система международных отношений в информационной сфере, требующая адекватного развития правового регулирования.

Таким образом, глобальное информационное общество следует рассматривать в двух аспектах – как идеальную модель общественных отношений, в рамках которой будет реализован доступ к ИКТ для всех; как реально существующую систему международных отношений, направленных на дальнейшее развитие ИКТ с целью их применения во всех сферах жизни общества.

Следует отметить, что концепция глобального информационного общества уже оказала определенное влияние на международное право.

Во-первых, изменилось содержание права человека на информацию. Во-вторых, сформировались новые принципы правового регулирования международного информационного обмена. В-третьих, заключены отдельные международные договоры, которые следует отнести к правовой основе глобального информационного общества.

Для рассмотрения вопроса об изменении содержания права человека на информацию необходимо обратиться к международным документам. Статья 19 Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г.[2] предусматривает, что каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ. Таким образом, в качестве составной части свободы выражения убеждений закреплена свобода искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ. Пункт 2 ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.[3] дополняет, что получать и распространять информацию можно устно, письменно, посредством печати или художественных форм выражения или иными способами по своему выбору.

Таким образом, за индивидом была закреплена свобода искать, получать и распространять информацию, то есть своими действиями реализовывать свое право на участие в информационном обмене. Государство при этом не должно было создавать препятствий для свободного поиска информации.

В Декларации принципов, принятой на Всемирном саммите по информационному обществу «Построение информационного общества – глобальная задача в новом тысячелетии» от 12 декабря

---

[1] Информационное общество: Информационные войны. Информационное управление. Информационная безопасность / Под ред. М.А. Вуса. СПб., 1999. С. 6.

[2] Международное публичное право: Сборник документов. Т. 1. М., 1996. С. 460–464.

[3] Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXII. М., 1978. С. 44–58.

2003 г. при определении информационного общества установлено, что каждый должен иметь возможность создавать информацию и знания, иметь к ним доступ, пользоваться и обмениваться ими. Таким образом, закреплены новые правомочия индивида – на создание информации, на доступ к ней и ее использование. Появление этих новых правомочий объективно связано с развитием ИКТ. В настоящее время каждый может потенциально создать свой сайт и размещать на нем любую правомерную информацию. Доступ и использование информации также связаны с возможностями ИКТ, обеспечивающими доступ к информации в индивидуально избранном месте и времени.

Если ранее государство не должно было препятствовать в получении информации, то в настоящее время оно должно обеспечить доступ к ней. В упомянутой Декларации принципов зафиксировано, что обеспечение каждому возможности иметь доступ к информации, идеям и знаниям и вносить в эти области свой вклад является необходимым элементом открытого для всех информационного общества.

Для этого государства должны регулировать деятельность провайдеров таким образом, чтобы обеспечить защиту прав и интересов пользователей.

Кроме того, само государство создает информацию, относящуюся к публичному достоянию. В Декларации принципов указано: «Наличие обширного публичного достояния – важнейшая составляющая развития информационного общества, обеспечивающая такие многочисленные преимущества, как получение населением образования, создание новых рабочих мест, инновационная деятельность, открытие перспектив в хозяйственной сфере и научный прогресс. Информация, относящаяся к публичному достоянию, должна быть легкодоступной в интересах развития информационного общества и должна быть защищена от незаконного присвоения. Следует укреплять публичные учреждения, такие как библиотеки и архивы, музеи, собрания культурных ценностей и другие коллективные пункты доступа, с тем чтобы содействовать сохранению документальных записей и свободному и равноправному доступу к информации».

Государства должны обеспечивать саму возможность доступа к информации путем повышения образовательного и культурного уровня населения. Отдельное внимание следует уделить распространению знаний о новых технологиях, их возможностях, а также распространению навыков работы с новыми технологиями.

Таким образом, в информационном обществе индивид получил ряд новых правомочий в информационной сфере, а за государством закреплены дополнительные обязательства по обеспечению доступа к информации. Документы Всемирного саммита по информационному обществу определяют те параметры развития, которых должны придерживаться государства. То, что соответствующие положения зафиксированы на международном уровне, свидетельствует о возможности выработки единообразного подхода к содержанию права на информацию. Создаются возможности для формирования единообразной практики государств и, как следствие соответствующих международных обычаев.

Что касается изменения специальных принципов, регулирующих международный информационный обмен, то появление новых из них связано с достижениями научно-технического прогресса.

28 ноября 1978 г. Генеральной конференцией ЮНЕСКО г. была принята Декларация об основных принципах, касающихся вклада СМИ в укрепление мира и международного взаимопонимания, в развитие прав человека и в борьбу против расизма и апартеида и подстрекательства к войне, которая в правовой доктрине рассматривалась как документ, сформулировавший «принципы, которыми должны руководствоваться государства при распространении информации»[1]. В указанном документе перечислены следующие принципы:

- принцип свободного, широкого и сбалансированного распространения информации;
- принцип, согласно которому осуществление свободы мнения, выражения и информации является существенным фактором укрепления мира и международной безопасности;
- принцип, определяющий, что доступ общественности к информации должен гарантироваться разнообразием доступных ей источников и средств информации;
- принцип, в соответствии с которым средства информации должны вносить вклад в укрепление мира и международного взаимопонимания и в борьбу против расизма, апартеида и подстрекательства к войне, и другие принципы.

Данные принципы обладают достаточно широким нормативным содержанием, они отражают основную роль СМИ в современном мире. Однако в Декларации принципов, принятой 12 декабря

[1] Галенская Л.Н. Музы и право: правовые вопросы международного сотрудничества в области культуры. Л., 1987. С. 45.

2003 г. на Всемирном саммите по информационному обществу, сформулированы иные положения в качестве принципов, и преемственности между документами не наблюдается.

Декларация принципов от 12 декабря 2003 г. предусматривает, что для обеспечения того, чтобы каждый получал выгоды от преимуществ информационных технологий, все участники должны работать совместно для того, чтобы обеспечить доступ к информационной и коммуникационной инфраструктурам, а также к информации и знаниям, возможность создания информационного общества; усилить конфиденциальность и безопасность при использовании информационных технологий и т.д. Соответствующие направления сотрудничества участников саммита были указаны как ключевые принципы создания информационного общества.

Проанализировав Декларацию, можно сделать вывод о том, что при ее принятии не преследовалась цель формирования специальных принципов международного информационного обмена. Участники саммита сформулировали те принципы, которыми они были готовы руководствоваться при создании информационного общества. Тем не менее в настоящее время сложно представить международный информационный обмен без новых компьютерных технологий. Соответственно, можно говорить о том, что под воздействием новых информационных технологий постепенно изменяются принципы международного информационного обмена.

Декларация принципов, принятая на Всемирном саммите, содержит следующие принципы:

- принцип доступа к информационной и коммуникационной инфраструктуре и технологиям, а также к информации и знаниям;
- принцип упрочения возможности создания информационного общества;
- принцип конфиденциальности и безопасности при использовании информационных компьютерных технологий;
- принцип создания соответствующей среды для информационного общества;
- принцип развития и распространения ИКТ;
- принцип этического измерения информационного общества;
- принцип обеспечения международного и регионального сотрудничества при создании информационного общества.

В Декларации содержатся отдельные положения, касающиеся нормативного содержания указанных выше принципов, весь раздел «В».

На данный момент имеется ряд аргументов в пользу довода о том, что соответствующие положения Декларации принципов, принятой на Всемирном саммите по информационному обществу, следует рассматривать в качестве специальных принципов международного информационного обмена.

Концепция глобального информационного общества из теоретического построения давно перешла в практическую плоскость. Различные элементы структуры информационного общества можно наблюдать в различных государствах. Показательный пример – развитие сети Интернет, количество пользователей которой в мире на март 2006 г. было 694 260 000 человек[1]. Столь же широко развиваются и иные услуги информационного общества – телефония, кабельное телевидение и т.п. Таким образом, современную систему отношений информационного обмена невозможно представить без технических средств. Практическое воплощение концепции информационного общества способствует практическому применению принципов, на которых эта концепция построена, и появлению соответствующих международных обычаев.

Следует отметить, что между нормативным содержанием ранее действующих принципов и появившихся в Декларации принципов 2003 г. нет противоречия. Так, например, принципу свободного, широкого и сбалансированного распространения информации и принципу, определяющему, что доступ общественности к информации должен гарантироваться разнообразием доступных ей источников и средств информации, соответствует принцип доступа к информационной и коммуникационной инфраструктуре и технологиям, а также к информации и знаниям.

Возможно, что речь может идти не о появлении новых принципов, радикально изменяющих систему правового регулирования международных информационных отношений, а об уточнении нормативного содержания уже существующих принципов, его приспосабливании к условиям научно-технического прогресса. В определенной части так и происходит.

Однако потребности научно-технического прогресса выдвинули в качестве принципиальных и ряд существенно новых положений. Например, это касается принципа конфиденциальности и безопасности

[1] www.sunhome.ru/journal/12490 (2008. 2 апреля).

при использовании информационных компьютерных технологий. С использованием технологий электронных коммуникаций появились новые противоправные явления, ранее не известные правовым системам. При этом в правовой доктрине отношение к отдельным негативным последствиям научно-технического прогресса еще окончательно не определено. Так, например, существует мнение, что потенциальная опасность кибертерроризма сильно преувеличена. Шнайер Брюс полагает, что преувеличенное внимание к угрозе кибертерроризма отвлекает от настоящих проблем, связанных с кибербезопасностью[1]. А. Астахов проводит обзор основных мифов, связанных с кибертерроризмом, и приходит к выводу о том, что крайне редко кибертерроризм может нарушить системы жизнеобеспечения и привести к гибели людей. Для этого кибертеррористы должны получить не только доступ к определенным системам, но и обладать специальными техническими навыками и знаниями[2]. Однако наличие киберпреступности как таковой никто не оспаривает. С появлением новых угроз международной безопасности, безопасности отдельных государств, организаций и индивидов появилась необходимость в формировании принципиальных положений, касающихся безопасности использования ИКТ.

Таким образом, в международно-правовом регулировании информационного обмена наблюдается уникальный процесс постепенного изменения системы специальных принципов.

На универсальном и региональном уровнях постепенно формируется договорная основа информационного общества. При этом особенности этого процесса таковы, что основной массив нормативных документов сосредоточен на региональном уровне.

Показательным в отношении регулирования на региональном уровне является пример Совета Европы. В рамках Совета Европы принят ряд конвенций по регулированию международного обмена электронными данными. Исторически первой была Конвенция о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера от 28 января 1981 г.[3] Цель Конвенции состоит в обеспечении на территории каждой стороны для каждого физического лица независимо от его гражданства или местожительства уважения его прав и основных свобод, в частности, его права на неприкосновенность частной жизни в отношении автоматизированной обработки касающихся его данных личного характера.

4 октября 2001 г. в Москве Советом Европы была принята Конвенция об информации и правовом сотрудничестве относительно «услуг информационного общества»[4]. В конвенции под «услугами информационного общества» понимаются любые услуги, обычно оказываемые за вознаграждение на расстоянии посредством электронных средств и по индивидуальному требованию получателя услуг. Таким образом, электронная передача данных, включая распространение информации посредством Интернет, подпадает под действие конвенции.

По своему содержанию конвенция достаточно лаконична. Она не регулирует условия предоставления услуг информационного общества, доступ к информации и иные значимые вопросы. Положения конвенции направлены на достижение гармонизации правового регулирования услуг информационного общества. Она предусматривает информационный обмен проектами нормативных актов, направленных на регулирование услуг информационного общества.

С предыдущей конвенцией тесно связана Европейская конвенция о правовой защите услуг, предполагающих ограниченный доступ от 24 января 2001 г.[5] Конвенция касается услуг в области вещания и информационных услуг, оказываемых за плату и имеющих ограниченный доступ. Цель конвенции заключается в том, чтобы поставить вне закона на территориях сторон ряд видов деятельности, которые открывают несанкционированный доступ к находящимся под защитой услугам, а также сблизить законодательство сторон в этой области.

Специальным вопросам в области международного информационного обмена посвящена и Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации от 23 ноября 2001 г.[6]

---

[1] http://e-commerce.com.ua/850 (2007. 13 нояб.).

[2] Астахов А. Реалии и мифы кибертерроризма // http://www.osp.ru/os/2003/05/183045/ (2007. 13 ноября).

[3] Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 106–114.

[4] Текст конвенции см.: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=180&CM=8&DF=4/26/2006&CL=ENG (2008. 21 апр.)..

[5] Текст конвенции см.: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=178&CM=8&DF=4/26/2006&CL=ENG (2008. 21 апр.).

[6] Текст конвенции см.: http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=4/26/2006&CL=ENG (2008. 21 апр.).

В рамках СНГ действует Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации от 1 июня 2001 г.[1]

В ряде соглашений, заключенных в рамках СНГ, электронная передача документов предусматривается наряду с другими способами информационного обмена. Об электронных документах упоминается в ст. 6 Соглашения об обмене информацией в сфере образования государств-участников Содружества Независимых Государств 2001 г., ст. 4 Соглашения о правовом режиме информационных ресурсов пограничных войск государств-участников Содружества Независимых Государств 1998 г., ст. 2 Соглашения о свободном доступе и порядке обмена открытой научно-технической информацией государств-участников Содружества Независимых Государств 1998 г. и т.д.

Таким образом, регулирование обмена электронными данными в рамках СНГ носит ограниченный характер по сравнению с подобным регулированием в рамках Совета Европы. Сходство заключается только в наличии конвенции о компьютерной преступности. Иные вопросы в рамках СНГ не регулируются.

На универсальном уровне возможность использования технологий электронных коммуникаций учитывается Конвенцией ООН об использовании электронных сообщений в международных контрактах от 23 ноября 2005 г.

Конвенция содержит общее правило о признании юридической силы электронных сообщений. Также она предусматривает правило, согласно которому электронные сообщения приравниваются к письменным. Единственным условием для признания электронных сообщений письменными является доступность информации для ее последующего использования.

Косвенное отношение к концепции глобального информационного общества имеет Конвенция об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения, принятая в рамках ЮНЕСКО 20 октября 2005 г.[2] В преамбуле конвенции говорится о том, что культурное разнообразие укрепляется в результате свободного распространения идей и что оно обогащается благодаря постоянным обменам и взаимодействию между культурами; свобода мысли, выражения мнений информации, а также многообразие средств информации создают условия для расцвета форм культурного самовыражения в обществах. Далее в Конвенции говорится о принципах, которыми должны руководствоваться государства при обеспечении разнообразия форм культурного самовыражения, а также о мерах, принимаемых государствами.

Влияние ИКТ на обеспечение культурного и языкового разнообразия обсуждалось в рамках Всемирного саммита по информационному обществу.

Следует отметить, что такое влияние имеет и позитивные, и негативные аспекты. С одной стороны, ИКТ предоставляют новые цифровые возможности, во многом уникальные. Отдельные национальные группы, национальные меньшинства могут заявить о себе всему миру – создавать сайты и распространять информацию о себе в сети Интернет. С другой стороны, в Интернете используется ограниченное количество языков, а английский язык продолжает доминировать[3], что затрудняет международный культурный и информационный обмен с использованием цифровых средств. Кроме того, редкие языки непонятны для большинства пользователей Интернета, что ограничивает их использование.

В рамках Всемирного саммита по информационному обществу итоговый отчет председателя круглого стола 2 «Разнообразие в киберпространстве» содержал указание на неоднозначное разрешения проблемы разнообразии контента.

В отчете отмечено, что частный сектор сам по себе не может добиться разнообразия контента. В связи с этим подчеркивалась роль университетов и неправительственных организаций для обеспечения культурного разнообразия.В качестве предпосылки разнообразия определена свобода слова. Ряд выступающих подвергли критике концентрацию СМИ в глобальном масштабе. Для обеспечения демократии и диверсификации контента следует не допускать того, чтобы крупные медиаконцерны контролировали доступ к информации.

В результате дискуссии участники выдвинули ряд конкретных предложений:

[1] Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. N 1(37). С. 138–145.

[2] Текст конвенции см.: http://www.ifap.ru/ofdocs/index.htm#unesco (2008. 21 апр.).

[3] Культурное и языковое многообразие в информационном обществе. СПб., 2004. С. 8.

– добиться того, чтобы такие поисковые машины, как Google, учитывали необходимость обеспечения местных языков, расширить их потенциал поиска контента на таких языках;

– принять меры по содействию разработке и использованию средств машинного перевода;

– разработать международную конвенцию по защите от спама;

– рассмотреть вопрос о разработке международных конвенций, которые дали бы пользователям возможность применять существующий контент в качестве основы, не нарушая при этом действующее законодательство по авторским правам.

Электронная информация может являться культурным достоянием. В Хартии о сохранении цифрового наследия[1], принятой на 32-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО в октябре 2003 г., цифровое наследие рассматривается как общее наследие человечества. Оно охватывает ресурсы в области культуры, образования, науки и управления, а также информацию технического, правового, медицинского и другого характера, созданную в цифровом виде или переведенную в цифровую форму из существующих аналоговых ресурсов.

Несмотря на то, что в Конвенции ЮНЕСКО не содержится определенных мер по обеспечению культурного разнообразия в киберпространстве, те общие меры, которые в ней есть, применимы и к цифровой среде.

Рассмотренные международные договоры составляют правовую основу информационного общества. Они создают унифицированные правила в сфере использования ИКТ, стабильный правовой режим. Применение указанных международных договоров в комплексе способствует реализации задач информационного общества: использованию возможностей цифровых технологий, преодолению электронно-цифрового разрыва и др.

Однако следует сделать вывод о том, что правовые проблемы информационного общества достаточно ограниченно регулируются международными договорами. На универсальном уровне урегулирована только электронная торговля. На региональном уровне – защита личной информации, услуги информационного общества и компьютерная преступность.

В таких условиях основное внимание должно быть уделено механизмам международных конференций и международных организаций, на которых обсуждаются проблемы информационного общества и вырабатываются конкретные меры по практическому воплощению концепции глобального информационного общества.

В рамках Всемирного саммита по информационному обществу были созданы постоянно действующие механизмы для проведения в жизнь документов, принятых на Женевской и Тунисской встречах. В настоящее время Всемирный саммит по информационному обществу еще не приобрел черты международной организации. Однако наличие постоянно действующих механизмов отличает его и от международной конференции. Всемирный саммит можно рассматривать как особую форму сотрудничества государств, как форму работы постоянных международных органов.

Для имплементации документов Всемирного саммита по информационному обществу проводятся периодические встречи по направлениям деятельности, изложенным в Плане действий от 12 декабря 2003 г. Постоянно работают такие направления, как, С1 «Роль правительств и всех участников для обеспечения использования ИКТ в целях развития», С2 «Информационная и коммуникационная инфраструктура как необходимая основа информационного общества», С3 «Доступ к информации и знаниям» и др. Всего создано 11 направлений. В рамках этих направлений рассматриваются вопросы международного сотрудничества по отдельной тематике, что позволяет уделить пристальное внимание всем аспектам информационного общества. Встречи по направлениям происходят достаточно часто, приблизительно раз в месяц. Иногда несколько направлений собирается на совместную встречу.

Периодически в рамках Всемирного саммита по информационному обществу Исполнительный секретариат Всемирного саммита готовит сводные отчеты о реализации Плана действий. Так, в отчете от 19 октября 2005 г.[2] были зафиксированы те достижения, которых удалось достичь в процессе имплементации решений Всемирного саммита. Например, по направлению С1 «Роль правительств и всех участников для обеспечения использования ИКТ в целях развития» принят ряд мер как на национальном, так и на международном уровне. Так, например, ряд государств приняли национальные электронные

[1] Культурное и языковое многообразие в информационном обществе. СПб., 2004. С. 89–96.

[2] Текст см.: http://www.itu.int/wsis/documents/doc_multi.asp?lang=en&id=2167|0 (2008. 3 апр.).

стратегии. В Австралии это Национальная стратегия Австралии по широкополосным сетям, которая была разработана в результате партнерства между Федеральным правительством Австралии и правительствами штатов и территорий в целях формулирования и координации политики между различными уровнями государственного управления.

Электронная стратегия Австрии сосредоточена на принципах доступности, функциональной совместимости, открытых интерфейсов, использования стандартов, признанных на международном уровне, технологической нейтральности, безопасности, прозрачности и масштабируемости. Свои электронные стратегии есть в Бенине, Болгарии, Финляндии, Японии и других государствах.

Определенные меры для проведения в жизнь Плана действий Всемирного саммита предпринимают и международные организации. Например, Международный торговый центр (МТЦ), являющийся совместным учреждением ЮНКТАД и ВТО, разработал Вводную программу по электронной торговле, основанную на его стратегии по развитию торговли с помощью электронных средств, для оказания помощи малым и средним предприятиям в преодолении цифрового разрыва в сфере международной торговли.

Международный союз электросвязи учредил Рабочую группу Совета по ВВУИО (РГ ВВУИО) для предоставления рекомендаций, в том числе о том, каким образом МСЭ следует адаптироваться к информационному обществу.

Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) помогает развивающимся странам разрабатывать и осуществлять национальную политику и стратегии в области ИКТ, которые будут способствовать распространению электронного бизнеса, расширению экспортных возможностей и повышению конкурентоспособности посредством специально разработанных для каждого сектора политики программ профессиональной подготовки и внедрения механизмов на базе ИКТ.

С 2005 г. подготовка ежегодных итоговых документов в рамках процесса Всемирного саммита стала традиционной. Соответствующие отчеты были подготовлены за 2006 и 2007 гг. В отчетах анализируются те меры, которые принимаются на универсальном, региональном и национальном уровнях для построения информационного общества. Система этих мер разнообразна – от тематических проектов в рамках международных организаций до создания национальных телекоммуникационных центров.

Характерной чертой процесса имплементации решений Всемирного саммита по информационному обществу является то, что международные организации, государства, представители гражданского общества сосредоточены на отдельных проектах, реализация которых должна вести к построению информационного общества. По существу, все заинтересованные участники процесса уже занимаются построением информационного общества посредством конкретных организационных мер.

На данный момент реализация концепции информационного общества осуществляется в основном в рамках определенных институционных механизмов. При этом договорная форма сотрудничества государств используется в этом процессе весьма ограниченно.

Что касается участия международных организаций в реализации концепции информационного общества, то они продолжают работу над выработкой концептуальных основ информационного общества, а также осуществляют отдельные проекты в этой сфере.

В рамках ООН создан специальный орган – Группа ООН по Информационному обществу (UNGIS, ЮНГИС). ЮНГИС создана в апреле 2006 г. Советом глав исполнительных органов организаций системы ООН (СЕВ). Основной целью деятельности ЮНГИС является координация общественных и политических вопросов, касающихся имплементации организациями системы ООН мер, разработанных в рамках Всемирного саммита по информационному обществу.

Членами ЮНГИС являются не только организации системы ООН, но и отдельные региональные организации, например, ОЭСР. В настоящее время группа провела два заседания – 14 июля 2006 г. в Женеве и 17 июля 2007 г. в Париже. На заседаниях ЮНГИС обсуждаются вопросы ее деятельности.

В сферу деятельности ЮНГИС входит: 1) внесение вклада в имплементацию Женевского Плана действий и Тунисской программы для информационного общества, в первую очередь на международном уровне, путем проведения их в жизнь в деятельности и программах членов СЕВ; 2)

создание механизма сотрудничества между организациями системы ООН для усиления совместных усилий, избежания дублирования и достижения эффективности в проведении целей Всемирного саммита по информационному обществу; 3) обеспечение публичного доступа к информации о процессе имплементации документов Всемирного саммита по информационному обществу в рамках системы ООН.

В рамках своей деятельности ЮНГИС готовит информацию для СЕВ, касающуюся актуальных вопросов построения информационного общества (например, кибербезопасность), помогает СЕВ в определении ключевых вопросов, касающихся деятельности ООН в сфере использования ИКТ.

Особая роль в становлении концепции информационного общества принадлежит программе ЮНЕСКО «Информация для всех»[1]. Подготовка программы осуществлялась в ходе 29-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО, прошедшей 21 октября – 12 ноября 1997 г., на которой была принята Резолюция № 28 о подготовке слияния Общей программы по информации (ОПИ) и Межправительственной программы по информатике (МПИ). В ходе 30-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО, прошедшей 26 октября – 17 ноября 1999 г., была принята Резолюция № 36, согласно которой Общая программа по информации и Межправительственная программа по информатике заменялись новой программой, название которой в тот момент еще не было определено. В соответствии с этой резолюцией 160-я сессия Исполнительного совета ЮНЕСКО, прошедшая 9–25 октября 2000 г., приняла решение № 160EX/3.6.1 о замене Общей программы по информации и Межправительственной программы по информатике новой межправительственной программой – «Информация для всех». На той же сессии был утвержден текст Программы и Устав ее межправительственного совета.

В программе «Информация для всех» установлено, что доступ к информации и знаниям является общечеловеческим благом, необходимым для развития образования, науки, культуры и коммуникаций, создания новых возможностей, поощрения культурного разнообразия и стимулирования открытости управления.

Общая цель программы – построение информационного общества для всех путем сокращения разрыва между информационно-богатыми и информационно-бедными.

Более конкретными целями программы «Информация для всех» являются содействие международному осмыслению и обсуждению этических, правовых и социальных вызовов информационного общества; содействие и расширение доступа к информации, являющейся общественным достоянием, путем упорядочения, оцифровки и сохранения информации; поддержка обучения, продолжения образования и обучения на протяжении всей жизни в областях коммуникации, информации и информатики; поддержка создания местного контента и стимулирование доступности традиционных знаний через обучение общей и ИКТ-грамотности; содействие использованию международных стандартов и передового опыта в области коммуникаций, информации и информатики в сфере компетенции ЮНЕСКО; содействие обмену информацией и знаниями на местном, национальном, региональном и международном уровне.

Программа включает пять областей деятельности: 1) разработку международной, региональной и национальной информационной политики; 2) развитие человеческих ресурсов и возможностей для информационной эпохи; 3) усиление роли институтов в обеспечении доступа к информации; 4) разработку средств и систем обработки и управления информацией; 5) информационные технологии для образования, науки, культуры и коммуникаций.

В рамках данных областей деятельности намечены конкретные меры по выработке концепции информационного общества, а также проведению этой концепции в жизнь.

Особого внимания заслуживает первая область деятельности, направленная на выработку концептуальных основ информационного общества. В рамках данной области необходимо отметить следующие особо значимые моменты. Во-первых, программа направлена на достижение единого во всем мире подхода к концепции всеобщего равного доступа к информации как одному из основных прав человека. Таким образом, в рамках ЮНЕСКО констатировано изменение содержания права человека на информацию, о чем говорилось ранее.

Во-вторых, в рамках первой области деятельности указано содействие достижению единого во всем мире подхода к системе взглядов на этические и правовые нормы, относящиеся к ки-

[1] Подробнее о программе см.: http://www.ifap.ru/general/index.htm (2008. 21 апр.).

берпространству. По существу, речь идет о формировании соответствующего комплекса норм на универсальном уровне. ЮНЕСКО уже предприняла попытку разработки Этического кодекса для информационного общества. В проекте кодекса зафиксировано, что этика должна воспитывать чувства справедливости, достоинства и уважения к человеческой личности и что информационное общество должно уважать мир и руководствоваться фундаментальными ценностями свободы, равенства, солидарности, толерантности, общей ответственности, уважения к характеру и независимому самоопределению людей. Использование ИКТ и создание контента должно уважать права человека и фундаментальные свободы других, включая неприкосновенность личной жизни и право на свободу мысли, совести и вероисповедания. Основное внимание в проекте Этического кодекса уделено мерам, которые должны предпринять государства для реализации положений Этического кодекса.

В-третьих, к первой области деятельности относится и создание институционных механизмов реализации концепции информационного общества. Это создание международной структуры по сбору информации о международной, региональной и национальной информационной политике; Информационного центра по вопросам передового опыта в области управления на основе ИКТ; международной структуры по вопросам сохранения всемирного информационного наследия.

Руководство планированием и реализацией программы «Информация для всех» осуществляется Межправительственным советом, состоящим из представителей двадцати шести государств-членов ЮНЕСКО. Члены Совета избираются Генеральной конференцией с учетом необходимости обеспечения справедливого географического распределения и надлежащей ротации.

Для современного этапа развития концепции информационного общества характерно то, что на универсальном уровне только формируется единое концептуальное понимание тех вопросов, которые должны быть решены в рамках создания единой правовой основы информационного общества. Об отдельных правовых мерах встречается упоминание в документах Всемирного саммита по информационному обществу, ЮНЕСКО, МСЭ. Однако более приемлемой явилась бы выработка единого документа – концепции правовых основ информационного общества. Такую работу могла бы взять на себя ЮНГИС, тем более, что уже существует комплексный документ в рамках отдельной институционной международной структуры, в котором определен блок правовых вопросов в информационном обществе. Это принятая Группой восьми 22 июля 2000 г. Окинавская хартия глобального информационного общества[1].

В рамках Хартии определены основные подходы, которых должны придерживаться государства при реализации концепции глобального информационного общества:

– продолжение содействия развитию конкуренции и открытию рынков для информационной технологии и телекоммуникационной продукции и услуг, включая недискриминационное и основанное на затратах подключение к основным телекоммуникациям;

– защита прав интеллектуальной собственности на информационные технологии, что имеет важное значение для продвижения нововведений, связанных с ИТ, развития конкуренции и широкого внедрения новых технологий; совместная работа представителей органов власти по защите интеллектуальной собственности;

– использование только лицензированного программного обеспечения;

– повышение эффективности и конкурентоспособности ряда услуг, что важно для информационного общества и экономики; позволит расширить преимущества информационного общества;

– развитие трансграничной электронной торговли путем содействия дальнейшей либерализации, улучшения сетей и соответствующих услуг и процедур в контексте жестких рамок Всемирной торговой организации (ВТО), продолжение работы в области электронной торговли в ВТО и на других международных форумах и применение существующих торговых правил ВТО к электронной торговле;

– последовательные подходы к налогообложению электронной торговли, основанные на обычных принципах, включая недискриминацию, равноправие, упрощенность и прочие ключевые элементы, согласованные в контексте работы Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР);

– продолжение практики освобождения электронных переводов от таможенных пошлин до тех пор, пока она не будет рассмотрена вновь на следующей министерской конференции ВТО;

[1] Дипломатический вестник. 2000. № 8. С. 51–56.

– продвижение рыночных стандартов, включая, например, технические стандарты функциональной совместимости;

– повышение доверия потребителя к электронным рынкам в соответствии с руководящими принципами ОЭСР, в том числе посредством эффективных саморегулирующих инициатив, таких как кодексы поведения, маркировка, другие программы подтверждения надежности, и изучение вариантов устранения сложностей, которые испытывают потребители в ходе трансграничных споров, включая использование альтернативных механизмов разрешения споров;

– развитие эффективного и значимого механизма защиты частной жизни потребителя, а также защиты частной жизни при обработке личных данных, обеспечивая при этом свободный поток информации;

– дальнейшее развитие и эффективное функционирование электронной идентификации, электронной подписи, криптографии и других средств обеспечения безопасности и достоверности операций.

Несомненно, что реализация этих подходов в основном достигается правовыми средствами. В то же время положения Хартии в целом могут быть взяты за основу при формировании концепции правового регулирования отношений в глобальном информационном обществе, но с определенными оговорками. Во-первых, Хартия не разграничивает задачи, стоящие на универсальном, региональном и национальном уровнях. Представляется, что круг этих задач должен быть различен на разных уровнях. Во-вторых, Хартия не ставит задачи расширения договорного регулирования международных информационных отношений, она считает вполне приемлемым использование институционного механизма для построения глобального информационного общества.

Однако вряд ли только институционный механизм способен решить задачу построения информационного общества. Необходимо отметить, что те меры, которые предпринимают международные конференции и организации, делают задачу построения глобального информационного общества реальной и осуществимой. Одновременно само развитие системы международных отношений под влиянием научно-технического прогресса позволяет сделать вывод о том, что глобальное информационное общество будет создано. Влияние научно-технического прогресса проявляется прежде всего в функционировании Интернет, а также трансграничном телевидении, международной телефонной связи и т.п.

Следовательно, объективно складывается новая система международных информационных отношений, требующая адекватного правового регулирования. Такое регулирование не может быть осуществлено посредством резолюций международных организаций, поскольку большинство из них носит рекомендательный характер.

Вряд ли полностью применимы для такого регулирования обычаи, что не исключает возможности их ограниченного использования. Однако отношения, связанные с научно-техническим прогрессом, требуют более определенного и четкого регулирования.

В то же время договорное регулирование использования ИКТ носит фрагментарный характер. На универсальном уровне такое регулирование еще более ограничено, чем на региональном уровне. Вместе с тем правовую основу информационного общества должна составлять система универсальных международных договоров, фиксирующих концептуальные основы глобального информационного общества и обеспечивающих правовую охрану наиболее значимых общественных отношений. В частности, необходимо урегулировать положения о всеобщем доступе к информации, льготах для отдельных категорий пользователей, праве опровержения электронной информации, стандартах при использовании ИКТ.

Говоря о взаимодействии международного права и научно-технического прогресса, представляется уместным вспомнить высказывание известного ученого А.И. Иойрыша. Он говорил о том, что «иногда нормы международного права принимаются вслед за определенными достижениями научно-технической революции, а иногда – одновременно с достижениями научно-технической революции, а в некоторых случаях они опережают использование ее достижений, заранее регламентируя таковые» [1] В отношении проблем глобального информационного общества ярко проявляется тенденция запоздалого регулирования достижений научно-технического прогресса. На данный момент концепция глобального информационного общества опирается в основном на резолюции международных организаций и конференций. В то же время она уже оформилась в целостную теоретическую концепцию, практические направления реализации, которой также определены.

[1] Иойрыш А.И. Научно-технический прогресс и новые проблемы права. М., 1981. С. 16.

V.V. Tereshkova

The right to a fair trial: aspects of international and national regulation

В.В. Терешкова

Право на справедливое судебное разбирательство: аспекты международного и национального регулирования

В статье рассматривается право на справедливое судебное разбирательство в контексте международных актов и национального законодательства. Автор показывает, что перечень гарантий права на справедливое судебное разбирательство одинаков как в международных договорах, так и в национальном законодательстве. Однако содержание, которое вкладывают международные и национальные судебные органы в эти гарантии различно. Это подтверждают решения Европейского суда по правам человека, вынесенные в отношении России. Автор формулирует рекомендации по непосредственному применению норм международного права национальными судами и показывает, что применение международных стандартов ориентирует судей на новое осмысление норм национального законодательства.

The article deals with the right for the fair trail in the context of the international treaties and national legislation. The author sets forth that the list of the guaranties of this right in international treaties is exactly the same as in the national legislation. However, the content of these guaranties from the point of view of national judicial bodies is differ. The decisions of the European Court of Human Rights over matters involving Russian Federation confirm this. The author formulates the recommendations about the direct implementation of the international law by the domestic jurisdiction and lays down that implementation of the international standards directs judges to the new interpretation of the national legislation.

Сфера действия права на справедливое судебное разбирательство

Право каждого на справедливое судебное разбирательство закреплено как международно-правовыми актами (ст. 8 и ст. 10 Всеобщей декларации о правах человека[1], ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод[2], ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах[3]), так и национальным законодательством большинства стран.

Сравнительный анализ международно-правовых актов и национального законодательства показывает, что содержание международного стандарта права на справедливое судебное разбирательство существенно отличается от содержания и смысла, который вкладывается внутригосударственными органами в понимание этого права.

Право на справедливое судебное разбирательство гарантируется при рассмотрении любого уголовного обвинения и при определении гражданских прав и обязанностей.

Отметим, что понятие «гражданские права и обязанности» относится к автономным понятиям и не может толковаться в свете внутригосударственного законодательства. Европейский суд широко толкует понятие «гражданские права и обязанности». Под категорию гражданских прав попадают дела, имеющие частный характер (например, лишение права заниматься медицинской деятельностью), споры относительно административных решений, затрагивающих права собственности, споры, касающиеся права на владение патентом, различные случаи разбирательства по вопросам возмещения убытков.

Термин «уголовное обвинение» также является автономной концепцией. Внутреннее право не играетопределяющую роль в вопросе, предъявлено ли обвинение, является ли оно уголовным – национальное законодательство выступает здесь лишь отправным пунктом. В деле *Энгель и другие против Нидерландов*[4] Суд заявил, что «если бы Договаривающиеся государства могли по своему усмотрению классифицировать правонарушение как уголовное или преследовать

© В.В. Терешкова, 2008

Кандидат юрилических наук, доцент кафедры международного права ЮИ СФУ.
Candidate of legal sciences, associate professor of Siberian Federal University Law institute chair of international law.

1 Международные акты о правах человека: Сб. документов. М.: Норма, 1998.
2 Европейская конвенция по правам человека. Серия европейских договоров. Совет Европы, 2001.
3 Международные акты о правах человека: Сб. документов. М.: Норма, 1998.
4 Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000. С. 103–137.

исполнителя «смешанного» правонарушения на дисциплинарном, а не на уголовном уровне, действие основных положений ст. 6 и 7 было бы подчинено их суверенной воле. Такое расширение полномочий могло бы привести к результатам, несовместимым с целями и задачами Конвенции» (п. 81).

Европейский суд отметил, что термину «обвинение» должно придаваться не формальное, а содержательное значение. При решении вопроса, предъявлялось ли лицу уголовное обвинение, должны учитываться три критерия: квалификация правонарушения согласно национальному праву, характер правонарушения и степень суровости наказания (дело *Энгель и другие против Нидерландов*, п. 82).

Разницу в подходах иллюстрирует дело Менешевой против РФ[1]. Заявитель была лишена свободы на 5 дней и помещена в изолятор временного содержания на весь срок ее наказания. Российские суды квалифицировали ее арест как административный и признали его законным. Европейский суд счел, что данное производство касалось спора о правах при предъявлении заявителю уголовного обвинения[2], и применил гарантии, предусмотренные ст. 6 Европейской конвенции.

Сущность права на справедливое судебное разбирательство

Право на суд означает право на независимый и беспристрастный суд, созданный на основании закона. У государства должна быть надлежащая судебная система, а организация судебной власти должна закрепляться законом, а не регулироваться усмотрением исполнительной власти. Компетенция суда не может быть произвольно передана иным органам (например, административным)[3]. В национальном законодательстве закрепляется принцип несменяемости судьи.

Формулировка «создан на основании закона» относится не только к правовому основанию самого существования суда, но и к составу суда по каждому делу. Этот вывод Европейский суд подтвердил в деле *Посохов против РФ*[4]. По мнению суда не было правовых оснований участия народных заседателей в отправлении правосудия в день рассмотрения дела заявителя[5].

Указанная правовая позиция Европейского суда имеет практическое значение для национальных правовых систем, так как законодательство многих стран предусматривает участие граждан в отправлении правосудия[6].

В некоторых странах данное положение закреплено на конституционном уровне. В соответствии со ст. 124 Конституции Украины[7] народ непосредст-венно принимает участие в осуществлении правосудия через народных заседа-телей и присяжных. Согласно со ст. 150 Конституции Бельгии 1831 г.[8] суд присяжных установлен по всем уголовным делам, по делам о политических преступлениях и по делам о печати. Подобные положения содержатся в конституциях Австрии, Греции, Италии, Ирландии, Казахстана и другие[9].

В других странах участие граждан в осуществлении правосудия регулиру-ется специальным законодательством. В соответствии со ст. 13 УПК Узбекистана[10] при коллегиальном рассмотрении

---

1 www. echr.ru

2 Европейский суд изучил сферу, определяемую в некоторых правовых системах как «административную», и установил, что она охватывает некоторые правонарушения, которые по своей сути являются уголовными, но слишком незначительными для того, чтобы на них распространялось регулирование, предусмотренное нормами уголовного права и уголовного процесса (см. дело Палаоро против Австрии, п.п. 33–35). В российской правовой системе это также применимо.

3 Согласно ст. 1 ФКЗ «О судебной системе» судебная власть в Российской Федерации осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных, народных и арбитражных заседателей. Никакие другие органы и лица не вправе принимать на себя осуществление правосудия. Судебная власть самостоятельна и действует независимо от законодательной и исполнительной властей.

4 www. echr.ru

5 К моменту рассмотрения дела заявителя народные заседатели исполняли свои обязанности больше предписанных законом 14 дней. Кроме того, был нарушен порядок отбора народных заседателей и их привлечения к исполнению своих обязанностей на двухнедельный срок не чаще одного раза в год.

6 См. подробнее: С.Х. Аубекеров. Сравнительно-правовой анализ конституционных норм о суде присяжных заседателей //

7 http://www.meget.kiev.ua

8 Конституция Бельгии / Пер. П.И. Савицкий. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 1998.

9 См. подробнее С.Х Аубекеров Сравнительно-правовой анализ конституционных норм о суде присяжных заседателей // http://com.lawmix.ru

10 http://yurotdel.com/zakony/ugolovno-processualnyi-kodeks-respubliki-uzbekistan.html

уголовного дела судом первой инстанции в состав суда входят судья и два народных заседателя. При осуществлении правосудия народные заседатели пользуются всеми правами судьи. Согласно ст. 14 УПК Эстонии[1] при рассмотрении уголовных дел в судах первой инстанции (уездные и городские суды) в осуществлении правосудия участвуют судебные заседатели.

Граждане Российской Федерации имеют право участвовать в осуществлении правосудия (ст. 8 ФКЗ «О судебной системе»,[2] ст. 2 ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»[3]). В Испании действует Органический закон о суде присяжных. В литературе отмечается сходство института присяжных в России и Испании[4].

Правило, сформулированное Европейским судом в деле *Посохов против РФ*, распространяется не только на судей федеральных судов и мировых судей, но и на присяжных заседателей[5]. В соответствии с международными актами государство обязано обеспечить независимость и беспристрастность судов присяжных или коллегий с участием народных заседателей.

Данные критерии рассматриваются, как правило, одновременно. Беспристрастный суд означает отсутствие предубеждения или предвзятости. Члены суда не могут иметь личных пристрастий, а также должны быть гарантии, исключающие любые обоснованные сомнения в их независимости. Личная беспристрастность не подвергается сомнению, если только не появляются свидетельства об обратном[6].

В соответствии с международной практикой неприемлемо совмещение в одном лице функций судьи и судебного следователя. Объективная беспристрастность отсутствует, если судья ранее был следователем по этому же делу, принимал решение о предварительном заключении. Например, в деле Хаусшильдт против Дании судья, который председательствовал на процессе, ранее принял решение о продлении срока содержания под стражей, при вынесении которого ссылался на «особо обоснованные подозрения». Бесспорно, это влечет нарушение беспристрастности.

В деле *Пьерсак против Бельгии*[7] был сформулирован вывод, что «судья, в отношении которого имеются законные сомнения опасаться отсутствия беспристрастности, должен выйти из состава суда, рассматривающего дело. Иначе подрывается доверие, которым в демократическом обществе должны пользоваться суды» (п. 30).

Важным элементом права на справедливое судебное разбирательство является доступ к суду. Доступ к судебным инстанциям должен быть реальным, а не формальным. Ограничение права доступа должно преследовать оправданную цель и соответствовать этой цели.

В деле *Голдер против Великобритании*[8] Европейский суд признал нарушением права на доступ к правосудию отказ заключенному в консультации адвоката, чтобы составить в отношении сотрудника тюрьмы иск о защите чести и достоинства.

Отказ заявительнице в бесплатной юридической помощи для обращения в суд по вопросу раздельного проживания с мужем был также признан Европейским судом как нарушение права на доступ к суду в деле *Эйри против Ирландии*[9]. Правительство Ирландии полагало, что государство не должно гарантировать бесплатную юридическую помощь по гражданским делам. Однако Суд установил, что ст. 6.1 Европейской конвенции «может в некоторых случаях понуждать государство предоставлять помощь адвоката, когда она необходима для обеспечения реального доступа к правосудию либо по причине того, что по определенным категориям дел юридическое представительство является обязательным по внутреннему законодательству некоторых государств-участников или в силу сложности процесса» (п. 26).

Вместе с тем Европейский суд подчеркнул, что вывод в этом деле не подразумевает, что государство обязано предоставлять бесплатную правовую помощь при разрешении всех споров, относящихся к гражданским правам.

Право на обращение в суд включает в себя не только право инициировать судебное разбирательство, но и право на «разрешение» спора судом. В деле *Сухорубченко против РФ*[10] заявитель

---

1 http://yurotdel.com/zakony/ugolovno-processualnyi-kodeks-estonii.html

2 СПС КонсультантПлюс.

3 СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3528.

4 Тейман С. Возрождение суда присяжных в Испании // Государство и право. 1996. № 12. С. 127.

5 Пункт 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров» // Бюллетень Верховного Суда. 2003. № 12.

6 Дело Хаусшильдт против Дании, п. 47 // www.echr.coe.int

7 Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М. 2000. С. 418–421.

8 Там же. С. 39–80.

9 Там же. С. 271–287.

10 www.echr.ru

имел возможность подать гражданский иск. После нескольких неудачных попыток иск заявителя к невыполняющей свои обязательства инвестиционной компании был принят к рассмотрению судом Москвы. Заявитель получил три повестки, две из которых пришли с запозданием, а третья оставляла ему менее одного дня, чтобы приехать в Москву для судебного разбирательства. В связи с тем, что истец не явился в судебное заседание дважды, районный суд вынес определение об оставлении иска без рассмотрения.

Европейский суд отметил, что «было бы иллюзорно, если бы национальная правовая система Высокой Договаривающейся Стороны позволяла лицу подать гражданский иск в суд, при этом не обеспечивая того, что дело будет разрешено посредством вынесения окончательного решения в результате судебного разбирательства» (п. 43).

Право на справедливое судебное разбирательство нарушено и в том случае, если сторона оставалась в неведении относительно хода судебного разбирательства и судебных решений, вынесенных по их делу, особенно когда такие решения имеют характер, препятствующий дальнейшему рассмотрению дела. Этот вывод Европейский суд сформулировал в деле *Сухорубченко против РФ*. Заявителю определение суда не было направлено в установленный национальным законодательством срок, если вообще было направлено, и дальнейшие попытки получить информацию о ходе рассмотрения дела оказались тщетными. Заявитель узнал о существовании определения более чем через четыре с половиной года, когда власти Российской Федерации впервые упомянули о нем в меморандуме в Европейский суд.

Гарантией справедливого судебного разбирательства является четкое ведение судебной регистрации. Европейский суд заявил, что длительный период времени, в течение которого гражданский иск заявителя не мог быть рассмотрен национальным судом вследствие неправильного его уведомления, влечет за собой установление нарушения п. 1 ст. 6 Конвенции.

Неотъемлемой частью справедливого судебного процесса является исполнение судебного решения. Европейский суд неоднократно констатировал нарушение права на справедливое судебное разбирательство в делах, в которых не исполнено судебное решение или когда исполнение судебных решений осуществлялось значительный период времени. В деле *Бурдов против РФ*[1] Европейский суд указал, что право на суд было бы иллюзорным, «если бы правовая система государства – участника Европейской конвенции допускала, чтобы судебное решение, вступившее в законную силу и обязательное к исполнению, оставалось недействующим в отношении одной из сторон в ущерб ее интересам … толкование ст. 6 Конвенции исключительно в рамках обеспечения лишь права на обращение в суд и порядка судебного разбирательства вероятней всего привело бы к ситуациям, несовместимым с принципом верховенства права, который государства – участники Европейской конвенции обязались соблюдать, подписав Конвенцию. Исполнение судебного решения, принятого любым судом, должно, таким образом, рассматриваться как составляющая «судебного разбирательства» (п. 34)[2].

Международно-правовые акты и национальное законодательство закрепляют положение, что судебное разбирательство должно быть «в разумный срок». Это понятие меняется в зависимости от того, идет речь о гражданском или уголовном процессе. В гражданских делах срок исчисляется с момента возбуждения иска в суде и заканчиваются в момент исполнения судебного акта, в уголовном – когда «лицу передается официальное уведомление со стороны компетентных органов о том, что в отношении его имеется подозрение в совершении уголовного преступления» и заканчивается в момент, когда приговор вступил в силу или уголовное дело прекращено.

В международных актах не установлен точный временной предел. Однако в международной практике выработаны критерии, которые необходимо учитывать при решении вопроса, отвечает ли продолжительность судебного разбирательства требованиям разумного срока. В числе этих критериев сложность дела, поведение заявителя, поведение властей. При оценке сложности дела учитывается характер разбирательства, число участвующих инстанций, количество обвиняемых, наличие международного элемента в деле и другие факторы. Наличие сложностей

[1] В данном деле заявитель был мобилизован для ликвидации последствий аварии на Чернобыльской АЭС и, как результат, пострадал от чрезмерной дозы радиоактивного излучения. Шахтинский городской суд вынес решение в пользу заявителя и постановил выплатить заявителю компенсацию. Однако судебные решения от 3 марта 1997 г., 21 мая 1999 г. и 9 марта 2000 г. оставались неисполненными полностью или частично до 5 марта 2001 г. по причине недостаточного финансирования Министерства труда и социального развития Ростовской области. Последняя выплата по задолженности имела место только после того, как данная жалоба была коммуницирована Европейским судом властям Российской Федерации.

[2] www.echr.ru

административного характера не являются достаточным основанием для несоблюдения критерия разумного срока.

Дело *Калашников против РФ* касалось финансовых преступлений, в деле фигурировало значительное число доказательств и свидетелей, но заявитель был единственным обвиняемым, и дело не представляло особой сложности. В деле *Смирновы против РФ*[1] суд постановил, что расследование кредитного мошенничества и присвоения чужого имущества – при усердном проведении не должно было длиться годы (п. 85).

В деле *Ярославцев против РФ*[2] национальные суды должны были вынести решение по вопросу о том, мог ли заявитель считаться добросовестным покупателем, чтобы произвести государственную регистрацию автомобиля. Решение вопроса потребовало 3 года 11 месяцев. Европейский суд справедливо указал, что дело не было сложным, поскольку факт покупки автомобиля заявителем не оспаривался, это был простой вид иска, хорошо знакомый судам г. Москвы. Поэтому длительность разбирательства не соответствовала требованиям «разумного срока»[3].

При решении вопроса, является ли срок разумным, учитывается поведение заявителей. Тем не менее нельзя упрекать заявителя, что он использует средства защиты. В деле Калашников против России заявитель обращался с многочисленными ходатайствами в связи с делом как во время судебного разбирательства, так и в промежутке между слушаниями дела. Но, по мнению суда, эти ходатайства не способствовали замедлению производства по делу, поскольку по ним не предпринималось никаких действий.

В деле Смирновы против РФ Европейский суд, анализируя поведение заявительниц, констатировал, что заявительницы не всегда желали предстать перед юрисдикцией судов, месяцами избегая следственных органов. Суд отметил также, что подача десятков жалоб – даже обоснованных – может без необходимости отвлечь власти от того, чтобы сосредоточиться на основных вопросах.

Вместе с тем Европейский суд подчеркнул, что от заявителя нельзя требовать активного сотрудничества с властями.

Особое внимание Европейский суд обращает на поведение властей. Государство несет ответственность за действия судебных органов (перенос слушаний, отсрочки, связанные с переносом дела в другой суд, задержки по вине канцелярии и др.). Например, в деле *Калашников против РФ* власти, занимавшиеся делом, не исполнили свою обязанность «проявлять особое тщание при производстве по уголовному делу»: дело, находясь в производстве суда первой инстанции, оставалось фактически без движения почти два года, новое обвинение на основании прежних фактов еще более способствовало затягиванию производства.

Существенные периоды бездействия властей, убедительного оправдания которым нет, имели место и в деле *Смирновы против России*. Европейский суд пришел к выводу, что, «вынося редко обоснованные повторяющиеся решения о заключении под стражу и освобождении заявительниц, власти вызвали у них чувство незащищенности и недоверия к правосудию, тем самым косвенно подтолкнув их к тому, чтобы скрываться от правосудия».

На национальные суды возлагается обязанность создать все условия, чтобы избежать задержек в рассмотрении дела.

В деле *D против ФРГ*[4] срок разбирательства, составивший 5 лет 5 месяцев, был признан неразумным. Длительность была связана с проведением экспертизы. Хотя суд неоднократно отправлял напоминания эксперту, Европейский суд подчеркнул, что на суды ложится особая ответственность за надзор за исполнением порученного эксперту задания.

В некоторых делах при определении разумности срока учитывается степень риска для заявителя. Так, в деле *X против Франции*[5] срок судебного разбирательства в 2 года был признан неоправданно долгим, так как заявитель был ВИЧ-инфицирован в результате переливания крови.

---

[1] www.echr.ru.

[2] Там же.

[3] Задержки были связаны с тем, что представители государственных органов не явились ни на одно судебное заседание (суд назначил 9 судебных заседаний), с передачей дела новым судьям и с неправильным расчетом государственной пошлины судьей, что потребовало вмешательства квалификационной коллегии судей по жалобе заявителя. Кроме того, Бутырскому районному суду г. Москвы потребовалось 8 месяцев для рассмотрения ходатайства заявителя о восстановлении срока кассационного обжалования.

[4] www.echr.coe.int

[5] www.echr.coe.int

Если лицо содержится под стражей в ожидании предъявления уголовного обвинения, то сам факт его содержания под стражей является фактором, подлежащим рассмотрению при оценке того, было ли соблюдено требование о вынесении решения по существу в течение разумного периода времени.

В деле *Калашников против России* заявитель на протяжении всего производства по делу содержался под стражей. Это обстоятельство требовало от судов, занимавшихся делом, прикладывать особые усилия к тому, чтобы правосудие отправлялось быстро (п. 132). Суд учитывал это обстоятельство и в деле *Смирновы против России*.

Международные акты и национальное законодательство гарантируют право на публичное разбирательство и публичное объявление судебного решения. Форма объявления судебного решения должна оцениваться в соответствии с внутренним правом государства.

Ограничения этого положения допускаются в демократическом обществе по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности, а также если этого требуют интересы несовершеннолетних, или для защиты частной жизни сторон, или при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия.

В деле *Z против Финляндии*[1] заявительница ходатайствовала, чтобы информация о том, что она ВИЧ-инфицированная, оставалась в тайне. Было проведено закрытое судебное разбирательство, однако апелляционная инстанция предала гласности принятое решение. Европейский суд присудил заявительнице компенсацию за нарушение информации о ее частной жизни.

Процессуальные гарантии права на справедливое судебное разбирательство

Международные акты (ст. 6 Европейской конвенции, ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах) содержат минимальный перечень процессуальных гарантий справедливого судебного разбирательства.

Государственные органы должны соблюдать презумпцию невиновности. Положение о презумпции невиновности применяется не только, когда человек обвиняется в уголовном преступлении, но и в некоторых типах гражданских дел, например в профессиональных дисциплинарных делах. Презумпция невиновности гарантирует каждому, что представители государства не могут обращаться с ним, как с виновным в совершении правонарушения до вынесения решения судом, включая выступления в средствах массовой информации.

Так, в деле *Рибемон против Франции*[2] высокопоставленные чиновники, выступая на пресс-конференции, назвали заявителя, который был арестован, соучастником убийства члена французского парламента. В это время следственные действия еще велись, а заявитель уже рассматривался в качестве обвиняемого. Впоследствии обвинение было снято. Тем не менее Европейский суд признал нарушение права на справедливое судебное разбирательство, отметив, что «власти имеют право информировать общество о следственных действиях, однако такого рода заявления необходимо делать с особой осторожностью».

В число процессуальных гарантий входит право быть уведомленным незамедлительно и подробно на понятном языке об обвинении. Обвиняемый имеет право быть уведомленным не только о причинах обвинения, но и о правовой квалификации. Сообщенных деталей должно быть достаточно, чтобы обвиняемый мог подготовить свою защиту.

Право на достаточное время и возможности для подготовки своей защиты гарантирует доступ адвоката к досудебной стадии уголовного судопроизводства. Это право может подлежать ограничениям лишь при достаточных на то основаниях. В деле *Оджалан против Турции*[3] заявитель был допрошен силами безопасности, прокурором и судьей суда государственной безопасности, пока он содержался под стражей в полиции в течение почти 7 дней. Все это время он не получал правовой помощи (просьбы адвокатов встретиться с заявителем были отклонены властями) и сделал несколько самообвиняющих заявлений, которые впоследствии стали ключевыми элементами обвинительного акта.

Отказ в доступе к адвокату в течение столь долгого времени и в ситуации, в которой правам на защиту может быть нанесен непоправимый ущерб, наносит ущерб праву на защиту и несовместим с понятием справедливости.

---

[1] www.echr.coe.int.
[2] Там же.
[3] Там же.

Должно быть обеспечено право на переговоры обвиняемого и адвоката наедине, чтобы обеспечить конфиденциальность. В деле *С. против Швейцарии*[1] встречи с адвокатом происходили под наблюдением полицейского. Право беспрепятственно общаться с защитником непосредственно не гарантировано Европейской конвенцией. Это право сформулировано в ст. 93 Минимальных правил обращения с заключенными[2]. Однако Европейский суд отметил, что если защитник не имеет возможности давать советы своему клиенту и получать от него конфиденциальные указания, то помощь адвоката теряет смысл.

Ограничение частного характера встреч может быть лишь тогда, когда адвокат злоупотребляет своим профессиональным положением или препятствует осуществлению правосудия. Но профессиональная этика и законность поведения адвоката в деле *С. против Швейцарии* не ставились под сомнение.

Должен быть гарантирован доступ к материалам дела. На органы прокуратуры возлагается обязанность предоставлять находящиеся в их распоряжении материалы, которые могут помочь обвиняемому освободиться от ответственности или получить менее суровый приговор. В деле *Фуше против Франции*[3] был нарушен принцип равенства, так как обвиняемому было отказано прокурором в доступе к материалам дела и снятии копий, что лишило его возможности должным образом подготовить свою защиту.

Национальные суды должны достаточно ясно указывать мотивы своих решений, чтобы можно было осуществлять свои права на апелляцию. В деле *Хаджианастассиу против Греции*[4] заявитель не смог воспользоваться своим правом на справедливое разбирательство, поскольку апелляционный суд не представил обоснованного решения.

Гарантией права на справедливое судебное разбирательство служит право на защитника. Конституция РФ гарантирует каждому право на получение квалифицированной юридической помощи и право пользоваться помощью адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного судопроизводства. Статья 6 Европейской конвенции о правах и основных свободах человека и ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах вносят существенное дополнение в содержание этого стандарта: каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе сноситься *с выбранным им самим защитником* и защищать себя через его посредство.

В Конституционный Суд РФ обратились граждане, которым было отказано в допуске к участию в деле избранных ими защитников со ссылкой на предписания ст. 21 Закона РФ «О государственной тайне»[5]. Им было предложено выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих допуск к государственной тайне. Конституционный Суд РФ постановил, что отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката неправомерно ограничивает конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и право на самостоятельный выбор защитника.

Отметим, что Конституционный Суд РФ аргументировал свое решение не только ст. 48 Конституции, но и ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Вместе с тем право выбора защитника не является абсолютным и распространяется на случаи, если обвиняемый обладает достаточными средствами для оплаты его услуг.

Право на защиту и на справедливое судебное разбирательство было нарушено в деле *Метелица против РФ*[6]. Заявитель был приговорен к лишению свободы. В кассационных жалобах он ходатайствовал об отмене приговора и о вызове его вместе с адвокатом на рассмотрение дела в кассационной инстанции. Ни он, ни его адвокат не были извещены о кассационном слушании. По утверждению властей, судебная повестка о дате кассационного рассмотрения была выслана адвокату и в следственный изолятор, в котором содержался заявитель. Однако, как отметил Европейский суд, ни на одной из повесток, представленных властями, не было поставлено почтового штемпеля, а также не было иных доказательств того, что эти повестки действительно

---

[1] www.echr.coe.int

[2] Права человека и судопроизводство: Сб. международных документов. ОБСЕ, 2002.

[3] www.echr.coe.int

[4] Там же.

[5] Постановление Конституционного Суда от 27.03.1996 г. по делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ «О государственной тайне»// Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 2.

[6] Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2006. № 12.

были посланы. Не было указаний и на то, что суд кассационной инстанции проверил, были ли повестки вручены заявителю или его адвокату, и, если бы они не были вручены, отложил судебное заседание, как того требовало национальное законодательство.

Ни заявителя, ни его адвоката не было на кассационном рассмотрении дела, в то время как оба других обвиняемых присутствовали лично, а также были их представители. Красноярский краевой суд (кассационная инстанция) оставил приговор в отношении заявителя в силе, смягчил наказание обоим соучастникам заявителя и дал иную юридическую квалификацию преступлению, совершенному одним из них.

Европейский суд напомнил, что для справедливости системы уголовной юстиции решающее значение имеет адекватная защита подсудимого как в суде первой инстанции, так и в суде кассационной инстанции. Заслуживает внимания тот факт, что после вынесения решения Европейским судом в Красноярском крае изменился порядок вручения повесток и извещений.

В настоящее время анализ практики судов Красноярского края показывает, что судьи обращают внимание на то, получило ли заинтересованное лицо повестку.

В понятие справедливого судебного разбирательства входит право обвиняемого на предоставление бесплатной юридической помощи. В деле *Куаранта против Швейцарии*[1] было отказано в бесплатной юридической помощи по уголовному делу на том основании, что дело не представляет особой сложности. Европейский суд счел это нарушением, поскольку без помощи адвоката невозможно должным образом осуществить свою защиту.

Обвиняемый имеет право на «реальную» защиту. Само назначение еще не обеспечивает эффективной помощи. Если профессиональные недостатки назначенного судом адвоката очевидны или адвокат не имел возможности ознакомиться с делом[2], то необходимо принять действенные меры (например, сменить адвоката, отложить разбирательство).

Международные акты предоставляют право обвиняемому допрашивать показывающих против него свидетелей. Однако это право не абсолютно. Необходимо доказать, что отказ в вызове свидетелей повлиял на установление истины по делу.

Оценка обоснованности вызова свидетелей осуществляется национальными судами. В деле *Видал против Бельгии*[3] Суд указал, что не требуется допроса каждого свидетеля защиты. Задача суда установить, был ли процесс в целом справедливым и было ли соблюдено равноправие сторон в деле. Отсутствие какого-либо объяснения в отказе вызова свидетеля со стороны защиты несовместимо с требованиями справедливого судебного разбирательства, особенно если принять во внимание ужесточение приговора.

Вызов и допрос свидетелей защиты должен быть осуществлен на тех же условиях, что и вызов и допрос свидетелей обвинения. В деле *Бениш против Австрии*[4] Европейский суд нашел нарушение этого права, так как эксперт защиты не был допрошен на тех же условиях, что и эксперт обвинения.

Слушание должно носить состязательный характер, доказательства обвинения должны быть представлены на открытом судебном разбирательстве в присутствии обвиняемого.

Допустимость доказательств определяется, прежде всего, нормами внутреннего права, международный суд лишь проверяет, было ли разбирательство в целом справедливо. Не обязательно, чтобы свидетели были в судебном заседании и давали показания публично, но у обвиняемого должны быть гарантии, что он может оспорить показания и опросить свидетеля, показывающего против него[5].

В деле *Луди против Швейцарии*[6] суд отказал в вызове секретного агента полиции в качестве свидетеля и права защиты оказались до такой степени ограничены, что не было обеспечено справедливое разбирательство. Европейский суд подчеркнул, что существовала возможность провести допрос секретного агента полиции таким образом, чтобы сохранить анонимность.

---

1 www.echr.coe.int

2 В деле Годи против Италии был назначен адвокат, но суд не проинформировал его о слушании дела, и адвокат, назначенные в качестве замены ничего не знал ни о деле, ни о клиенте.

3 www.echr.coe.int

4 www.echr.coe.int

5 Дело Дельта против Франции // www.echr.coe.int

6 www.echr.coe.int

В деле *Ван Мехелен против Нидерландов* единственным доказательством, на основании которого заявители были признаны виновными, оказались показания анонимных сотрудников полиции. Защитник не только не знал этих свидетелей, но и не мог удостовериться в их надежности. Европейский суд указал, что сотрудники полиции могут использоваться в качестве анонимных свидетелей, но оперативные потребности полиции не могут служить оправданием анонимности сотрудников, если отсутствует другая информация.

Международные акты и национальное законодательство (ст. 18 УПК РФ) гарантируют право пользоваться бесплатной помощью переводчика. Это право распространяется на предварительное расследование, на перевод обвинительного заключения. Однако данное право не абсолютно. Если обвиняемый в достаточной степени понимает используемый язык или говорит на нем, то он не может рассчитывать на помощь переводчика и ведение судопроизводства на другом языке, не требуется письменного перевода всей судебной документации[1], устный перевод на судебном разбирательстве не обязательно должен быть синхронным и полным.

Как видим, право на справедливое судебное разбирательство, закрепленное в национальном законодательстве, наполняется новым содержанием, конкретизируется в практике международных органов, включая Европейский суд по правам человека.

Недостаточное внимание национальных судов к международным стандартам прав человека не всегда позволяет судам эффективно выполнять свои задачи. При осуществлении судопроизводства довольно часто возникают вопросы, разрешение которых возможно только с учетом содержания, которое вкладывают международные органы.

Международно-правовые нормы служат не только материальным основанием национальных судебных решений, но и влияют на процедурные аспекты их вынесения. Это подтверждает практика как высших федеральных судов, так и судов субъектов федерации.

Например, в деле № Ф09-5229/05-С1[2] одним из оспариваемых моментов был вопрос о восстановлении срока на обжалование постановления таможни по делу об административном правонарушении. Федеральный арбитражный суд Уральского округа признал правомерным удовлетворение судом первой инстанции ходатайства заявителя о восстановлении срока.

Материалами дела установлено, что обществом подана грузовая таможенная декларация, в которой товар классифицирован кодом по ТН ВЭД (ставка таможенной пошлины составила 10 %). Таможенные органы присвоили товару другой код, что повлияло на изменение ставки таможенной пошлины с 10 % до 15 %. Несоответствия товара коду ТН ВЭД повлекло неуплату таможенных платежей. Общество было привлечено к административной ответственности в виде взыскания штрафа.

Для определения соответствия указанного товара тому или иному коду ТН ВЭД была проведена его экспертиза. Эксперты классифицировали товар по иному коду, на основании чего ставка таможенной пошлины составила 5 %. Спорный товар был классифицирован обществом, таможней и вышестоящим таможенным органом по трем различным кодам ТН ВЭД, при этом размер таможенной пошлины составил, соответственно, 5, 10 и 15 %. Однако при классификации декларированного товара таможней не представлено достаточных доказательств отнесения данного товара к одному из указанных кодов.

При таких обстоятельствах вывод судов о неправомерности привлечения общества к административной ответственности является правильным.

Вывод национального суда был основан не только на нормах национального права, но и на решении Европейского суда по правам человека.

Федеральный арбитражный суд Уральского округа анализировал *право на доступ к суду* в контексте ст. 6 Европейской конвенции и правовой позиции Европейского суда. Заслуживает внимания формулировка судебного решения: «Лицу, чье право нарушено, в любом случае должна быть предоставлена возможность для защиты своих прав именно в судебном порядке…. данный вывод содержится и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950, ратифицированной Федеральным законом от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ.

Учитывая нормы Конвенции и правовую позицию Европейского суда по правам человека, (курсив мой. – В.Т.)суд первой инстанции правомерно восстановил срок для обжалования решения

[1] Камасински против Австрии // www.echr.coe.int

[2] Архив Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2005.

о привлечении к административной ответственности, так как в противном случае общество необоснованно лишилось бы права на судебную защиту».

Однако основание применения национальным судом правовой позиции Европейского суда представляется спорным. В постановлении суд пишет, что «в информационном письме Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.12.1999 г. указывается на необходимость учета правовых позиций Европейского суда по правам человека при осуществлении правосудия арбитражными судами».

К сожалению, национальные суды, применяя нормы международных договоров или решения Европейского суда по правам человека, в большинстве случаев не поясняют правовых оснований для обращения к этим документам. В тех случаях, когда такие пояснения даются, суды чаще всего аргументируют необходимость их применения не положениями Конституции РФ или нормами отраслевого законодательства, а разъяснениями высших судебных органов. Такая практика представляется спорной.

На наш взгляд, национальные суды вправе применять международно-правовые нормы, включая решения Европейского суда по правам человека в обоснование своих решений в контексте ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» и иного законодательства.

Однако ссылки на эти нормативные акты для объяснения необходимости применения международных договоров, равно как и прецедентов Европейского суда, встречаются в решениях национальных судов редко.

Перед национальными судебными учреждениями возникает ряд сложных правовых проблем, связанных с правильным установлением, уяснением содержания и применением норм международного права. Применение положений международных договоров и правовых позиций Европейского суда требует от судей творческого подхода. На судей возложена ответственность за правильное толкование и применение международных норм.

Толкование любого международного договора должно осуществляться в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г.[1] Согласно ст. 31 Венской конвенции договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора. Термины Европейской конвенции суды должны толковать в контексте решений Европейского суда по правам человека.

В связи с этим разъяснения федеральных судов, касающиеся применения судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров как составной части правовой системы, приобретают особую актуальность.

Верховный Суд РФ в ряде постановлений сформулировал общие подходы. Не утратило своего значения и постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»[2], где были даны разъяснения о применении норм международного права как составной части правовой системы.

В другом постановлении Верховный Суд РФ подчеркнул, что применение судами Европейской конвенции «должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод»[3].

Верховный Суд РФ[4] указал, что при вынесении решения судам *следует учитывать* постановления Европейского суда по правам человека, в которых дано толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, подлежащих применению в данном деле. Данная формулировка требует уточнения.

Заслуживает внимания деятельность ВАС РФ по толкованию прецедентов Европейского суда по правам человека. В Вестнике ВАС РФ не только регулярно публикуются извлечения из судебных

---

[1] Международное публичное право: Сб. документов. Т. 1. М.: БЕК, 1996. С. 67–87.

[2] Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

[3] Пункт 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.03 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров».

[4] Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.03 г. «О судебном решении»// Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

решений Европейского суда по правам человека, но и, что более ценно, даются комментарии судей по вопросам, наиболее часто возникающим в практике арбитражных судов[1].

Публикация решений Европейского суда по правам человека нацеливает судей на новое осмысление разработанных в российской правовой науке и практике понятий, относящихся к праву на справедливое судебное разбирательство. Автор разделяет позицию судьи Высшего Арбитражного Суда РФ Т.Н. Нешатаевой, что «подход международного суда не может не оказать влияния на позицию национальных правоприменительных органов».

Общая идеология международных органов не допускает произвольного вмешательства в результаты правосудия в государствах. Как отметил Высший Арбитражный Суд[2], судебные решения национальных органов правосудия подвергаются критике в прецедентах Европейского суда в исключительных случаях – при наличии нарушения в судебных актах основополагающих норм Европейской конвенции, а также положений, сформулированных Европейским судом и направленных на защиту имущественных прав и права на правосудие.

[1] ВАС РФ опубликовал ряд решений, в которых раскрываются различные элементы права на справедливое судебное разбирательство этого права. Дело Голдер против Великобритании раскрывает содержание стандарта право на доступ к суду, в деле Ле-Конте, Ван Левейн и Де Мейер против Бельгии содержатся элементы права на независимый беспристрастный суд, созданный на основании закона, дело Метса Якобсона представляет интерес с точки зрения определения гражданских прав и обязанностей. Практическую ценность имеют комментарии судьи Т.Н. Нешатаевой. Она акцентировала внимание на необходимых для применения ст. 6.1. Европейской конвенции условиях: 1) реальная и серьезная попытка оспорить некоторые права или обязанности, которые признаются национальным законодательством; 2) при исходе спора должны быть прямо определены эти права и обязанности; 3) такие права и обязанности должны иметь гражданский характер.

[2] Информационное письмо ВАС РФ от 20.12.1999 г. «Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие» // Вестник ВАС РФ. 2000. № 2.

T.A. Titova

The principle of provision a child's best interests according to the Convention on the Rights of the Child (comparative law aspect)

Т.А. Титова

Принцип обеспечения наилучших интересов ребенка в контексте Конвенции о правах ребенка (сравнительно-правовой аспект)

Конвенция о правах ребенка 1989 г. в настоящее время является основным международным договором, регламентирующим права ребенка. Название Конвенции обладает определенной степенью условности, поскольку в ней закреплены не только права ребенка, но и обязанности государств, а также права и обязанности родителей. Особое место среди ее положений занимает принцип обеспечения наилучших интересов ребенка. Данный доклад посвящен исследованию сферы применения, содержания и проблем применения данного принципа на основе контекста Конвенции и законодательства отдельных государств-участников.

European convention on children's rights 1989 nowadays is the main international treaty, which regulates children's rights. The title of this convention is to some extent relative, because it determines not only children's rights, but also the state obligations and parental rights and obligations. Principle of the guaranteeing children's interests takes the special place among the other regulations of this convention. This report deals with studying the scope the usage, content and problems of this principle on the basis of the Convention context and legislations of the several member states.

Общая характеристика Конвенции о правах ребенка

Конвенция о правах ребенка 1989 г. (далее – Конвенция) является широко известным международным договором, в котором участвуют практически все государства – 192, за исключением Сомали и США[1]. Название конвенции обладает определенной степенью условности, то есть в ней закреплены не только права ребенка, но и другие важные положения. Это связано, прежде всего, со спецификой личности ребенка, выражающейся в следующих аспектах.

Во-первых, ребенок, являясь уязвимым существом «ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту» (п. 9 преамбулы).

В силу этого в Конвенции содержатся нормы, направленные на защиту детей от пагубного влияния общества. Такие положения или закрепляют право ребенка, а затем обязанность государств принять необходимые меры по его обеспечению или содержат только обязанность государств: право ребенка на пользование наиболее совершенными услугами системы здравоохранения (ст. 24); право пользования благами социального обеспечения (ст. 26); право ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития (ст. 27); право на защиту от экономической эксплуатации (ст. 32); обязанность защитить ребенка от употребления наркотических средств и психотропных веществ (ст. 33), от всех форм сексуальной эксплуатации (ст. 34) и от других форм эксплуатации (ст. 36); обязанность предотвращать похищение детей, торговлю детьми и их контрабанду (ст. 35); обязанность содействовать физическому и психологическому восстановлению и социальной реинтеграции ребенка (ст. 39).

В этой группе положений отдельно необходимо выделить те, которые закрепляют обязанности государств-участников по защите детей в особо трудных ситуациях, то есть детей, которые являются наиболее уязвимыми: эти беженцы (ст. 22), дети с ограниченными возможностями (ст. 23), дети, затрагиваемые вооруженными конфликтами (ст. 38), дети, лишенные свободы (пп. «c», «d» ст. 37).

© Т. А.Титова, 2008

Кандидат юридических наук, доцент кафедры иностранного государственного и международного права Уральской государственной юридической академии (г. Екатеринбург).

Candidate of legal sciences, associate professor of Ural State Law Academy chair of foreign state and international law (Ekaterinburg).

[1] О причинах неучастия США см. подробнее: Титова Т.А. Конвенция о правах ребенка ООН: причины отказа США от ратификации // Правоведение. 2000. № 2.

Во-вторых, в Конвенции очень четко прослеживается система взаимоотношений: ребенок – семья – государство. Семья для ребенка является важным звеном для подготовки к жизни в обществе. Кроме того, семья является гарантом осуществления прав ребенка, даже порой в большей степени, чем государство. В связи с этим в Конвенции можно выделить группу норм, закрепляющих права ребенка на семью: право знать своих родителей и право на их заботу (п. 1 ст. 7), право поддерживать на регулярной основе личные и прямые контакты с родителями (п. 3 ст. 9, п. 2 ст. 10), право ребенка и его родителей покидать любую страну и возвращаться в свою страну (п. 2 ст. 10).

В п. 5 преамбулы Конвенции говорится о том, что семье «должны быть предоставлены необходимые защита и содействие», что отразилось в положениях, закрепляющих обязанности государств-участников сохранять целостность семьи (пп. 1, 2, 4 ст. 9), способствовать восстановлению семьи (п. 1 ст. 10), принимать меры для борьбы с незаконным перемещением и невозвращением детей из-за границы (ст. 11), оказывать помощь родителям и законным опекунам в выполнении своих обязанностей по воспитанию детей (пп. 2, 3 ст. 18).

Конечно, основная обязанность и одновременно право по воспитанию и развитию ребенка лежит на родителях или в соответствующих случаях на других лицах, заботящихся о нем, от них зависит реализация многих прав ребенка (ст. 5). Но не всегда эти обязанности выполняются добросовестно, поэтому государство должно защитить ребенка от злоупотреблений и пренебрежения со стороны семьи (ст. 19), при этом обеспечить ребенку, который временно или постоянно лишен своего семейного окружения, необходимую заботу (ст. 21, 22).

В-третьих, ребенок является членом общества, поэтому он имеет право всесторонне участвовать в его жизни и вносить свой вклад в его развитие. Конвенция с этой целью закрепляет право на сохранение индивидуальности (ст. 8), право свободно выражать свои взгляды по всем затрагивающим его вопросам (ст. 12), право на свободу выражения своего мнения (ст. 13), право на свободу мысли, совести, религии (ст. 14), право на свободу ассоциации и мирных собраний (ст. 15), право на частную жизнь (ст. 16), право на отдых и досуг, на участие в культурной и творческой жизни (ст. 31), права ребенка, принадлежащего к этническим, религиозным и этническим меньшинствам (ст. 30).

Общие принципы обеспечения прав ребенка

В качестве общих принципов обеспечения прав ребенка, закрепленных в Конвенции, можно выделить запрет дискриминации (ст. 2) и обеспечение наилучших интересов ребенка (ст. 3)[1]. Их значение состоит в том, что при применении и толковании любого положения Конвенции они должны учитываться. При этом если первый из них можно охарактеризовать как общий для всех международных договоров по правам человека, то второй относится только к определенной категории индивидов – дети[2].

История развития принципа обеспечения наилучших интересов ребенка

Впервые принцип обеспечения наилучших интересов ребенка был отражен в Декларации прав ребенка 1959 г.: «Ребенку законом и другими средствами должна быть обеспечена специальная защита и предоставлены возможности и благоприятные условия, которые позволяли бы ему развиваться физически, умственно, нравственно, духовно и в социальном отношении здоровым и нормальным путем и в условиях свободы и достоинства. При издании с этой целью законов главным соображением должно быть наилучшее обеспечение интересов ребенка» (принцип 2).

Позже он был закреплен в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г. (п. 2 «b», «c» ст. 6) и Декларации о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях 1986 г. (ст. 5). В первом документе этот принцип относился к вопросам воспитания детей и расторжения брака, во втором – к вопросам о передаче ребенка на воспитание и усыновление.

---

[1] Следует отметить, что в официальном переводе он назван как принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка. Однако представляется, что более корректно говорить о принципе обеспечения наилучших интересов ребенка, поскольку в английском тексте Конвенции во всех соответствующих положениях содержится понятие «наилучшие интересы ребенка» («the best interests of the child»).

[2] Об определении понятия «ребенок» подробнее см.: Титова Т.А. Международные стандарты определения понятия «ребенок» // Проблемы права. Международный правовой журнал. 2004. № 1.

Несмотря на то, что в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. он не отражен, Комитет по правам человека при толковании его положений отметил, что интересы ребенка являются «первостепенными» («the paramount») в делах, связанных с отделением детей от родителей[1] или разводом родителей[2].

По мнению Т. Хаммарберга, одной из основных целей создателей Конвенции было «закрепить отдельные положения международных актов по правам человека, касающихся детей в одном комплексном документе, сфокусированном на обеспечении наилучших интересов ребенка»[3].

Что касается непосредственно Конвенции, то данный принцип закреплен в п. 1 ст. 3 Конвенции: «Во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются ли они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребенка».

Общая характеристика принципа обеспечения наилучших интересов ребенка

В подтверждение того, что стандарт, содержащийся в ст. 3 Конвенции, является общим принципом, можно привести следующие аргументы.

Во-первых, принцип обеспечения наилучших интересов ребенка должен учитываться «во всех действиях, касающихся детей», то есть имеет самостоятельное значение. Эту фразу необходимо понимать в широком смысле, как включающую любое действие, непосредственно или косвенно касающееся ребенка.

Данный вывод можно подтвердить тем, что Комитет по правам ребенка рекомендует государствам включать в свои первоначальные и периодические доклады информацию о том, каким образом принцип обеспечения наилучших интересов ребенка при ассигновании бюджетных средств, при разработке политики планирования и развития, включая политику в области строительства, транспорта и окружающей среды; в деятельности судов, особенно при усыновлении, при отправлении правосудия в отношении несовершеннолетних; в деятельности административных органов, в том числе при осуществлении процедур, применяемых к иммигрантам, просителям убежища и беженцам; государственными или частными учреждениями системы социального обеспечения; законодательными органами, в ходе профессиональной подготовки сотрудников, занимающихся вопросами прав детей[4].

Интересно, что в процессе создания Конвенции первоначальный вариант содержал другую формулировку: «во всех официальных действиях, касающихся детей», но в дальнейшем слово «официальных» было исключено, как ограничивающее сферу действия данного положения[5].

В литературе высказывалось мнение, что данный принцип «включает действия не только государственных или частных учреждений, занимающихся вопросами социального обеспечения, судов, административных или законодательных органов, как указано в п. 1 ст. 3, но и действия частных лиц»[6]. Данная точка зрения не безосновательна. К числу таких лиц, в первую очередь, относятся родители или в соответствующих случаях опекуны, несущие основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Предметом их основной заботы является обеспечение наилучших интересов ребенка (п. 1 ст. 18 Конвенции).

Таким образом, выполнение этого принципа должно обеспечиваться не только в отношении отдельно взятого ребенка, но и отношении детей в целом, как части населения отдельного государства.

Следует отметить, что сфера действия анализируемого принципа значительно шире для тех государств-участников Конвенции, где ребенком считается каждое человеческое существо с момента зачатия, поскольку здесь этот принцип должен соблюдаться уже до рождения.

---

[1] Human Rights Committee General comments 17/35 of April 1989, para. 6 // Nowak M. Ibid. P. 867.

[2] Ibid. P. 871.

[3] Hammarberg T. The UN Convention on the Rights of the Child – and How to make it Work // Human Rights Quarterly. 1990. Vol. 12. P. 98.

[4] Общие руководящие принципы в отношении формы и содержания первоначальных докладов. Права человека. Изложение фактов № 10 (Rev/1); Руководство по форме и содержанию периодических докладов государств-участников. CRC/C/58. p. 12–13, para. 39.

[5] Legislative History of the Convention on the rights of the child (1978–1989), United National Centre for Human Rights, HR/1995/Ser.1/article.3. P. 13.

[6] Todres J. Emerging Limitations on the Rights of the Child: the U.N. Convention on the Rights of the Child and its Early Case Law // Columbia Human Rights Review. 1998. Vol. 30. P. 171.

Принцип обеспечения наилучших интересов ребенка и национальное законодательство

До принятия Конвенции требование о соблюдении наилучших интересов ребенка было закреплено в законодательстве многих государств, но в основном его действие было направлено на разрешение судами определенных категорий семейных дел (дела о разводах, об опеке над ребенком, о передаче ребенка на воспитание одному из родителей). Как видно, Конвенция изменила его привычное понимание, сняв все ограничения по его применению.

Теперь, как отметил один из членов Комитета, данный принцип намного шире и содержательнее. И далее: «Это понятие является краеугольным камнем Конвенции и означает, что, когда возникает конфликт интересов, наилучшим интересам ребенка должно быть уделено первоочередное внимание. В правовой, судебной и административной сферах такой подход требует создания новой установки при принятии решений»[1].

Суды некоторых государств-участников приняли широкое толкование этой фразы. Дела, связанные с депортацией родителей, не являющихся гражданами данного государства, и детей, имеющих соответствующее гражданство, рассматривались как «действия, касающиеся детей». Уголовные дела, в которых оба родителя являются обвиняемыми, также подпадают под эту категорию.

В контексте п. 1 ст. 3 наилучшим интересам ребенка должно уделяться «первоочередное» внимание. В английском тексте содержится формулировка «… shall be a primary consideration»[2]. Первоначально рабочая группа рассматривала несколько иную формулировку, в которой предполагалось, что наилучшим интересам ребенка должно уделяться «первостепенное значение» («the paramount»).

Несколько стран, в том числе США, Великобритания, Австралия, выразили возражение относительно рабочей формулировки, считая ее слишком широкой: «интересы ребенка должны быть первоочередными в делах, касающихся детей, но не должны превалировать, поскольку другие стороны могут иметь в некоторых случаях такой же или даже больший интерес»[3] (например, непредвиденные обстоятельства во время рождения ребенка или другие ситуации конкуренции прав, в частности, прав различных групп детей или прав детей и взрослых). Несмотря на то, что делегаты согласились с тем, что предложение Польши закрепляет большую защиту для ребенка, возражения, тем не менее, были учтены при формулировке ст. 3 Конвенции.

Однако существует мнение, что в тех статьях Конвенции, где данный принцип закреплен применительно к конкретной ситуации, наилучшие интересы ребенка имеют уже первостепенное значение[4].

Действительно, в отдельных положениях Конвенции специально закрепляется требование о соблюдении наилучших интересов ребенка: при разлучении ребенка со своими родителями (п. 1 ст. 9, п. 1 ст. 20) и при осуществлении права поддерживать личные отношения с родителями (п. 3 ст. 9); при усыновлении (ст. 21), при отделении ребенка, лишенного свободы, от взрослых (ст. 37 «c»), при безотлагательном принятии решения в отношении ребенка по уголовному делу (п. 2 «b» (III) ст. 40).

Комитет по правам ребенка, формулируя заключительные замечания по результатам рассмотрения докладов некоторых государств, настаивает, что положение ст. 3 должно соблюдаться также при определении понятия «ребенок», считая, что «эти положения не в достаточной степени учитывают принцип обеспечения наилучших интересов ребенка»[5].

Безусловно, он должен соблюдаться и при определении минимального возраста для различных целей (п. 3 «a» ст. 32,п. 3 «a» ст. 40).

Любое толкование принципа обеспечения наилучших интересов ребенка должно соответствовать духу Конвенции – в частности, тем особенностям ребенка, которые она отражает: ребенок как индивид со своими взглядами и чувством собственного достоинства, как субъект гражданских и политических прав и специальной защиты. Государство-участник не может ставить данный принцип в зависимость от своих культурных традиций и не может использовать в качестве оправдания лишения каких-либо прав, закрепленных в Конвенции (например, традиционная практика и телесные наказания)[6].

---

[1] Second report: Senegal, para. 43 cite on Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. UNICEF, 1998. P. 42.

[2] Legislative History of the Convention on the rights of the child (1978–1989), United National Centre for Human Rights, HR/1995/Ser.1/article. 3.

[3] Ibid. P. 11, 21.

[4] Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. UNICEF, 1998. P. 41.

[5] Conclusion observation: El Salvador, CRC/C/15/Add. 9, para. 10; Conclusion observation: Sri Lanka, CRC/C/15/Add. 40, para. 12.

[6] Ibid. P. 40.

Проблемы определения понятия «наилучшие интересы ребенка»

В литературе принцип обеспечения наилучших интересов ребенка подвергался критике. В первую очередь, беспокойство вызывал вопрос о том, какой критерий необходимо использовать при определении того, что является наилучшими интересами ребенка. Одни отмечали, что его нельзя отнести к жизнеспособному стандарту, потому что он слишком трудно соотносится с культурными традициями или социальными реалиями.

Д. Тодрес подтвердил последнее замечание на примере Зимбабве. Статутное право Зимбабве устанавливает, что при рассмотрении дел об опеке наилучшим интересам ребенка должно уделяться первоочередное внимание. Однако конструкция, которая используется, чтобы определить то, что составляет наилучшие интересы ребенка, – является ли она культурной или правовой – будет формировать его конечное определение. Таким образом, поскольку в Зимбабве используется культурная конструкция, то опека над ребенком основана на семье – обычно семье отца, – а не на интересах ребенка[1].

Во многих странах в соответствии с культурными традициями решение об опеке должно приниматься в семье без вмешательства суда. Более того, национальной культурой также может обусловливаться то, что ребенок должен обучаться послушанию, почтительному отношению к взрослым и их власти и принимать различия, связанные с принадлежностью к мужскому или женскому полу. Каким образом в данном случае будет соблюдаться принцип обеспечения наилучших интересов ребенка?

Совсем другая ситуация, если использовать правовую конструкцию: опека будет ориентирована скорее на ребенка, чем на семью. Даже когда культурные традиции не принимаются во внимание, решение вопроса о наилучших интересах до сих пор остается спорным. Например, в некоторых странах может не существовать разницы между правовой и культурной конструкциями и заинтересованные стороны могут сформировать свое понимание данного вопроса.

Вопрос об определении понятия «наилучшие интересы ребенка» не ставился в процессе создания ст. 3. Трудно было бы закрепить в международно-правовой норме понятие, которое имеет такую широкую сферу применения. Более того, в тех странах, где юридически установлено требование о соблюдении наилучших интересов ребенка (например, в России), также нет определения данного понятия, поскольку даже к определенным категориям семейных дел законодатель не смог выработать его четкие критерии. Оценочный характер понятия «наилучшие интересы» вполне оправдан, так как в каждом отдельном случае оно наполняется конкретным содержанием с учетом личности ребенка.

Содержание права ребенка свободно выражать свои собственные взгляды

Интересным представляется рассмотрение вопроса о применении принципа обеспечения наилучших интересов ребенка в ситуации, когда он или она самостоятельно реализуют свои права на примере права ребенка свободно выражать свои собственные взгляды по всем касающимся его (её) вопросам. При этом можно определить, насколько необходим или оправдан учет этого принципа в такой ситуации.

Прежде всего, следует определить содержание данного права. Оно включает в себя два элемента. Первый составляет право ребенка свободно выражать свои собственные взгляды по всем касающимся его (её) вопросам (п. 1 ст. 12). Комитет по правам ребенка постоянно подчеркивает, что к ребенку необходимо относиться как к субъекту прав, и отмечает, что «эта статья содержит одну из основных ценностей Конвенции и, вероятно, одно из основных требований…»[2].

Это положение является новеллой в комплексе международно-правовых норм, посвященных правам человека. В Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. содержится очень близкое по содержанию право на свободное выражение своего мнения (ст. 19). С некоторыми изменениями оно закреплено в ст. 13 Конвенции. На первый взгляд ст. 12 содержит аналогичное положение, но при детальном анализе разница очевидна. В частности, Комитет видит это отличие не только в том, что они включены в отдельные статьи Конвенции, но и в том, что они существуют автономно: ст. 13 признает в целом свободу выражения мнения, а ст. 12 превалирует во всех делах,

[1] Todres J. Ibid. P. 173.

[2] Manual on Human Rights Reporting, 1997. P. 426. Cite on: Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. UNICEF, 1998. P. 147.

касающихся ребенка[1]. Право свободно выражать свое мнение дает возможность участвовать в социальной и политической жизни и имеет общий характер. Право выражать свои взгляды, наоборот, имеет конкретное применение и не требует уточнения[2]. Таким образом, их соотношение можно определить как общую и специальную норму.

Право выражать свои собственные взгляды содержит ограничение: ребенок должен быть способным их формулировать, при этом ст. 12 не устанавливает какого-либо возрастного предела. Это вполне оправданно, поскольку наличие этой способности зависит от множества факторов.

Комитет по правам ребенка изложил свою позицию относительно этого требования: «В соответствии со ст. 12 государства имеют четкую и определенную обязанность гарантировать ребенку право слова в ситуации, которая его касается. Поэтому ребенок не должен рассматриваться как пассивное человеческое существо или лишаться такого права, за исключением случаев, если является очевидным, что он не может сформулировать свои взгляды. Это право должно обеспечиваться и уважаться даже тогда, когда ребенок может формулировать взгляды, но не может их выразить и тогда, когда он не достиг полной зрелости или не достиг определенного возраста»[3]. Последнее относится к тем ситуациям, когда государства-участники устанавливают минимальный возраст для осуществления этого права. В связи с этим Комитет отметил: «Хотя Конвенция и говорит о том, что «взглядам ребенка уделяется должное внимание в соответствии с его возрастом и зрелостью», она не обязывает государств-участников законодательно его определять»[4].

Очень важно отметить, что ребенок осуществляет это право свободно. Он не должен подвергаться какому-либо давлению, принуждению или воздействию, которое могло бы мешать или, наоборот, требовать выразить свои взгляды (например, со стороны семьи, школы) и государство обязано это обеспечить.

Конвенция устанавливает сферу действия этого права – «во всех вопросах, касающихся ребенка». Когда разрабатывалась данная норма, право выражать свои взгляды было ограничено вопросами, касающимися его самого, в частности, вступление в брак, выбор профессиональной деятельности, медицинского лечения и места жительства, но большинство делегатов посчитали, что это право не должно ограничиваться[5].

По этому поводу Комитет по правам ребенка считает, что право, закрепленное в ст. 12, имеет отношение ко всем вопросам, затрагивающим интересы ребенка, или может касаться его жизни, безотносительно к тому, урегулированы ли они Конвенцией или нет. Более того, право ребенка выражать свои взгляды осуществляется при решении семейных вопросов (например, усыновление), в школьной жизни (например, когда предметом рассмотрения является исключение из школы), или в общественной жизни (например, при размещении детской площадки или предупреждении несчастных случаев)[6].

Второй элемент – возможность быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства (п. 2 ст. 12). Комитет по правам ребенка отмечает, что это положение «должно толковаться как можно широко»[7], включая рассмотрение дел, где ребенок может быть инициатором процесса (например, в качестве потерпевшего в случае плохого обращения с ним) или стороной в деле (например, по делу о разводе)[8].

Как уже отмечалось, ст. 12 не обязывает устанавливать какие-либо возрастные ограничения. К сожалению, такие положения закреплены в законодательстве государств-участников. Например, в Сальвадоре дети до 14 лет не могут давать свидетельские показания по гражданским делам, хотя судья может по своему усмотрению принять во внимание свидетельские показания детей до 14 лет по уголовным делам[9]. В Бельгии суд по делам несовершеннолетних обязан заслушать мнение ребенка после 12 лет[10]. Представляется, что такие нормы национального законодательства находятся в противоречии со ст. 12 Конвенции.

---

[1] Ibid.

[2] Lucker-Babel M.-F. The rights of the child to express views and to be heard: An attempt to interpret Article 12 of the Convention on the rights of the child. International journal of children's rights. Dordrecht etc., 1995. Vol.3. № 3, 4. P. 394.

[3] Manual on Human Rights Reporting, 1997. P. 426. Cite on: Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. UNICEF, 1998. P. 149.

[4] Ibid.

[5] Legislative History of the Convention on the rights of the child (1978–1989), United National Centre for Human Rights, HR/1995/Ser.1/article. 12.

[6] Manual on Human Rights Reporting, 1997. P. 426. Cite on: Ibid. P.150.

[7] Ibid.

[8] Ibid. P. 428. Cite on: Ibid. P. 151.

[9] Initial report: El Salvador, para. 39–40.

[10] Initial report: Belgium, paras. 4–7.

Соотношение принципа обеспечения наилучших интересов ребенка и ст. 12 Конвенции

Теперь к вопросу о соотношении ст. 3 и 12 Конвенции в правоприменительном процессе. Некоторые исследователи Конвенции принцип обеспечения наилучших интересов ребенка характеризуют как «пассивный», поскольку взрослые определяют его границы и наполняют его конкретным содержанием, а право уважения взглядов ребенка – как «динамичное», поскольку ребенок может заявить о своей точке зрения. В соответствии с данным мнением в основе этих положений Конвенции заложено противопоставление взрослого, который воспитывает и принимает решение, ребенку с «развивающейся самостоятельностью». В то же время они взаимозависимы: нельзя определить, что является наилучшим для ребенка, если не принять во внимание его точку зрения, и наоборот, если беспрекословно исполнять все то, что считает нужным ребенок, то это не всегда благоприятно отразится на его положении[1].

Действительно, четко определить, какое из этих положений превалирует, можно только с учетом всех обстоятельств в конкретной ситуации.

Этот баланс наблюдается в праве некоторых государств. Например, в первоначальном докладе Соединенного Королевства Великобритании указывается, что в соответствии с Детским Актом 1989 г. ребенок может отказаться от психиатрического или медицинского обследования, если суд его признает «достаточно понимающим». Согласно прецедентному праву дети любого возраста могут выражать согласие на помещение в медицинское учреждение или на лечение при условии, что они способны понимать характер таких мер, но суд имеет право не принимать во внимание отказ ребенка от лечения, если это угрожает его жизни[2].

В докладе Норвегии отмечается, что врач должен сообщить информацию о состоянии, болезни и лечении пациентов в возрасте до 12 лет. Дети от 12 до 16 лет могут попросить врача не сообщать родителям определенную информацию. Такая просьба может быть удовлетворена, если врач увидит для этого достаточные основания[3].

Вместе с тем в докладах государств-участников наблюдается тенденция к восприятию ребенка как активного члена общества. Создаются школьные и детские парламенты (Словения, Сенегал, Россия), детские ассамблеи (Испания). Дети принимают участие в планировании социальной политики (Дания, Финляндия, Норвегия). И это очень важно, поскольку положение ребенка должно меняться одновременно и в обществе.

Таким образом, и действие принципа обеспечения наилучших интересов ребенка, и реализация права ребенка свободно выражать свои взгляды по всем касающимся его (её) вопросам имеют общий характер в том, что они составляют основу отношения к ребенку с учетом его особенностей. Принцип обеспечивает ему защиту и поддержку, как уязвимому существу, право является гарантией того, чтобы диалог, переговоры, участие встали на передний план в отношениях с детьми.

Можно полностью согласиться с тем утверждением, что ст. 12 Конвенции «требует всеобщей переоценки роли детей в формировании своего развития»[4]. Действительно, Конвенция иначе расставляет акценты в отношениях детей и взрослых: они становятся, если можно так выразиться, паритетными. Этот факт в большей степени должны принять семья и общество. Другими словами, Конвенция «требует, чтобы дети рассматривались не как субъекты изучения и заботы, а как субъекты со своими интересами и заботами»[5]. Но хотелось бы добавить, что государство и лица, осуществляющие заботу о ребенке, обязаны обеспечить, чтобы эти интересы не навредили ребенку.

---

[1] Напр., Lucker-Babel M.-F. Ibid. P. 394.
[2] Initial report: United Kingdom para. 66.
[3] Initial report: Norway, para. 73.
[4] Woodhead M. Children's rights and children's development: Rethinking the paradigm // Understanding Children's Rights. Children's Rights Center, University of Ghent. Belgium, 1998. P. 135.
[5] Prout A. Cite on: Ibid.

O.E. Shcherbinina

The right to health protection in the international and national law context

О.Е. Щербинина

Право на охрану здоровья в контексте международного и национального права

В статье право на охрану здоровья рассматривается как комплексное явление, существующее на нескольких уровнях: индивида, общества, среды. Содержание права на охрану здоровья и его гарантии раскрываются через призму международно-правовых актов и национального законодательства. Отмечается, что обязательства обеспечивать охрану здоровья должны распространяться не только на государства, но и на субъектов частного права.

The article considers the right to health protection as a complex phenomenon, which exists on several levels: the human being, society and environment. The content of this right and its guarantees are presented on the basis of international legal acts and national legislation. The article states that the obligations to provide health protection should be imposed not only on the states but on the subjects of private law as well.

Среди основных прав человека немаловажное значение имеет право на охрану здоровья. Право на охрану здоровья входит в систему социальных прав, но в то же время его реализация тесно связана с экономическими и в какой-то степени с гражданскими и политическими правами индивида. Взаимосвязь права на охрану здоровья с иными правами проявляется по-разному. С одной стороны, реализации права на охрану здоровья содействует, например, право на благоприятную среду обитания, право на социальное обеспечение и на осуществление необходимых для поддержания достоинства и для свободного развития личности прав в экономической, социальной и культурной областях и другие. С другой стороны, само право на охрану здоровья позволяет более эффективно осуществлять реализацию других прав, прежде всего – права на жизнь.

На рубеже XX – XXI веков праву на охрану здоровья, как и самой охране здоровья, стало уделяться более пристальное внимание, о чем свидетельствует деятельность Всемирной организации здравоохранения, органов Организации Объединенных Наций[1], поскольку состояние здоровья населения в различных регионах планеты Земля нельзя оценить как высокое[2]. Возрос интерес и к научным исследованиям и публикациям в отношении права на охрану здоровья[3]. В научных исследованиях право на охрану здоровья рассматривается, как правило, применительно к индивиду. Однако в современных условиях, представляется, такой подход значительно сужает проблемы, связанные с охраной здоровья. В связи с этим следует согласиться с точкой зрения Д.Г. Бартенева[4], суть которой заключается в том, что в современных условиях право на охрану здоровья как основное, неотъемлемое право человека должно рассматриваться в качестве комплексного явления, существующего на нескольких уровнях: индивида, общества и среды.

Международные акты, по-разному формулируя право на охрану здоровья, предусматривают его для каждого человека. Так, в соответствии со ст. 25 Всеобщей декларации прав человека 1948 г.[5] каждый имеет право на такой жизненный уровень, включая …медицинский уход, который необходим для поддержания здоровья. Декларация не провозглашает непосредственно право на охрану здоровья,

© О.Е. Щербинина, 2008

Кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой международного права ЮИ СФУ,
Candidate of legal sciences, associate professor, Head of Siberian Federal University Law institute chair of international law.

[1] См.: Колотова Н.В. Социально-экономические права человека: системный подход // Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. М., 2001; Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / Ред. Е.А. Лукашева. М., 2002.

[2] Всемирный доклад о состоянии здоровья. ВОЗ, 2003.

[3] См., напр.: Бартенев Д.Г. Право на охрану здоровья в условиях европейской интеграции // Правоведение. 2002. № 4; Москаленко В.Ф. Объем и принципальное содержание права на здоровье в международных нормативно-правовых актах // Медицинское право. 2006. № 4; Москаленко В.Ф., Грузева Т.С. Право на психическое здоровье в нормативно-правовых актах международного и национального уровней //Психическое здоровье. 2004. № 4.

[4] Бартенев Д.Г. Право на охрану здоровья в международном праве: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. СПб, 2006. С. 8.

[5] Междунар. акты о правах человека. Сб. документов. М., 1998. С. 42–43.

формулируя лишь в виде некой гарантии право на соответствующий уровень жизни, позволяющий обеспечить охрану здоровья. Конкретное закрепление права на охрану здоровья содержится в Пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.[1], согласно ст. 12 которого государства признают право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. Правда, в этой формуле не ясен смысл словосочетания «высший достижимый уровень». В связи с этим возникает вопрос о критериях, которые позволили бы говорить о состоянии здоровья, достигшего высшего уровня. О праве каждого человека на максимально возможный уровень физического и психического здоровья говорит Африканская хартия прав человека[2]. Возможность пользоваться всеми средствами, способствующими достижению наилучшего возможного состояния здоровья для каждого человека, сформулирована в Европейской Социальной Хартии 1961 г.[3]

Анализируя положения международных актов в отношении права на охрану здоровья, следует подчеркнуть, что в них данное право не просто провозглашается или закрепляется, но его реализация должна осуществляться на основе принципа недискриминации. Так, обязательство государств по запрещению и ликвидации расовой дискриминации во всех ее формах и обеспечению равноправия каждого человека без различия расы, цвета и кожи, национального или этнического происхождения в отношении осуществления права на здравоохранение и медицинскую помощь закреплено в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г.[4] Особое значение недопустимости и ликвидации всех форм расовой дискриминации для обеспечения равного права на охрану здоровья придается в Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г.[5]

Современные международные отношения характеризуются наличием в них достаточно большого числа миграционных потоков. На территории государств проживают либо временно находятся иностранные граждане, апатриды. При осуществлении ими различных прав важно, чтобы они не были в какой- то мере ущемлены, оказались менее защищенными по сравнению с собственными гражданами государства пребывания. В связи с этим Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, 1985 г.[6] содержит правило, согласно которому иностранцы, проживающие на законном основании на территории государства, пользуются в том числе правом на охрану здоровья в соответствии с национальным законодательством. Конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г.[7] в отношении охраны здоровья закрепляет правило о том, что трудящиеся-мигранты пользуются не менее благоприятным обращением, чем то, которое применяется к гражданам государства пребывания.

В международных актах предусматриваются и обязательства государств-участников, направленные на обеспечение реализации права на охрану здоровья, хотя объем таких обязательств различен. Например, по Конвенции о правах ребенка 1989 г.[8] государства обеспечивают в максимально возможной степени выживание и здоровое развитие ребенка. В соответствии с Европейской Социальной Хартией 1961 г. в целях обеспечения эффективного осуществления права на охрану здоровья государства обязуются принять меры, направленные на устранение, насколько это возможно, причин ухудшения здоровья; предоставление услуг консультационного и образовательного характера, направленных на укрепление здоровья и развития чувства личной ответственности за свое здоровье. Подобные положения содержатся в Конвенции СНГ о правах и основах свободах человека 1995 г.[9] Обязательство государств принять необходимые меры для защиты здоровья своих народов и обеспечить предоставление им медицинской помощи в случае болезни сформулировано в Африканской Хартии прав человека и народов. Более полный перечень мер, которые государства должны принять для обеспечения права на охрану здоровья, содержатся в Пакте об экономических, социальных и культурных правах. К ним относятся меры по сокращению мертворождаемости и детской смертности и здорового развития ребенка; улучшение всех аспектов гигиены внешней среды и гигиены труда в промышленности; предупреждение и лечение эпидемических, эндемических,

[1] Междунар. акты о правах человека. Сб. документов. М., 1998. С. 47.
[2] Там же. С. 739.
[3] Там же. С. 574.
[4] Междунар. акты о правах человека. Сб.документов. М., 1998. С. 141.
[5] Там же. С. 249.
[6] Там же. С. 408.
[7] Там же. С. 369.
[8] Там же. С. 308.
[9] Бюл. междунар. договоров. 1999. № 6.

профессиональных и иных болезней и борьбы с ними; создание условий, которые обеспечивали бы всем медицинский уход в случае болезни. В соответствии с положениями Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины, Конвенции о правах человека и биомедицине 1996 г.[1] государства-участники, учитывая потребность в охране здоровья и имеющиеся ресурсы, обязались принять меры по обеспечению справедливого доступа к услугам по охране здоровья надлежащего качества. Любое вмешательство в сферу здоровья, включая научные исследования, должно осуществляться при соблюдении профессиональных обязанностей и стандартов. Вмешательство в сферу здоровья возможно лишь после того, как лицо дало на это свое добровольное и осознанное согласие.

Среди различных категорий населения разных стран особое внимание в настоящее время уделяется коренным и малочисленным народам с тем, чтобы сохранить их существование и развитие, поскольку под влиянием различных факторов они порой оказываются на грани исчезновения. Не последнюю роль в решении их вопросов играет осуществление ими права на охрану здоровья. Наряду с тем, что рассмотрено выше, такие народы могут воспользоваться специально принятыми для них правилами. Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, 1989 г.[2] предусматривает, что правительства обеспечат соответствующим народам должное медицинское обслуживание или предоставят им ресурсы, которые позволят им организовать и осуществлять такое обслуживание под собственную ответственность и под контролем, с тем чтобы по состоянию своего физического и психического здоровья они могли находиться на наиболее высоком достижимом уровне. Конвенцией предусматривается, что службы здравоохранения должны функционировать по мере возможности на местном уровне. Планирование этих служб и управление ими должны осуществляться с учетом экономических, географических, социальных и культурных условий таких народов, а также с учетом их традиционных методов врачевания и лекарственных средств.

Рассмотренные положения различных международных актов позволяют говорить о том, что в настоящее время в них нет единых международных стандартов как самого права на охрану здоровья, так и тех мер, которые государства должны осуществлять для того, чтобы это право могло быть реализовано. В международных актах не раскрывается и содержание права на охрану здоровья. Говоря о международных стандартах, Д.Г. Бартенев[3] полагает, что такой стандарт должен содержать минимум индивидуальных правомочий и международно-правовых обязательств государства в области обеспечения реализации права на охрану здоровья и включать в себя, во-первых, обязательства по обеспечению основных условий здоровой жизнедеятельности индивида и общества, а во-вторых, обязательства в области предоставления медицинской помощи. С этим нельзя не согласиться. В то же время представляется, что подобные обязательства могут касаться не только государств как публично-правовых субъектов, но и частноправовых субъектов. В современных условиях невозможно осуществлять охрану здоровья без экспериментов на людях, поскольку без них невозможна разработка новых методов диагностики, профилактики, лечения. Этой деятельностью занимаются соответствующие медицинские учреждения – субъекты частного права. Поэтому обязательства по международному стандарту должны касаться и таких субъектов, а не только государств. Кроме того, Д.Г. Бартенев, давая характеристику международного стандарта и раскрывая его, говорит только об обязательствах государства, обеспечивающих реализацию права на охрану здоровья. Но ведь в содержание данного права входят и конкретные права индивида, которые также должны входить в международный стандарт. Международные акты не раскрывают этого вопроса. Представляется, что в содержание права на охрану здоровья, как минимальный международный стандарт, следовало бы включить право на профилактическое лечение и медицинское обслуживание с использованием наиболее совершенных услуг системы здравоохранения и средств лечения болезней и восстановления здоровья на основе доступности всем.

Реализация права на охрану здоровья в значительной мере связана с внутренним правом государств. В соответствии договором о Европейском союзе[4] Сообщество содействует обеспечению

[1] Моск. журн. междунар. права. 1999. № 3.
[2] Вестник МИД СССР. 1989. № 17.
[3] Бартенев Д.Г. Право на охрану здоровья в международном праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 8.
[4] Моск. журн. междунар. права. 1995. № 2.

высокого уровня защиты здоровья человека и защита здоровья человека является неотъемлемой частью политики Сообщества. Вместе с тем согласно Хартии основных прав Евросоюза[1] каждый человек имеет право на профессиональное лечение и медицинское обслуживание на условиях, предусмотренных национальным законодательством и практикой.

В настоящее время в национальных правовых системах государств право на охрану здоровья, прежде всего, сформулировано в конституционном порядке. По своей формулировке такое закрепление практически единообразно: «каждый имеет право на охрану здоровья». В качестве примера можно привести Конституцию Армении[2], Конституцию Эстонии[3], Конституцию Бельгии[4]. По Конституции Мексики[5] любое лицо имеет право на охрану здоровья. В конституциях других государств право на охрану здоровья каждого человека дополнено еще и получением медицинской помощи. Такая формула содержится, например, в Конституции Азербайджана[6], Конституции Украины[7], Конституции РоссийскойФедерации[8]. В то же время, анализируя конституционные положения различных стран, можно встретить закрепление права на охрану здоровья лишь для граждан соответствующего государства. Так, по Конституции Республики Казахстан[9] право на охрану здоровья имеют граждане Республики Казахстан. Подобная формулировка содержится в Конституции Кыргызской Республики[10], Республики Беларусь[11]. Положения последних из указанных конституционных формулировок не в полной мере соответствуют международным стандартам права на охрану здоровья, поскольку в международных актах речь идет о принадлежности такого права каждому человеку, а не только гражданам конкретного государства.

Рассматривая конституционные положения разных стран, следует подчеркнуть, что конституции не только закрепляют право на охрану здоровья, но и предусматривают гарантии его реализации, хотя объем различен. Так, в соответствии со ст. 32 Конституции Италии[12] республика охраняет здоровье как основное право личности и основной общественный интерес и гарантирует бесплатное лечение для неимущих. Из приведенного положения вытекает, что государство предоставляет определенную гарантию, но в зависимости от материального положения личности. Очень лаконично гарантия сформулирована в Конституции Армении: государство осуществляет программы по охране здоровья населения. Более подробная гарантия содержится в Конституции Таджикистана[13], где право на охрану здоровья обеспечивается бесплатной медицинской помощью в государственных учреждениях здравоохранения, мерами по оздоровлению окружающей среды, созданием и развитием массового спорта, физической культуры и туризма. Своеобразно сформулирована гарантия в Конституции Украины: охрана здоровья обеспечивается государственным финансированием соответствующих социально-экономических, медико-санитарных и оздоровительно-профилактических программ; государство создает условия для эффективного и доступного для всех граждан медицинского обслуживания; в государственных учреждениях медицинская помощь предоставляется бесплатно; существующая сеть таких учреждений не может быть сокращена. Как гарантию возлагает на государственные органы обязанность предпринимать меры по защите здоровья населения Конституция Нидерландов[14]. Определенный интерес может предоставлять Конституция Португалии[15]. В ней не только закреплено право всех на охрану здоровья, но и обязанность всех его охранять и укреплять. Реализация этого права осуществляется через универсальную общенациональную службу здравоохранения, принимая во внимание материальное и социальное положение граждан, в основном на бесплатной основе, а также путем создания экономических, социальных и культурных условий, обеспечивающих защиту

---

1 Моск. журн. междунар. права. 1995. № 2.
2 Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сб. документов. М., 1998. С. 111.
3 Там же. С. 628.
4 Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 111.
5 Мексиканские Соединенные Штаты: Конституция и законодательные акты. М., 1986. С. 33.
6 Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сб. документов. М., 1998. С. 65.
7 Там же. С. 521.
8 Конституция Российской Федерации. М., 1993.
9 Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сб. документов. М., 1998. С. 234.
10 Там же. С. 279–280.
11 Там же. С. 143.
12 Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 427.
13 Новые конституции стран СНГ и Балтии: Сб. документов. М., 1998. С. 407.
14 Конституции государств Европейского Союза. М., 1997. С. 480.
15 Там же. С. 538.

детей, молодежи и престарелых, и путем систематического улучшения условий жизни и труда, содействия физической культуре и спорту в учебных заведениях и в обществе в целом, а также путем развития санитарного просвещения.

Конституция России также содержит гарантию по обеспечению права на охрану здоровья. В соответствии со ст. 41 медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается бесплатно за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений. В Российской Федерации финансируются федеральные программы охраны и укрепления здоровья населения, принимаются меры по развитию государственной, муниципальной, частной системы здравоохранения, поощряется деятельность, способствующая укреплению здоровья человека, развитию физической культуры и спорта, экологическому и санитарно-эпидемиологическому благополучию. Конституционные положения конкретизированы в Основах законодательства Российской Федерации об охране здоровья[1]. Но если сравнить формулировки Конституции и Основ, то обнаруживается их некоторое несоответствие. В ст. 41 Конституции РФ закреплено право **каждого** на охрану здоровья и медицинскую помощь. В ст. 17 Основ законодательства РФ об охране здоровья закрепляется право **граждан Российской Федерации** на охрану здоровья. Иностранным гражданам, находящимся на территории РФ, право на охрану здоровья гарантируется в соответствии с международными договорами, в которых участвует Российская Федерация. В качестве примера таких международных договоров можно назвать Соглашение о сотрудничестве в области охраны здоровья населения от 26 июня 1992 г., заключенное в рамках СНГ[2]. В соответствии со ст. 3 Соглашения его участники, руководствуясь принципами гуманизма, обязались оказывать экстренную и неотложную медицинскую помощь гражданам государств-участников СНГ без взаимных компенсаций затрат, плановую медицинскую помощь по направлению органов и учреждений здравоохранения с возмещением фактических затрат направляющей стороной либо на условиях, предусмотренных специальными двусторонними договорами. Равные права на получение бесплатной скорой и неотложной медицинской помощи наравне с гражданами государства, где оказывается помощь, предоставлены гражданам Республики Беларусь, Республики Казахстан, Кыргызской Республики и Российской Федерации соответствующим соглашением[3]. Возможность получения медицинской помощи предусматривается и двусторонними договорами. Примером может служить Соглашение между Правительством РФ и Правительством ЮАР о сотрудничестве в области здравоохранения и медицинской науки от 5 сентября 2006 г.[4], но таких договоров у России немного. Поэтому представляется, что положения Основ законодательства РФ на охрану здоровья существенно суживают конституционные гарантии права на охрану здоровья для иностранных граждан, находящихся в России. Для апатридов и беженцев эти гарантии также ограничены, поскольку согласно ст. 18 Основ право на охрану здоровья таким гражданам предоставляется наравне с гражданами РФ, если иное не предусмотрено международными договорами. В то же время Декларацией о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, 1985 г. предусмотрено, что иностранцы, проживающие на законном основании на территории государства, пользуются в соответствии с национальным законодательством правом на охрану здоровья, медицинское обслуживание при условии, что они выполняют требования согласно соответствующим правилам и что это не возлагает на ресурсы государства чрезмерного бремени. Недопустимость дискриминации в стране проживания по признаку расы, религии или страны происхождения апатрида предусмотрена Конвенцией о статусе апатридов 1954 г.[5] Такое же правило предусмотрено и в отношении беженцев Конвенцией о статусе беженцев 1951 г.[6] В настоящее время Россия не участвует в Конвенции о статусе апатридов 1954 г., но в связи с тем, что национальное законодательство не в полной мере обеспечивает их защиту по некоторым вопросам, в частности в области охраны здоровья, было бы целесообразно к ней присоединиться. Кроме того, в ст. 18 Основ закондательства РФ об охране здоровья необходимо внести изменения, убрав отсылку к международным договорам, поскольку

[1] СПС КонсультантПлюс: Версия Проф.

[2] Бюл. междунар. договоров. 1993. № 6.

[3] Соглашение о взаимном предоставлении гражданам Республики Беларусь, Республики Казахстан, Кыргызской Республики и Российской Федерации равных прав в получении скорой и неотложной медицинской помощи от 24.11.98 // Бюл. междунар. договоров. 2006. № 2.

[4] Бюл. междунар. договоров. 2007. № 2.

[5] Междунар. акты о правах человека: Сб. документов. М., 1998. С. 421–431.

[6] Там же. С. 432–445.

настоящая формулировка ст. 18 Основ противоречит Конституции Российской Федерации. Такой же редакции требует и п. 4 ст. 17 Основ, в соответствии с которым гражданам Российской Федерации, находящимся за ее пределами, гарантируется право на охрану здоровья в соответствии с международными договорами РФ. Как уже указано выше, у России таких договоров немного. Из этого вытекает, что если нет договора, то и право на охрану здоровья граждан России за рубежом и иностранных граждан на территории России не будет защищено. Необходимость заключения договоров по вопросам медицины и здравоохранения очевидна. Даже если в национальном законодательстве государств будут отсутствовать положения о гарантиях права на охрану здоровья, участие государств в международных договорах позволит применить их нормы непосредственно.

Содержание

Раздел I
ФИЛОСОФИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Роермунд Б.
Сравнительное право и философия 7

Дробышевский С.А.
О понятии юридической свободы и ее осуществлении в современном российском государстве 15

Зипунникова Н.Н.
Опыт и перспективы сравнительно-правовых исследований в сфере образования 17

Малая Т.Н.
Место практических занятий в изучении сравнительного права 27

Рудаков А.А.
К вопросу о понятии правовой системы 32

Протопопова Т.В.
Идея человеческого достоинства в зарубежных политико-юридических доктринах и праве 36

Тепляшин П.В.
Романо-германская и англосаксонская правовые системы: сближение и роль в гармонизации российского права 42

Шафиров В.М.
Этика Э. Канта и ее влияние на отечественное правопонимание 46

Раздел II
ЧАСТНОЕ ПРАВО В ФОКУСЕ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Ким К.-Р.
Обязательства о предоставлении информации на рынке капиталов по законодательству Кореи 52

Качур Н.Ф.
Понятие недвижимости по законодательству России и Германии: сравнительно-правовой анализ 61

Клык Н.Л.
Значение конструкции германского вещного права в развитии отечественного учения о вещно- и обязательственно-правовом регулировании имущественных отношений 70

Кратенко М.В.
Несправедливые условия в договорах с потребителями: российский и зарубежный опыт 75

Петрова Е.Н.
Управляющая организация хозяйственного общества: историко-сравнительный аспект 82

Павлова И.Д.
Правовое регулирование внешнеэкономических сделок в праве КНР и РФ 86

Шипова А.В.
К вопросу о понятии надлежащего исполнения внешнеторговых обязательств 90

Раздел III
КОМПАРАТИВИЗМ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Изерман Э.
Обязанность судей содействовать сторонам в гражданском судопроизводстве Германии ... 95

Сахнова Т.В.
Иск и его бытие ... 102

Королев С.В.
«Punitive Damages» в перспективе развития романо-германской традиции права ... 109

Некрошюс В. В.
Европейский исполнительный лист (ЕИЛ) – цели и проблемы претворения в жизнь ... 114

Шишмарева Т.П.
Тенденции развития конкурсного производства ... 124

Раздел IV
СРАВНИТЕЛЬНОЕ ТРУДОВОЕ ПРАВО

Гречишникова Е.В.
Социальный диалог, социальное партнерство, тарифная автономия: сравнительно-правовой анализ ... 130

Зыкина Т.А.
Особенности реализации зарубежного законодательства при увольнении работника по инициативе работодателя ... 133

Лебедев В.М.
Система трудового права ... 138

Мельникова В.Г.
Дуальная система представительства интересов работников в ФРГ ... 141

Воронкова Е.Р.
Правовое регулирование забастовок работников в Великобритании ... 150

Петрова Е.И.
Сравнительно-правовое исследование пенсионного обеспечения по возрасту в странах Европейского союза ... 154

Раздел V
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

Арановский К.В.
Конституционное право в сравнительном правоведении ... 158

Васильева А.Ф., Приходько Е.Г.
Проблемы развития служебного права в Германии и России ... 164

Гриценко Е.В., Бабелюк Е.Г., Мадьярова А.В.
Направления законодательной реформы публичной власти в городах федерального значения: поиск российской модели и германский опыт ... 173

Ивонин Ю.П.
Юридическая природа местного самоуправления в европейской правовой теории XIX века: русско-немецкие параллели ... 183

Кашо В.С.
Сравнительный анализ тенденций регулирования ответственности местного самоуправления перед государством в России и зарубежных странах ... 189

Мицкевич Л.А.
Проблема административного усмотрения и неопределенных правовых понятий в административном праве Германии ... 196

Морозова Н.А.
Сравнение опыта установления публичной ответственности коллективных субъектов в Российской Федерации и в зарубежных государствах 203

Чечелев С.В.
Избирательные цензы в конституционном законодательстве штатов США 215

Раздел VI
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ ИНСТИТУТОВ УГОЛОВНОГО ПРАВА И УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Дюнкель Ф.
Уголовное право по делам несовершеннолетних европейских стран в свете актуальных рекомендаций Совета Европы 219

Долголенко Т.В.
Сравнительный анализ уголовной ответственности за изнасилование по УК РФ и УК некоторых зарубежных стран 234

Жалинский А.Э.
Уголовно-правовая наука 239

Кылина О.М., Щедрин Н.В.
Системы уголовно-правовых санкций: обзор доктринальных моделей некоторых государств и предложения к российскому законодателю 249

Майорова Л.В.
Современные тенденции развития уголовно-процессуального законодательства в странах Центральной и Восточной Европы 258

Мицкевич А.Ф., Каминский В.Г.
Преступная небрежность по уголовному праву России и Германии 267

Назаров А.Д.
Усмотрения должностных лиц правоохранительных органов в уголовном процессе Швеции, Германии и США 276

Плошкина Я.М.
Уголовная ответственность за незаконное проникновение в жилище по УК ФРГ 283

Рычкова Н.Ю.
Объективная сторона состава нарушения авторских и смежных прав в российском и зарубежном законодательстве 293

Стойко Н.Г.
Российское уголовное судопроизводство: необходимость и последствия его реформирования 300

Шишко И.В.
Ответственность за экономические преступления в России и Республике Корея: сравнительно-правовой анализ 306

Раздел VII
СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

Ивонина О.И.
Проблемы международной правосубъектности государства в условиях глобализации 311

Талимончик В.П.
Проявление глобализации в информационной сфере и новые задачи для международного права 322

Терешкова В.В.
Право на справедливое судебное разбирательство:
аспекты международного и национального регулирования 333
Титова Т.А.
Принцип обеспечения наилучших интересов ребенка
в контексте Конвенции о правах ребенка (сравнительно-правовой аспект) 344
Щербинина О.Е.
Право на охрану здоровья в контексте международного и национального права 351

Contents

Section I
PHILOSOPHY AND METHODOLOGY OF COMPARATIVE LAW

Bert van Roermund
Comparative Law and Philosophy 7

Drobishevsky S.A.
Juridical liberty and its implementation in modern Russian State 15

Zipynnikova N.N.
Experience and prospects of comparative law researches in the sphere of education 17

Malaya T.N.
The place for practical knowledge in comparative law researching 27

Rydakov A.A.
On the matter of a legal system concept..... 32

Protopopova T.V.
The concept of human dignity in foreign political and juridical doctrines and law..... 36

Teplyashin P.V.
Roman-German and Anglo-Saxon legal systems: convergence and the role in the Russian law harmonization 42

Shafirov V.M.
Ethics according to I. Kant and its influence on domestic law-understanding..... 46

Section II
PRIVATE LAW IN COMPARATIVE LAW FOCUS

Kwang-Rock Kim
Disclourse obligation under the Korean Law in the Capital market 52

Kachur N.F.
A real estate concept in Russian and German legislation..... 61

Klik N.L.
Significance of German property law concept in the development of the domestic property and obligation law regulation of property relations doctrine 70

Kratenko M.V.
Unfair terms in consumers' contracts: Russia and foreign countries' experience..... 75

Petrova E.N.
The managing organization of an economic society: historical-comparative aspect..... 82

Pavlova I.D.
Legal regulation of external economic transactions in Russian Federation and Chinese People's Republic 86

Shipova A.V.
On the matter of the proper external commercial obligations execution concept..... 90

Section III
COMPARATIVIZM IN CIVIL PROCEDURE LAW

Isermann E.
Die Fursorgepflicht des deutschen Zivilrichters..... 95

Sakhnova T.V.
Klage und Ihres Dasein 102

Korolev S.V.
«Punitive Damages» in development of the Roman-German legal tradition perspective 109

Necroshyus V.
European writ of execution – purposes and problems of putting into effect.....114

Shishmareva T.P.
Tendencies of bankruptcy proceedings development..... 124

Section IV
COMPARATIVE LABOUR LAW

Grechishnikova E.V.
Social dialog, social partnership, tariff autonomy: comparative law analysis 130

Zykina T.A.
Peculiarities of foreign legislation implementation in dismissing an employee at an employer's initiative 133

Lebedev V.M.
Labour law system..... 138

Melnikova V.G.
The dual system of employee's interests representation in Germany 141

Voronkova E.R.
Legal regulation of employee's strikes in Great Britain..... 150

Petrova E.I.
The comparative law research on the retirement pensions provision in EU countries. 154

Section V
COMPARATIVE LAW ASPECTS OF PUBLIC AUTHORITY

Aranovskiy K.V.
Constitutional law in comparative jurisprudence..... 158

Vasilyeva A.F., Prikhodko E.G.
Problems of civil service law evolution in Germany and Russia..... 164

Gritsenko E.V., Babelyuk E.G., Madyarova A.V.
Courses of the legal reform of public authority legal reform in cities of federal level: search of the Russian model and German experience..... 173

Ivonin Y.P.
The legal nature of the local self-government in European legal theory of the XIX century: parallels between Russia and Germany..... 183

Kasho V. S.
Comparative analysis of tendencies of local self-government responsibility regulation to the state in Russia and foreign countries..... 189

Mitskevich L.A.
A problem of administrative discretion and uncertain legal concepts in administrative law of Germany..... 196

Morozova N.A.
Comparison of experience in establishment of public responsibility for collective entities in Russian Federation and foreign countries..... 203

Chechelev S.V.
Voting qualifications in constitutional legislation of the USA states 215

Section VI
COMPARATIVE LAW RESEARCH OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE LAW INSTITUTIONS

Frieder Dunkel
Jugendstrafrecht im europaischen Verleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarast 219

Dolgolenko T.V.
Comparative analysis of criminal liability for rape according to the Criminal Code of Russian Federation and Criminal Codes of some other foreign countries 234

Zhalinsky
Criminal law science 239

Kylina O.M., Schedrin N.V.
Criminal law sanctions systems: some states doctrine patterns review and proposals for the Russia Federation law-maker 249

Mayorova L.V.
Modern tendencies of criminal procedural legislation development in Central and Eastern Europe countries 258

Mitskevich A.F., Kaminsky V.G.
Criminal negligence according to criminal law of Russia and Germany 267

Nazarov A.D.
Law enforcement agencies officials' discretions in criminal procedures of Sweden, Germany and the USA 276

Ploshkina Y.M.
Criminal liability for unlawful tresspass according to the Criminal Code of Federal Republic of Germany 283

Richkova N.Y.
Actus reus of the authors and third parties rights interference in Russian and foreign countries legislation 293

Stoyko N.G.
Russian criminal legal procedure: necessity for reforms and their consequences 300

Shishko I.V.
Liability for economic crimes in Russia and Korean Republic: comparative law analysis 306

Section VII
CORRELATION BETWEEN INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

Ivonina O.I.
Problems of international legal personality of a sate in the globalization process 311

Talimonchik V.P.
Signs of globalization in informational sphere and new tasks for international law 322

Tereshkova V.V.
The right to a fair trial: aspects of international and national regulation 333

Titova T.A.
The principle of provision a child's best interests according to the Convention on the Rights of the Child (comparative law aspect) 344

Shcherbinina O.E.
The right to health protection in the international and national law context 351

Научное издание

Сравнительное правоведение:
наука, методология, учебная дисциплина

Материалы международной
научно-практической конференции

Красноярск, 25–26 сентября 2008 г.

В 2 частях

Часть 1

Редакторы Н.Ф. Ткачук, Т.М. Пыжик
Оформление обложки Л.М. Живило
Компьютерная верстка
М.С. Селезнев, Л.М. Живило

Подписано в печать 19.09.2008. Печать плоская.
Формат 70x100/16. Бумага офсетная.
Уч.-изд. л. 41,0. Усл. печ. л. 29,5.
Тираж 150 экз. Заказ 1/072-Iч.

Издательско-полиграфический комплекс
Сибирского федерального университета.
Редакционно-издательский отдел № 1.
660041, г. Красноярск, пр. Свободный, 79
Отпечатано в типографии № 1 ИПК СФУ.
660041, г. Красноярск, пр. Свободный, 79