

ISSN 2219-6838

**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ  
К «РОССИЙСКОМУ  
ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

**НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,  
ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ  
ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ**

Основано в 2010 году



**1/2010**

[electronic.ruzh.org](http://electronic.ruzh.org)

## РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор – **Федоров Игорь Вадимович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА  
**Алексеева Ольга Геннадьевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Безбородов Юрий Сергеевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА (зам. гл. редактора); **Белых Владимир Сергеевич**, доктор юридических наук, профессор, директор ИПиП УрГЮА, заведующий кафедрой предпринимательского права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Винницкий Данил Владимирович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права УрГЮА; **Головина Светлана Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права УрГЮА; **Демидов Александр Иванович**, доктор философских наук, профессор, проректор Саратовской государственной академии права; **Драпкин Леонид Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Еникеев Заршат Давлетшинович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и процесса института права Башкирского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Жернаков Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Загайнова Светлана Константиновна**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА; **Игнатенко Геннадий Владимирович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Кодан Сергей Владимирович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Козаченко Иван Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Койстинен Ярмо**, кандидат юридических наук (Финляндия); **Кондрашова Татьяна Владимировна**, кандидат юридических наук, профессор УрГЮА; **Кокотов Александр Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ; **Круглов Виктор Викторович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой земельного и экологического права УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Леушин Владимир Ильич**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Малинова Изабелла Павловна**, доктор философских наук, профессор УрГЮА; **Милицин Сергей Дмитриевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Михайлов Сергей Георгиевич**, доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Пермского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Мотревич Владимир Павлович**, доктор исторических наук, профессор; **Невинский Валерий Валентинович**, доктор юридических наук, профессор, проректор Алтайского государственного университета, заслуженный юрист РФ; **Осинцев Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Родионова Ольга Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Русинов Рудольф Константинович**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА; **Савицкий Петр Иванович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой иностранного государственного и международного права УрГЮА, заслуженный юрист РФ; **Старилов Юрий Николаевич**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета; **Тарханов Ильдар Абдулхакович**, доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Казанского государственного университета, заслуженный юрист Республики Татарстан; **Трунк Александр**, доктор юридических наук, профессор, директор Института права стран Восточной Европы Кильского университета (ФРГ); **Федорова Марина Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, советник Конституционного Суда РФ

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:

620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮА, редакция «Российского юридического журнала».

Тел./факс (343) 375-54-20. electronic.ruzh.org.

E-mail: ruzh@usla.ru, ruzh93@hotmail.com.

Свидетельство о регистрации Эл № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции.

Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к „Российскому юридическому журналу“», допускается только с разрешения редакции

## СОДЕРЖАНИЕ

### ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Капитонов С. А. (Елец)* Стоит ли конкурировать государству и праву? ..... 5  
*Архипов С. И. (Екатеринбург)* Правоотношение собственности:  
 теоретический анализ ..... 7

### ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

- Гарипов Р. Ш. (Казань)* Защита прав коренных народов в рамках  
 межамериканской системы защиты прав человека ..... 25

### МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Безбородов Ю. С., Каримов Д. А. (Екатеринбург)* Монархическое начало  
 в некоторых межгосударственных ассоциациях современного периода ..... 29

### ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

- Бирюков П. Н. (Воронеж)* Европейский доказательственный ордер ..... 34

### РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ И ЕЕ СУБЪЕКТЫ

- Туранин В. Ю. (Белгород)* Перспективы унификации  
 определений юридических понятий в региональных законах ..... 41

### ИЗБИРАТЕЛЬНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Безруков А. В. (Красноярск)* Реализация инициатив Президента России  
 в преобразовании избирательного законодательства ..... 44  
*Худолей Д. М., Худолей К. М. (Пермь)* Проект реформирования  
 избирательной системы Российской Федерации ..... 49

### МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

- Ванеев О. Н. (Красноярск)* Проблема бюрократизации  
 местного самоуправления ..... 59

### УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Борков В. Н. (Омск)* О новых подходах к конструированию запретов  
 на совершение коррупционных преступлений ..... 65

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

- Васецкий В. Н. (Москва)* Гражданско-правовые средства защиты  
 в период становления государственности. Некоторые вопросы  
 истории формирования ..... 73

### ЭКОНОМИКА И ПРАВО

- Беликова К. М., Иншакова А. О. (Москва)* Векторы развития  
 корпоративного права ЕС ..... 86

### СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

- Зипунникова Н. Н. (Екатеринбург)* К 165-летию со дня рождения  
 Ф. Ф. Мартенса ..... 91

- RESUME ..... 103

## CONTENTS

### THEORY OF LAW AND STATE

- Kapitonov S. A. (Yeletz)* Do state and law rival? ..... 5  
*Arkhipov S. I. (Yekaterinburg)* Legal relation of the property:  
 theoretical analysis ..... 7

### HUMAN RIGHTS

- Garipov R. Sh. (Kazan)* Indigenous peoples rights protection  
 within Inter-American system of human rights ..... 25

### INTERNATIONAL LAW

- Bezborodov Yu. S., Karimov D. A. (Yekaterinburg)* Monarchic foundations  
 in certain modern state and international associations ..... 29

### EUROPEAN LAW

- Biryukov P. N. (Voronezh)* European evidence order ..... 34

### RUSSIAN FEDERATION AND ITS SUBJECTS

- Turanin V. Yu. (Belgorod)* Prospects of unification of definitions  
 of the legal concepts used in the modern regional legislation ..... 41

### ELECTORAL LAW AND PROCEDURE

- Bezrukov A. V. (Krasnoyarsk)* Realization of President of the RF initiatives  
 in reforming of electoral legislation ..... 44  
*Hudoley D. M., Hudoley K. M. (Perm)* Project of reformation  
 the election system of Russian Federation ..... 49

### LOCAL SELF-GOVERNMENT AND MUNICIPAL LAW

- Vaneev O. N. (Krasnoyarsk)* The problem of local government bureaucracy ..... 59

### CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

- Borkov V. N. (Omsk)* On the new approach to the design of the prohibitions  
 to commit corruption crimes ..... 65

### CIVIL LAW AND PROCEDURE

- Vasetzkiy V. N. (Moscow)* Civil legal facilities of defence in the period  
 of becoming of the state system. Some questions of forming history ..... 73

### ECONOMICS AND LAW

- Belikova K. M., Inshakova A. O. (Moscow)* Vectors of the development  
 of European corporate law ..... 86

### PAGES OF HISTORY

- Zipunnikova N. N. (Yekaterinburg)* To the 165 anniversary of F. F. Martens ..... 91

- RESUME ..... 103

С. А. Капитонов\*

## СТОИТ ЛИ КОНКУРИРОВАТЬ ГОСУДАРСТВУ И ПРАВУ?

*Государство и право — дополняющие друг друга юридические явления. Взаимодействуя, они образуют систему, основное качество которой — оптимизация человеческих интересов и потребностей. Разговоры о конкуренции, а тем более доминировании какого-то из элементов этой системы представляются не вполне корректными в рамках научного подхода.*

*Ключевые слова: государство, право, взаимодействие, система, интересы, польза, конкуренция, доминирование*

Конкуренция между государством и правом, о которой любят рассуждать сегодня некоторые теоретики, — юридический нонсенс. Есть основания полагать, что государство как способ формирования взаимно полезных отношений людей предшествует праву, но не более того.

Если рассматривать государство в качестве сообщества всех людей, проживающих на одной территории, располагающих одними ресурсами, имеющих одинаковые интересы, то человеческие потребности всегда будут идти впереди системы законов и гарантий, обеспечивающих возможность их реализации. Потребности — первопричина развития системы законов и гарантий. Это естественный процесс.

Если считать государство политической структурой, создаваемой на основе доверия граждан, оказанного политикам, тогда политики, не намеренные издавать законы, обеспечивающие реализацию всех притязаний, прежде всего, посредством создания гарантий для беспрепятственного проявления воли и извлечения пользы, — негодные политики. И на вторую попытку собственной политической реализации у них не должно быть шансов.

Если под государством понимать аппарат чиновников, то чиновники вовсе не могут подменять закон своими действиями. Они могут только гарантировать права и законные интересы граждан, т. е. исполнять закон. Если они этого не делают или не хотят делать, необходимо создать все условия для того, чтобы такие чиновники впредь никогда не претендовали на роль гарантов власти в государстве.

Такого результата можно достичь, если всю деятельность чиновников разложить на элементарные частицы: совокупность вариантов разрешаемых ситуаций и соответствующую ей совокупность способов разрешения каждой ситуации. Причем на основании общих принципов строгого соблюдения направлений служебной уполномоченности и правильного учета уровня квалификации чиновников.

Суть деятельности чиновника выражается, в первую очередь, в поддержке законных притязаний и отказе в поддержке незаконных притязаний субъектов социально значимых отношений. При этом предназначение (функция) чиновника — инициативное создание условий для реализации законных притязаний. Правда, при условии соблюдения приоритета социальной (для всех нас вместе) полезности или социальной отдачи (пользы всем нам) над поддержкой законных притязаний и в сочетании с возможностью обеспечения законной личной выгоды самому чиновнику от рациональной реализации обеспечиваемых его действиями законных притязаний. Если так пока не получается, надо искать юридические причины.

\* Капитонов Сергей Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Елецкого государственного университета им. И. А. Бунина (Елец). E-mail: knsnsls@mail.ru.

К ним можно отнести:

отсутствие возможности выявить и периодически отслеживать характер социально значимых притязаний субъектов правоотношений и оценку ресурсов их государственного гарантирования;

отсутствие возможности создавать варианты выбора путей для реализации притязаний субъектов правоотношений;

отсутствие возможности правильной политической (с позиции всех нас вместе) обеспеченности выбранного варианта.

Государство и право как дополняющие друг друга юридические конструкции не конкуренты, а взаимодействующие элементы единой системы, новое качество которой способно проявляться в обеспечении меры ответственности каждого перед всеми и меры взаимных притязаний каждого среди всех в государстве. Государством управляют юридические интересы и потребности. В этом и заключается наше участие в управлении государством.

Рассуждения о ситуационных приоритетах каждого из элементов упомянутой системы, вне всякого сомнения, развивают юридическую науку и совершенствуют юридическую практику. Разговоры же о доминировании одного из них, подаваемые как юридическая проблема, представляются не вполне научными.

С. И. Архипов\*

## ПРАВООТНОШЕНИЕ СОБСТВЕННОСТИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ

*Статья посвящена правоотношению собственности. Автор подробно анализирует теоретические представления о собственности как правовом отношении, исследует конструкцию данного отношения, его субъектов, содержание и т. д.*

*Ключевые слова: правоотношение, собственность, субъективное право, юридическая обязанность, субъекты правоотношения, содержание правоотношения, корпоративно-правовое явление*

Собственность как особого рода правоотношение (его характерные признаки, конструкция, структурные элементы) традиционно представляет особый предмет исследования юридической науки. По данному предмету написано огромное количество работ, высказано множество точек зрения, что, однако, не свидетельствует о решении проблемы. Дискуссии по ней постоянно возобновляются с новой силой, в них участвуют представители различных отраслевых наук, теоретики права, историки, но, как и раньше, она остается «камнем преткновения» юридической науки. Условно можно выделить два основных подхода к пониманию правоотношений собственности, существенно различающихся по своим целям и задачам. Первый подход – частноправовой, второй – публично-правовой.

В рамках частноправового подхода собственность рассматривается как абсолютное правоотношение, где определена лишь одна сторона – собственник, которому противопоставлено неопределенное множество обязанных лиц. О. С. Иоффе отмечал, что правоотношениям собственности присущ абсолютный характер, поскольку они обладают двумя признаками: собственнику как управомоченному лицу в качестве обязанных субъектов противостоят все лица, подчиненные данному правопорядку; на всех этих лиц возлагается пассивная функция – функция воздержания от действий, препятствующих удовлетворению юридически охраняемых интересов собственника<sup>1</sup>.

Конструкция абсолютного правоотношения собственности имеет ряд существенных недостатков, делающих ее весьма уязвимой. Например, она не объясняет оснований возникновения правовой связи между собственником и миллионами частных лиц, которые не заключали с ним договоры и не принимали на себя односторонние обязательства, но признаются обязанной стороной отношения; собственник наделяется субъективным правом, которое почему-то не обуславливается исполнением им юридических обязанностей, что противоречит самой сути правоотношения как взаимной связи; не раскрывается роль государства как конституирующего собственность публично-правового субъекта (осуществляющего регистрацию права собственности, межевание, кадастровый учет, техническую инвентаризацию недвижимых объектов и т. д.), главного гаранта собственности, обеспечивающего ее неприкосновенность; неопределенность состава обязанных лиц делает правоотношение собственности аморфным, неконкретизированным, в этом смысле данная конструкция обладает низким регулятивным потенциалом. Не случайно она вызывает в литературе множество возражений. Например, Л. И. Петражицкий по поводу нее иронично заметил, что настоящим бедствием для современной юриспруденции в области учения о праве собственности и иных абсолютных правах является ужасающее размножение субъектов; из-за покупки

\* Архипов Сергей Иванович – доктор юридических наук, профессор УрГЮА, приглашенный профессор Университета «Париж X» (Nanterre) (Екатеринбург). E-mail: arhip10@mail.ru.

кем-либо булавки или карандаша происходит революция среди всех людей и народов на земном шаре, так как все обязаны по отношению к собственнику булавки; ко всем отправляются (в воображении юристов) запреты, все должны возыметь соответствующую волю, все люди попадают в «житейское отношение» к купившему булавку и пр.<sup>2</sup>

Критические замечания по поводу конструкции абсолютного правоотношения собственности высказывал также Г. Келер (H. Kohler). Он, как и Л. И. Петражицкий, не видел смысла в том, что «собственник самой пустячной вещи находится в юридическом отношении со всеми обитателями земли», что «всякое вновь возникающее право собственности, всякий вырытый кусок металла, всякая пойманная рыба производят юридическое потрясение, доходящее до Северного полюса»<sup>3</sup>. В советской литературе данную конструкцию негативно оценивал Д. М. Генкин; он называл ее искусственной, оторванной от реальных явлений жизни. По его мнению, невозможно согласиться с той точкой зрения, что носитель права собственности состоит в правоотношениях со всеми лицами, т. е. с неопределенным числом лиц; едва ли гражданин, не искушенный в премудростях тонких цивилистических концепций, поймет, что он состоит в правовом отношении с не известным ему лицом, обязывающим его воздерживаться от нарушения его собственности; нельзя допустить, что все граждане являются потенциальными нарушителями права собственности<sup>4</sup>.

Полемика вокруг конструкции абсолютного правоотношения не прекращается и в современной российской юридической литературе; по-прежнему существуют как ее сторонники, так и противники. Например, А. О. Рыбалов полагает, что ничего недоступного пониманию адресатов правового регулирования конструкция абсолютного правоотношения не содержит, более того, «она как раз отражает *наиболее простой взгляд на вещи* (курсив мой. — С. А.)»<sup>5</sup>. Прямо противоположную точку зрения на конструкцию абсолютных правоотношений собственности отстаивают Ю. И. Гревцов и Е. Б. Хохлов. По их мнению, «тривиальный аргумент против идеи абсолютного правоотношения заключается в том, что если мне как собственнику обязаны *все*, то это означает, что мне *никто* не обязан»<sup>6</sup>. Авторы полагают, что характер взаимодействия субъектов права — участников абсолютного правоотношения — не поддается наблюдению и определению, что невозможно убедиться в существовании абсолютного правоотношения.

Высказанные в рамках многолетней дискуссии доводы «за» и «против» конструкции абсолютного правоотношения собственности позволяют всесторонне осмыслить ее с технико-юридической, «инженерной» стороны, взвесить достоинства и недостатки регулятивной модели, созданной представителями гражданско-правовой науки. Однако кроме технико-юридической стороны проблемы существует другая, социально-правовая сторона, заключающаяся в практической эффективности, общественной полезности, целесообразности изобретенной конструкции. Для правовой науки эта сторона представляется не менее важной, чем технико-юридическая.

Оценивая практическую полезность, социально-правовую ценность конструкции абсолютного правоотношения собственности, надо учитывать, что она создавалась исключительно в целях гражданско-правового регулирования имущественных отношений, под частноправовую идею свободы собственности. В этом ее сила и слабость, плюсы и минусы. Поскольку она закрепляет абсолютную свободу собственников, то привлекательна для них, соответствует их стремлениям к правовой независимости, самостоятельности, автономии (без признания, одобрения с их стороны она, можно предположить, долго бы не просуществовала).

Вместе с тем односторонность частноправовой конструкции собственности, ее ориентированность исключительно на интересы собственника, игнорирование интересов других лиц дают повод сомневаться в ее целесообразности с общеправовых и социальных позиций, в том, что она отвечает задачам гармонизации общественных отношений, принципу совмещения произвола одного лица с произволом другого с точки

зрения всеобщего закона свободы. Заключенный в данной конструкции односторонний произвол собственника, по нашему мнению, едва ли соответствует понятию права и понятию правового отношения. Право в целом и правовое отношение в частности предполагают совмещение воли субъектов, юридическую обусловленность поведения лиц, их стремление осуществить свои интересы посредством друг друга. В исследуемой же нормативно-правовой модели отношения юристы имеют дело с неуравновешенным частным эгоизмом, со свободой одного лица за счет других, с обязанностью миллионов субъектов перед собственником вещи, который со своей стороны им ничего не должен. Конструкция абсолютного отношения собственности — это модель правоотношения по форме, но не по содержанию, сути. Своей односторонностью она подрывает идею правового отношения, нивелирует ее.

Правовая наука, поскольку ее выводы способны оказывать влияние на законодателей и судей, а через них — на социальную жизнь, должна учитывать последствия применения изобретенных ею конструкций, социальный риск внедрения в общество научных изобретений, не допускать возможности возникновения конфликтов, эрозии, разрушения социальной сферы. Созданная учеными применительно к собственности конструкция одностороннего правового отношения, в котором во имя интересов одного лица игнорируются интересы других лиц, не решает проблему гармонизации общества, наоборот, она приводит к противоречиям, имеет антисоциальный характер, способна причинить вред социальной системе, подорвать взаимность и доверие, на которых зиждется общество. Вместо того, чтобы спланировать людей, объединять их под эгидой общего интереса, она их разделяет.

Публично-правовой подход в отличие от частноправового предполагает рассмотрение собственности сквозь призму конструкции относительного правоотношения, в котором участвуют две стороны: собственник вещи и государство как суверен. В российской юридической литературе сторонником данного подхода был, например, Н. Н. Алексеев. По его мнению, абстрактное понятие собственности более всего свойственно тому социальному порядку, который не знает ограничений собственности и построен на полной свободе оборота, т. е. капиталистическому хозяйству в его чистом виде. Всякие попытки частичной социализации общества предполагают установление особых ограничений для отдельных видов собственности, их следствием является превращение воззрений на собственность как на абстрактный институт в воззрения на нее как на институт конкретный<sup>7</sup>. Идея безусловной собственности, рожденная на римской почве и усвоенная народами романской группы, как полагал Н. Н. Алексеев, в значительной степени оказалась чуждой германцам, славянам, народам восточных культур. Абсолютная собственность не терпит ограничений, они могут быть установлены только в целях ее утверждения; относительная же собственность включает в себя идею границы и потому выносит различные ограничения. Прежде всего, она содержит момент публично-правовой ограниченности, т. е. предполагает целый ряд социальных обязанностей, которые лежат на собственнике и его связывают. Праву собственности отнюдь не соответствует безусловная всеобщая обязанность терпеть любые действия собственника, напротив, в случае явного злоупотребления им своим правом, наносящим вред обществу, или в случае неисполнения лежащих на собственнике обязанностей государство может вмешиваться в права собственника, может ограничить его свободу и даже лишить его права.

Отличие между собственностью абсолютной и относительной, по мнению Н. Н. Алексеева, можно выразить так: абсолютная собственность представляет одностороннюю связь прав и обязанностей, относительная — двустороннюю. В абсолютной собственности с одной стороны — права собственника, с другой — обязанности других лиц. В относительной собственности у собственника имеются не только права, но и обязанности, другие лица не только обременены обязанностями, но и наделены правами<sup>8</sup>. В относительной собственности другие лица могут влиять на собственника вещи,

а не только терпеть его произвол. Кто же является второй стороной в правоотношении собственности? Как полагал Н. Н. Алексеев, такой стороной должно быть общество, представляющее собой некое единство; отношение собственности возникает между общественным целым и субъектом права собственности. В этом правовом отношении общество применительно к собственнику осуществляет некоторую положительную миссию, оно способно оказывать решающее влияние на собственность, на обладателя вещи. При относительной собственности «общество живет в его собственности, и собственность живет жизнью общества»<sup>9</sup>.

Но может ли общество как таковое быть субъектом права, обладает ли оно необходимыми для этого качествами, в частности правовой целостностью, единством, способно ли оно в принципе быть стороной отношений собственности? На данный ключевой вопрос Н. Н. Алексеев не дал однозначного ответа, однако, рассуждая о преобразовании частной собственности как правоотношения, он отмечал, что оно должно сводиться, прежде всего, к преобразованию ее отношения к государству<sup>10</sup>. Следовательно, настоящим субъектом правоотношений собственности в его конструкции является не общество, а государство. При этом он рассматривает его не как правовое лицо, а как политически властвующего субъекта, как публичную власть, *imperium*. В правовом отношении собственности участвуют, с одной стороны, собственник вещи (частное лицо), а с другой – суверен, способный не просто ограничить эгоизм собственника, но и вообще лишить его собственности. *Imperium* призван играть активную роль в отношениях собственности, он должен контролировать и определять условия обращения определенных объектов собственности, в особенности это касается земли; государство должно выполнять свою особую миссию в этих отношениях, осуществлять в них свой замысел, отводя собственнику роль ведомой стороны, служителя собственности. Предложенная Н. Н. Алексеевым публично-правовая модель отношений собственности имела целью разрешение противоречия между частным и публичным интересами, преодоление недостатков капитализма и социализма. На деле же она оказалась одним из вариантов социально-служебного подхода к пониманию сущности и назначения собственности, который предполагает приоритет публичных интересов по отношению к частным в имущественной сфере, навязывание воли государства собственнику.

В советской юридической литературе право собственности в рамках конструкции относительного правоотношения рассматривал Д. М. Генкин. В рецензии на монографию чешского правоведа В. Кнаппа («Собственность в странах народной демократии (правовой режим собственности в Чехословацкой Республике)». М., 1954 г.) он писал: «Пора отказаться... от той точки зрения, что право собственности вытекает из правоотношения со всяким и каждым, с неопределенным числом лиц, которые обязаны воздерживаться от нарушения субъективных прав собственника»<sup>11</sup>. Собственник не может заставить всякого и каждого соблюдать его субъективное право собственности, так как никаких властных правомочий по отношению к ним он не имеет. По мнению Д. М. Генкина, «в силу закона у собственника создается правоотношение с государством, предоставляющим собственнику „своей властью“, независимо от других лиц, использовать правомочия владения, пользования и распоряжения вещью и одновременно обязывающим всех других лиц не нарушать субъективное право собственника. Это не правоотношение собственника со всеми другими лицами, это – правоотношение и собственника, и всех других лиц с государством»<sup>12</sup>.

Поскольку в предложенной ученым конструкции правоотношения собственности государство предоставляет собственнику «своей властью» возможность использовать правомочия владения, пользования и распоряжения вещью, то логично было бы предположить, что он признает существование юридической обязанности государства перед собственником вещи. Причем не только в части наделения его тремя названными правомочиями, но и в части обеспечения ему внешней защиты его субъективного права от

нарушений со стороны третьих лиц. Однако Д. М. Генкин отрицает саму возможность возложения на государство (как на участника правоотношения собственности) каких-либо юридических обязанностей. По его мнению, государство не может быть обязанным лицом по отношению к собственнику, поскольку оно суверенно, устанавливает для всех нормы объективного права<sup>13</sup>.

В связи с этим возникает вопрос: зачем Д. М. Генкин поместил субъективное право собственности в конструкцию относительного правоотношения, где собственнику корреспондирует государство, которое ничего ему не обязано? В его конструкции субъективное право собственности оказывается не просто голым, юридически не обеспеченным правом, оно превращается в свою противоположность — в юридическую обязанность служить своему суверену; собственник в ней осуществляет не свой интерес, а волю государства. Для цивилистики данная модель оказывается совершенно неприемлемой, чужеродной. Возможно, осознавая данное обстоятельство, Д. М. Генкин в более поздних работах отказался от предложенной им модели отношения собственности. Вместо нее он взял за основу идею существования права собственности вне правоотношений, его возникновения непосредственно из норм объективного права и осуществления своего права собственником самостоятельно, независимо от других лиц<sup>14</sup>.

Публично-правовая конструкция отношения собственности, с одной стороны, позволяет устранить некоторые недостатки, изъяны, присущие частноправовой конструкции (в ней, например, нет дефекта «ужасающего размножения субъектов», о котором писал Л. И. Петражицкий, участники правоотношения четко определены и сведены к минимуму; праву собственности не корреспондирует безусловная всеобщая обязанность терпеть любые действия собственника, на что обращал внимание Н. Н. Алексеев, исключена возможность проявления одностороннего произвола со стороны собственника вещи, игнорирования им интересов общества; отражена активная роль государства в формировании собственности; проявляются, становятся видимыми обязанности собственника, его социальная «плата» за собственность). С другой стороны, у данной конструкции имеются собственные существенные недостатки: в ней нивелируется свобода собственности, право превращается в долг собственника по отношению к обществу; фигура государства заслоняет собою других субъектов права, у которых есть непосредственный интерес к собственности (совместные собственники, обладатели прав хозяйственного ведения, оперативного управления имуществом собственника, иных вещных прав); государство как правовой субъект, служитель правопорядка подменяется властвующим сувереном, навязывающим свою волю собственнику. Публично-правовая модель относительного правоотношения собственности, как и частноправовая модель абсолютного правоотношения, «страдает» односторонностью, в ней доминируют интересы одного субъекта в ущерб другому. Она представляет собой зеркальное отражение модели частноправового отношения, в ней также заключен произвол, но уже не частного лица по отношению к обществу, а суверена по отношению к собственнику вещи. В данной конструкции переставлены местами правовые полюса, но крайности сохранились, она, как и гражданско-правовая модель, есть правовое отношение лишь по форме, а по сути — односторонний произвол.

Представители двух названных подходов к пониманию отношения собственности искусственно разделили правовую «плоть» собственности на две половины: частноправовые элементы заключены ими в форму абсолютного правоотношения, публичноправовые элементы кристаллизованы в форму относительного правоотношения. Единое, целостное правовое отношение собственности оказалось расчлененным, разорванным на две части и оформленным в виде двух самостоятельных юридических конструкций. Каждая из них имеет существенные недостатки, является ущербной: публично-правовая конструкция «хромеет» на права, частноправовая — на обязанности, в первой доминирует воля государства, во второй — воля собственника. Чтобы оценить истинный масштаб

исследуемого объекта, представить целостную картину правового отношения собственности, недостаточно встать на позицию сторонников частноправового подхода, рассматривающих собственность призму конструкции абсолютного правоотношения, или на позицию представителей публично-правового подхода, воспринимающих собственность через кристалл конструкции относительного правоотношения, необходимо совместить эти две проекции, два противоположных взгляда на один объект. Следует синтезировать в одной модели половины правового отношения собственности, соединить частноправовые и публично-правовые элементы в целое.

Связующим звеном для объединения двух конструкций правоотношения собственности в широком (не в технико-правовом) смысле, по нашему мнению, должно быть понимание ее как корпоративно-правового явления, детища правового союза. Речь идет о том, что в отношениях собственности субъектов права следует рассматривать не в качестве антагонистов, противостоящих друг другу «частных» лиц, каждый из которых видит в других препятствие на пути своего интереса, а как участников единой правовой корпорации, чьи отношения имеют союзный характер. Лица, корреспондирующие друг другу в отношениях собственности, связаны общей системой правопорядка, единой правовой культурой, сформированными ими в процессе совместной правовой коммуникации общими идеями, представлениями, ценностями, принципами, юридическими нормами, совместно созданными судебными, законодательными и иными органами. Их отношения строятся на взаимности, каждый признает в другом собственника, уважает личность другого, его имущественные права, в этом смысле они – единомышленники (живут одними правовыми представлениями, идеями). Фундаментом их правовой связи является не частный, эгоистический интерес и не всеобщее государственно-правовое принуждение, а их корпоративно-правовой «дух», сознание, основанное на стремлении обеспечить каждому достойную правовую среду, создать общество свободных (духовно и имущественно) лиц.

Собственнику как участнику правовой корпорации нет нужды вступать в непосредственные отношения по признанию своего права на вещь со всеми ее участниками, известными и не известными ему индивидами и юридическими лицами. Для этих целей есть особый субъект, олицетворяющий правопорядок, призванный служить праву, осуществлять всеобщие интересы участников корпорации. Речь идет о государстве, но не о суверене, субъекте политической власти (как полагают представители публично-правового подхода), не об организации, навязывающей индивидам свою волю, а о правовом лице, призванном обеспечить формирование и осуществление общей воли участников правовой корпорации. Государство в отношениях собственности не может быть властителем, сувереном, оно должно быть служителем правопорядка, для него закон – это не средство осуществления политических задач, а то, во имя чего оно существует; в праве заключается его сущность, его «дух». Когда представители публично-правового подхода помещают в конструкцию правоотношений собственности государство-суверена, то они подменяют правовую связь политической, не учитывая, что суверенное по отношению к собственнику государство – самый опасный враг собственности. В отношениях с государством собственник вещи должен видеть не отчужденную от него власть, не господина, а свою оформившуюся правовую сущность, воплотившиеся в другом, самостоятельном субъекте правовые интересы и ценности личности.

В рамках корпоративно-правовой системы государство выступает не первичным, исходным субъектом права, не «большим человеком», в тени которого меркнут индивиды и частные корпорации, а производной от граждан правовой личностью. Правосубъектность государства, его функции, права и обязанности определяются индивидами, именно они являются первичными по отношению к нему субъектами права; государство «живет» их волей, сознанием, активностью, обеспечивается их налогами, сборами. В государстве правовые интересы индивида, в том числе как собственника имущества,

получают всеобщее признание, закрепление; в нем личность индивида, его правовые стремления получают новое воплощение, новую сферу своего существования, осуществления. Государство вступает в правовые отношения собственности как хранитель союзной правовой воли индивидов, выразитель корпоративно-правового «духа», наделенный правом представлять все правовое сообщество, действовать от его имени.

Государство, выступая стороной в правоотношениях собственности, призвано выполнять в них два вида функций: во-первых, функции посредника, связующего звена между собственником и другими участниками правовой корпорации, во-вторых, функции непосредственного исполнителя правовых услуг (регистратора собственности, органа межевания, кадастрового учета, инвентаризатора имущества, удостоверителя права собственности, отправителя правосудия, исполнителя судебных решений и т. д.). Собственник, обращаясь к государству как к посреднику между ним и третьими лицами, рассчитывает на его содействие, помощь в налаживании взаимосвязей со всеми участниками системы правопорядка. Для него государство — это не конечная инстанция, вытесняющая собой из правового отношения собственности других лиц, а своего рода мост между ним и множеством неизвестных ему субъектов права, обязанных соблюдать его законные интересы, имущественные права. Собственнику необходимо, чтобы не только само государство признавало в нем владельца вещи, но и все другие лица относились к нему так же, чтобы его право было всеобщее признанным. Государство, выполняя посредническую миссию, должно обеспечить ему такое признание и гарантировать соблюдение его интересов иными участниками правопорядка, в случае необходимости информировать их о принадлежности вещи лицу, охранять собственность от правонарушений, разрешать споры, возникающие между собственником и другими участниками правовой корпорации, и т. д.

Активность государства как посредника между собственником и иными субъектами права зависит от правового состояния лица (дееспособность, безвестное отсутствие и т. п.), от социальной значимости объектов собственности, видов имущества, других обстоятельств. Нуждающееся в юридической защите, помощи лицо (собственник вещи) вправе рассчитывать на соответствующее отношение к нему государства, на содействие органов опеки, попечительства, иных государственных органов. Роль государства в правовом отношении собственности, где объектом обладания выступает недвижимое имущество, существенно отличается от отношения, возникающего по поводу движимой вещи. Применительно к первой группе отношений роль государства постоянно возрастает, оно проявляет в них максимальную активность, гарантируя осуществление в них социального интереса; им осуществляется не только общая посредническая миссия, но и функции регистратора права собственности, кадастрового учета недвижимого имущества и т. д. Оно вклинивается в правую связь между покупателем и продавцом, дарителем и одаряемым, замыкая ее на себе. Участники сделки не могут самостоятельно без участия государства передавать право собственности на вещь от одного к другому. Они общаются, взаимодействуют не напрямую, не непосредственно, а через государство, его органы.

Что касается движимых вещей, то государство относится к ним иначе, не вторгается в отношение между покупателем и продавцом, не разрывает его, замыкая все нити на себя, а предоставляет им право на основе общих предписаний закона самостоятельно решить вопрос о «юридической судьбе вещи», о переходе права собственности на нее от одного лица к другому. Государство располагается «на заднем плане» — между ними и иными участниками правопорядка, обеспечивает публичное признание свершившегося частноправового акта, придает их воле всеобщее значение, гарантирует осуществление законных интересов нового обладателя вещи всеми субъектами права при соблюдении участниками сделки общих требований, условий, установленных системой правопорядка. Хотя государство в данной группе отношений внешне выглядит пассивным, но без

его «правового благословения», посредничества любые соглашения между покупателем и продавцом, дарителем и одаряемым являются лишь частными договоренностями, не имеющими общей правовой силы.

Участие государства в правоотношениях собственности, где объектами выступают движимые вещи, становится явным, когда у нового собственника (покупателя) возникают права по отношению к третьим лицам (не участвовавшим в договоре) и публичные обязанности, связанные с приобретением им вещи: по уплате имущественных налогов, по содержанию вещи (например, домашних животных, картин известных художников, скульптур, других культурных ценностей), по соблюдению специальных условий хранения, перевозки, утилизации объекта собственности и т. п. С одной стороны, воля сторон, участвующих в договоре купли-продажи движимой вещи, мены или другом договоре, предметом которого является отчуждение движимой вещи, касается только отношений между ними (договорных); с другой стороны, она имеет внешнее значение, вызывает юридические последствия для других.

Договор об отчуждении движимой вещи – своего рода «спусковой крючок» для возникновения публично-правовой связи, отношения собственности, возникающего между приобретателем вещи и государством, а через него – со всеми иными участниками правовой корпорации. Особенность данного вида отношений состоит в том, что государство не берет инициативу в свои руки, оно предоставляет возможность самим заинтересованным лицам «нажать на спусковой крючок» отношений собственности, а затем выходит на авансцену. Оно наделяет покупателя вещи правами по отношению к третьим лицам и возлагает на него бремя публично-правовых обязанностей. Именно благодаря участию государства собственность из частного соглашения покупателя с продавцом становится общим правовым состоянием.

Наряду с функциями посредника государство в рамках правового отношения собственности осуществляет через свои органы, учреждения также функции непосредственного исполнителя ряда организационно-правовых услуг в интересах собственника. Речь идет об упомянутых функциях регистратора собственности, органа межевания, кадастрового учета, инвентаризатора имущества, удостоверяющего права собственности и др. Общее число таких функций, осуществляемых государством в отношениях с собственником, увеличивается с развитием, совершенствованием правовой системы, укреплением правопорядка; появляются некоторые новые функции, например по компенсации собственнику вреда, причиненного его имуществу преступными действиями третьих лиц, по страхованию денежных вкладов в кредитных учреждениях, по осуществлению международно-правовой защиты иностранных инвестиций граждан государства и созданных в нем юридических лиц.

Возрастание числа функций государства, осуществляемых им в интересах собственников имущества, предполагает расширение объема его субъективных прав и обязанностей в рамках правоотношений собственности. Соответственно расширяется состав функций, прав и обязанностей собственника (в частности, связанных с уплатой налогов, сборов за государственную регистрацию перехода права собственности, за нотариальное оформление различных сделок, с соблюдением устанавливаемых государством санитарно-эпидемиологических, противопожарных, градостроительных и иных требований). Между правовыми функциями государства и правовыми функциями собственников существует прямая связь: одно обуславливается другим. Развитие государства невозможно без развития собственности, без расширения интересов собственников, а развитие собственности, в свою очередь, немыслимо без развития государства. Прогресс собственности предполагает дальнейший рост и усложнение системы взаимных обязательств государства и собственников.

Рассматривая государство как участника отношений собственности, следует учитывать такую его особенность, как полисубъектность. Во взаимодействии с собственником

вещи оно, как представляется, выступает не в качестве одного (моно) субъекта, а как система, совокупность юридических лиц (органов, учреждений), объединенных общими целями, принципами. Оно многоглавый правовой субъект, своего рода правовой Янус, имеющий множество ликов.

Государство как система юридических лиц подразделяется по уровням: муниципальный, региональный и общегосударственный (в перспективе – международно-правовой уровень); а также по функциям: субъекты (органы, учреждения) регистрации права собственности, кадастрового учета, межевания, охраны правопорядка, разрешения споров и т. д. У собственника вещи с каждым из множества субъектов, представляющих государство, может возникнуть отдельное правовое микроотношение, являющееся элементом общего правоотношения собственности. В зависимости от объекта собственности (движимые или недвижимые вещи, интеллектуальная или «материальная» собственность), а также от вида субъектов – обладателей имущества могут возникать различные составы микроотношений, разные комплексы прав и обязанностей сторон, не сводимые к определенному, предустановленному набору субъективных прав и обязанностей.

В юридической литературе правовое отношение традиционно рассматривается как некоторая стабильная совокупность субъективных прав и обязанностей, как их постоянный, неизменный комплекс. Одному (или нескольким) субъективному праву корреспондирует одна (несколько) юридическая обязанность, которые и составляют содержание правового отношения. Применительно к собственности такой упрощенный взгляд на правовое отношение приводит к тому, что все живое, динамичное в отношениях между сторонами омертвляется, многоплановая правовая реальность заменяется окаменевшим нормативным шаблоном, мертвой схемой. В частном праве – моделью отношения собственника с миллионами не известных ему частных лиц, неконкретных, безымянных, абстрактных; в публичном праве – моделью отношения собственника с абстрактным государством.

В этом взгляде нет объема, не виден масштаб исследуемого объекта, отсутствуют многие его элементы и стороны, не отражается динамика правового отношения. Сведение всего содержания правоотношения к предустановленной законодателем совокупности субъективных прав и обязанностей сторон – это существенное упрощение (редукция) правовой реальности. Юристы в своем отношении к внешнему миру действуют подобно художникам-символистам, описывающим окружающую их действительность посредством созданных ими условных символов, заменяющих собою реальные объекты. Речь идет не о том, что такой прием вообще недопустим, а о том, что исследователь должен понимать, в каких рамках, пределах оправдано использование его образа предмета, а в каких случаях – нет. Для осуществления технико-регулятивных задач, возможно, данная операция имеет смысл, что же касается научного исследования, познания правовой действительности, то замена реального объекта технико-правовым слепком приводит к искаженному представлению об исследуемом феномене. Юристы ищут в реальности только то, что хотят найти, что заключено в их собственной модели объекта.

Правовое отношение собственности не следует сводить к какому-либо предустановленному составу, комплексу субъективных прав и обязанностей. Во-первых, потому, что в реальности собственник имеет дело не с государством вообще, а с его отдельными юридическими лицами: органами регистрации права собственности, БТИ, межевания, кадастрового учета и т. д. Он вступает в правовые отношения не с одним, а со множеством субъектов права, представляющих государство, следовательно, у него возникает с государством целая сеть правовых микроотношений, которая динамична, способна модифицироваться, прирастать новыми составами, элементами, содержанием. Во-вторых, потому, что собственность и отношения собственности выражают индивидуальность субъекта права, его особенные черты, неповторимость (его особые инте-

рессы, устремления, его индивидуальную природу). Собственность – это важнейший канал формирования индивидуальности, самобытной личности. Отношение собственности должно способствовать развитию правовых качеств человека, отражать его оригинальность, особенности его сознания, психологии, направленность его воли. Чем дальше законодатель пытается унифицировать собственность и отношения собственности, тем больше он, на наш взгляд, отклоняется от оснований собственности, от ее правовой сущности.

Что объединяет множество правовых микроотношений в единую систему? Прежде всего, общий объект (вещь), по поводу которого эти отношения возникают, общий субъект – владелец, собственник вещи, и общий предмет – юридическое закрепление вещи за субъектом в качестве его элемента, части и правовое владение вещью. Подчеркнем, не только юридическое закрепление вещи за лицом, но и правовое владение ею. Это важно, поскольку в литературе бытует точка зрения, согласно которой отношения собственности статичны, что их отличает, например, от отношений обязательственных. Если рассматривать собственность лишь как форму юридического закрепления вещи за лицом, то данная точка зрения справедлива, но если предмет отношений собственности шире, включает правовое владение, то собственность нельзя рассматривать статично и противопоставлять обязательственному праву. Каждый виток развития обязательственного права есть ступень развития собственности, каждый новый договор, новый вид обязательств – это новые правовые возможности собственника как владельца вещи. Развитие обязательственного права есть одновременно развитие права собственности. Предметное поле отношений собственности не статично, оно постоянно расширяется, вбирает все новые и новые элементы. Государство, укрепляя правопорядок, создавая новые институты, органы, учреждения в имущественной сфере, развивает диалог с собственником вещи, вовлекает в отношения собственности новых лиц, создает условия для расширения сети правовых микроотношений собственности.

Правовое отношение собственности не следует рассматривать как некоторую совокупность субъективных прав и обязанностей и потому, что субъективные права и обязанности – это технико-юридические элементы отношения, которые должны к чему-то крепиться, они (при всей их значимости) не являются самоценными, независимыми фрагментами, частями правового отношения. Отождествление правового отношения с совокупностью субъективных прав и обязанностей, можно предположить, есть дань позитивизму, упрощенному технико-правовому взгляду на социально-правовые отношения. Субъективные права и юридические обязанности должны рассматриваться не сами по себе, а в совокупности с правовыми представлениями, позициями, правовыми ролями и функциями сторон.

Понятие «отношение», прежде всего, выражает именно представления субъектов друг о друге, то, как они относятся к другому, их самооценку и оценку другой стороны. Вожделения (материя произвола) здесь не имеют принципиального значения, в правоотношении важна рационально-волевая сторона (представления друг о друге, выраженные в волевых актах, в правовых притязаниях субъектов); коммуникативная сторона (взаимная связь участников отношения), а также регулятивная сторона (общие правила, нормы, которым должны следовать стороны).

В отношении собственности исходные представления друг о друге как участниках правового взаимодействия важны, поскольку государство и собственник могут воспринимать себя по-разному, видеть себя в разных ипостасях. Государство может восприниматься собственником как суверен (по утверждениям представителей публично-правового подхода), что, как уже отмечалось, является аномальным для правового отношения собственности; как частное лицо, равное собственнику вещи, например в рамках осуществления сделок по приватизации государственного имущества (при купле-продаже государственной собственности) или при покупке государством иму-

щества у частных лиц для своих нужд; или как служащий правопорядка, субъект, созданный во имя права. Соответственно государство может по-разному воспринимать собственника исходя из его отношения к государству, из того, как он позволяет к себе относиться (в этом смысле отношение государства к собственнику есть зеркальное отражение отношения собственника к государству).

Само по себе представление лица о его контрагенте, о том, каким он видит для себя правовую связь с ним, пока оно «живет» в сознании лица, не является предметом права. Когда же его представление о другом лице начинает проявляться вовне, выражаться в его волевых актах, действиях, поступках, то оно материализуется в правовом смысле, становится правовым явлением. Внутреннее отношение лица к другим лицам, его восприятие контрагентов объективируется, становится внешним юридическим отношением, затрагивающим интересы окружающих его субъектов.

В правовом отношении рациональный элемент не существует отдельно от воли, он вживлен в нее, образует с ней единое целое — рационально-волевое структурное звено отношения. Представления субъектов права становятся частью материи правового отношения, когда они выражаются не в виде абстрактных теорий, умозрительных заключений, формул, а в рациональных импульсах воли, правовых устремлениях, притязаниях, требованиях и т. д. В этом смысле критики психологической теории права Л. И. Петражицкого были, с одной стороны, правы, не соглашаясь с ним в оценке внутреннего отношения лица к другим лицам как правового отношения, а с другой — нет, поскольку не учитывали способность внутреннего отношения лица к иному лицу объективироваться, становиться частью правовой реальности. Когда внутреннее отношение к другому лицу получает внешнее выражение, воплощается в волевых действиях и поступках лица, то из сферы «чистого» сознания оно переходит в сферу правовой действительности, становится важным элементом правового отношения. Субъективные права и обязанности, если их сопоставлять с рационально-волевым структурным звеном, частью правового отношения, представляют собой не более чем «юридические доспехи» субъектов права, которые надеваются ими на себя для достижения поставленных правовых целей. То, какие идеи, представления лежат в основе волевых актов субъектов права, движут ими в правовом отношении, являясь его внутренним «мотором», есть отдельная содержательная сторона, компонент правового отношения. Эта сторона отнюдь не второстепенна по сравнению с технико-правовой стороной («правовыми доспехами»), напротив, техническая сторона правового отношения определяется ею, следует за ней.

В рамках рационально-волевого звена правового отношения наиболее значимым его элементом, определяющим содержание правового отношения вообще и собственности в частности, являются, по нашему мнению, правовые позиции сторон — участников правового отношения. Позиция стороны в правовом отношении — это своего рода логический итог, результат формирования представления субъекта о правовом взаимодействии и самоопределения его воли. В позиции выражается место лица в правовом отношении и его общая правовая роль. Так, в средневековом сознании государство воспринималось в качестве верховного, «настоящего» собственника, а владелец вещи — как вторичный, «ненастоящий» собственник.

Позиция государства по отношению к собственнику вещи имеет значение для определения не только состава субъективных прав и обязанностей, но и их содержания. В зависимости от позиции, роли государства исследователь собственности получит не одну, а несколько моделей правовых отношений, несколько различных вариантов правового взаимодействия сторон. Позиция собственника в правоотношении с государством также имеет принципиальное значение: рассматривает ли он себя в качестве подданного государства, его «правового вассала», либо частного лица, либо участника правовой корпорации, деятеля, формирующего правовую систему, первичного субъекта права по отношению к государству.

Именно в правовых позициях сторон, как представляется, фокусируется рационально-волевое содержание правового отношения вообще и собственности в частности. Не случайно, например, в договорном праве принято говорить не об обязанностях субъектов, а об их взаимных обязательствах, поскольку обязанность субстанциональна, она не зависит от воли лица, определяется извне (государством, обществом); обязательство же предполагает иную исходную позицию субъекта права – его возможность самостоятельно решать вопрос о возложении на себя юридического долга перед другим лицом, оно есть следствие его правовой автономии, свободного самоопределения воли. Понятия «обязанность» и «обязательство», таким образом, заключают в себе исходные различия правовых позиций сторон и соответственно разные типы правового взаимодействия. Для отношений собственности этот правовой нюанс важен, поскольку их вектор развития, как можно предположить, постепенно меняется от модели внешнего обязывания в сторону модели обязательства.

Представления сторон друг о друге, их воли, правовые позиции, чтобы они могли существовать в рамках одного правового поля, единого правового отношения, должны быть приведены к общему знаменателю, совмещены, должны стать позициями не каждого в отдельности лица, а частями общей системы представлений, фрагментами единой для всех участников рационально-волевой картины правового отношения. Поэтому одним из главных структурных звеньев правового отношения для исследователей собственности должен быть способ связи сторон, а в более широком смысле – система совмещения, согласования воли, позиций участников отношения. В любом правоотношении необходимо найти то, что связывает различные позиции сторон, объединяет их в одну правовую целостность. В формировании этого (второго) структурного звена правового отношения существенную роль играет профессионализм законодателя, судьи; их способность, не навязывая собственную позицию, совместить интересы сторон.

Позитивизм, сводящий право к закону, в основе правового отношения видит суверенную волю государства, его способность принудить любое лицо исполнить требование закона. Он вытесняет волю сторон правового отношения волей суверена, что означает подмену правового способа связи неправовым. Духовная, рационально-волевая связь субъектов заменяется внешним, физическим принуждением, тем самым правовым отношением именуется то, что таковым не является. Отношение политического властвования отнюдь не тождественно правовому отношению, это его антипод. Когда государство представляет себя в отношениях собственности сувереном, а в собственнике видит своего подданного, правовая связь разрывается, сохраняется лишь видимость правового отношения, его юридическая оболочка (закон, судебный акт, система регистрации собственности). Иллюзия существования правовой связи, правового отношения лиц в условиях навязанной им воли государства создается позитивистами посредством технико-юридического соотнесения субъективных прав с юридическими обязанностями. Для позитивистов не существует проблемы установления способа связи участников правового отношения, нет необходимости выделения такого элемента в содержании правоотношения, поскольку нет самого правового содержания, есть лишь юридическая форма, технический инструментарий.

Способ связи субъектов правовых отношений в наиболее общем виде был сформулирован И. Кантом в его определении права (право как совокупность условий, при которых произвол одного совмещен с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы<sup>15</sup>). Речь идет о том, что в правовом отношении (в праве вообще) воля (произвол) субъекта, взятый с внешней стороны (в его внешнем выражении), должен быть совмещен с волей другого лица исходя из их правовой автономии, правовой свободы. Сформулированный Кантом принцип правового взаимодействия, связи сторон дает общее представление о том, как должно быть организовано правовое отношение.

Однако данной формулы недостаточно для объяснения конкретного способа связи участников, сторон в рамках отдельного правового отношения. В одних правоотношениях, где цели участников в основном совпадают (например, в договоре простого товарищества — совместной деятельности), их связь может строиться на принципах координации их воли. В тех случаях, когда у сторон нет общих интересов, то возможно создание одной стороной системы стимулирования для другого участника (заработная плата, разовые вознаграждения, моральные стимулы) для возникновения правовой связи между ними. Существуют и иные способы формирования правовой связи сторон.

Применительно к отношениям собственности можно выделить свой способ (систему) связи участников, характерный именно для данного вида отношений. Собственник свою связь с множеством так называемых частных лиц, опосредуемую государством, строит на принципах взаимности: ты признаешь мою собственность, мою имущественно-правовую автономию, я признаю твою, при этом каждый из нас должен стремиться к тому, чтобы совместно создавать общее правовое поле для существования собственности, правового оборота вещей.

Этот принцип взаимного признания и совместного созидания правового поля собственности переносится и на отношение собственника с государством. Поскольку собственность как социальное явление, как правовое состояние без государства невозможна, то правовое отношение собственности должно предполагать взаимное признание собственником государства и государством собственника, его права на вещь. Однако этим взаимным признанием связь собственника с государством не ограничивается: собственник нуждается в конкретных правовых услугах со стороны государства, оно — в его налогах, пошлинах, деятельности по формированию и укреплению государственности.

В отношении собственника с государством есть меркантильная сторона (ты мне — я тебе), но есть и другая, более значимая. Глубинная, сущностная связь государства с собственником зиждется не на меркантилизме, а на ином фундаменте; в основе правового отношения собственности, по нашему мнению, лежит принцип союзно-правового единства участников отношений (государства и собственника), правовой корпоративности. Государство, если оно не суверенный Левиафан, а правовое лицо, представляющее собой систему правопорядка, не может быть безучастным к собственнику и его собственности. Оно — его союзник в формировании и укреплении собственности, его детище, продолжение его правового «я»; развивая государство, он развивает и укрепляет свою собственность, расширяет социально-правовое поле собственности. Правовые отношения собственности предполагают участие в них не государства-суверена, а корпоративно-правового субъекта, союзно-правовой личности. Очевидно, что развивать отношения собственности, не меняя своих представлений о государстве, не реформируя их в сторону модели правовой государственности, невозможно. Уходя от внешней принудительности, от идеи насилия по отношению к собственнику вещи, необходимо укреплять духовные основания собственности, корпоративно-правовую, союзническую связь собственника с государством, а через нее — со всем правовым сообществом. Правовое отношение собственности должно быть отношением единомышленников, совместно создающих единое правовое пространство на корпоративных основах, на свойствах личности и возможности индивидуализации ее собственности, на восхождении от частного интереса к всеобщему, союзному правовому интересу, к духовно-правовому единству.

На основе установленной связи участников отношения возникает третье — функционально-ролевое — структурное звено правового отношения. Для субъектов правового отношения важно определить общую картину их правового взаимодействия: какие функции, виды деятельности каждый из них осуществляет, в какой последовательности и как их виды деятельности соотносятся с видами деятельности (функциями) других участников. У них должен быть функционально-ролевой сценарий их взаимодействия,

где в соответствии с избранными ими правовыми ролями определяются их общие и конкретные правовые функции, что они делают и как (способы, формы их деятельности). Способ связи субъектов отношения в этом сценарии детализируется, уточняется в конкретных направлениях деятельности участников, в их согласовании, взаимной увязке.

Для собственности это функционально-ролевое звено правового отношения имеет особое значение: государство и собственник в настоящее время не ведут совместного баланса своих взаимных функций. Собственник, вступая в отношения собственности, нередко даже не догадывается о том, какую социальную плату он должен «заплатить» за собственность, что он должен за нее государству. Отсутствие точного, полного учета взаимных функций приводит к тому, что нередко собственник, осознав непропорциональность его усилий по содержанию собственности тем благам, социальным гарантиям, которые он получает от государства, вынужден отказываться от своей собственности или искать другие места для размещения своих капиталов, приложения собственности. Опыт советской системы хозяйствования, а также ряда европейских стран, применяющих прогрессивную систему налогообложения собственности, свидетельствует об опасности нарушения баланса интересов собственника и государства. Для законодателя важно не только поддерживать разумное соотношение функций, видов деятельности, осуществляемых собственником и государством, но и наладить диалог между ними, чтобы они на взаимных началах, сотрудничая друг с другом, участвовали в определении баланса их взаимных функций. При этом следует учитывать динамику собственности, неустойчивость, хрупкость достигаемого равновесия социальных и личных интересов, необходимость оперативного реагирования на возникающие диспропорции, отклонения «весов собственности» в ту или иную сторону. Всякого рода нормативно-правовые модели, основанные на установлении законодателем закрытого, исчерпывающего перечня функций и предустановленного набора прав и обязанностей сторон в отношениях собственности, как уже отмечалось, неприемлемы, поскольку не учитывают динамику собственности, а также необходимость ее индивидуализации.

На основе функционально-ролевого сценария правового отношения формируется следующее (четвертое) – технико-регулятивное – структурное звено правоотношения (включающее множество отдельных элементов), своего рода «юридический панцирь» отношения. Оно представляет собой совокупность различных юридических условий, технико-регулятивных элементов правового отношения, главными из которых являются субъективные права и юридические обязанности сторон. Данные элементы выступают составной частью правового отношения, образуют его содержание, но по отношению к другим структурным звеньям, частям правоотношения они в своей целостности выступают юридической формой, оболочкой, в которую «одеваются» рационально-волевые, коммуникативные, функциональные элементы правового отношения.

Правовые функции – роли участников отношений с помощью технико-регулятивных средств, способов правового регулирования облекаются в «юридические костюмы»: в одних случаях они оформляются в виде дозволенного вида деятельности лица либо права требования соответствующего поведения, деятельности от другого лица (в виде субъективных прав); в других – в виде правового долга (юридических обязанностей). Относительно субъекта, за которым они закрепляются, правовые функции, определенные как его права или обязанности, получают либо положительные юридические заряды (становясь «правовым активом» лица), либо отрицательные (становясь его «юридическим пассивом»). Они разделяются по правовым полюсам, формируя юридическое пространство отношения.

Для субъектов права данный этап создания правового отношения предполагает не только детальную регламентацию их поведения, определение их «правовых приобретений» и «правовых обременений», но и достижение необходимой им правовой устойчивости, стабильности отношения. С помощью технико-регулятивного звена правового

отношения обеспечивается кристаллизация, структурная закреплённость рационально-волевых, коммуникативных, функциональных структурных звеньев отношения, в целом оно юридически «замораживается».

Наряду с субъективными правами и обязанностями важными элементами технико-регулятивного звена правоотношения также выступают: правовые процедуры, юридические гарантии, меры ответственности сторон, способы разрешения конфликтов, условия изменения, прекращения правоотношения, применяемые сторонами субсидиарные нормы, правила и т. д. В этом смысле субъективные права и обязанности участников — лишь верхняя часть юридического «айсберга» отношения. Чтобы представить его целиком, необходимо рассмотреть всю совокупность условий, технико-регулятивных элементов, обеспечивающих взаимодействие сторон, причем не по отдельности, а в их связях, логической последовательности. Каждое юридическое условие, технико-регулятивный элемент выполняет в правовом отношении особую функцию, «миссию» в рамках общего правового замысла. Он «упаковывается» в общую правовую идею, регулятивную модель конкретного правового отношения, где воля участников взаимодействия находит надлежащую юридическую форму, без которой она не может реализоваться, воплотиться в жизнь. Модель, конструкция отдельного отношения в сфере действия диспозитивно-правовых норм может существенно отличаться от законодательной, нормативной модели. Стороны могут дополнить, уточнить нормативную конструкцию, синтезировать части разных правовых конструкций или создать собственную, оригинальную модель правового отношения.

Субъективные права и обязанности, хотя и играют ключевую роль в формировании «юридического панциря» отношения, однако сами по себе, без других технико-регулятивных элементов, не в состоянии обеспечить целостное регулятивное воздействие. Они должны рассматриваться как необходимые фрагменты общей технико-правовой картины отношения, как части целостной регулятивной системы, где каждый элемент существует не отдельно от других, а служит единому правовому замыслу. Без юридических процедур, правовых гарантий, механизмов ответственности, способов разрешения споров между участниками отношения их субъективные права и обязанности представляют собой лишь правовые декларации, необеспеченные притязания субъектов права. Названные технико-регулятивные элементы, а также многие другие выполняют в правоотношении особую «миссию», их не следует рассматривать в качестве «довесков» субъективных прав и юридических обязанностей и исключать из состава элементов правового отношения. Юридические процедуры, например, могут предшествовать возникновению субъективных прав и обязанностей сторон, обуславливать их возникновение. В частности, процедуры государственной регистрации сделок с объектами недвижимости имеют решающее значение для возникновения субъективных прав и юридических обязанностей собственника вещи, они дают старт отношению собственности. В данном случае процедура оказывается первичной по отношению к субъективным правам и обязанностям, они обуславливаются ей, а не наоборот. Процедуры способны также выполнять функцию юридической мембраны, разделяющей «правовые поля» собственности (процедуры межевания, кадастрового учета, технической инвентаризации имущества и др.). В этом случае они являются вполне самостоятельными технико-регулятивными элементами отношения, непосредственно не относимыми ни к субъективному праву собственника, ни к его юридической обязанности. Также вполне самостоятельную роль в отношениях собственности играют процедуры, способы разрешения споров, конфликтов, возникающих между собственником и государством, иными лицами.

Важную функцию в отношениях собственности выполняют юридические гарантии собственности. К их числу можно отнести не только отдельные, частные условия, обеспечивающие ее неприкосновенность, сохранность (например, отказ государства от национализации, мораторий на принятие налоговых законов, ухудшающих положение

собственника, и т. п.), но и глобальные, инфраструктурные гарантии собственности: систему правосудия, систему охраны правопорядка и пр. Наличие подобного рода инфраструктурных гарантий собственности есть необходимое условие, предпосылка возникновения всякого правового отношения собственности и соответственно субъективных прав и обязанностей сторон. Гарантирующую, обеспечительную функцию в отношении собственности выполняют и юридические механизмы, формы государственного признания, укрепления собственности (нотариальные формы, системы признания интеллектуальной собственности, государственной регистрации прав собственности и т. д.). Существование, функционирование этих юридических механизмов, систем обеспечивает стабильность собственности, прочность формирующихся отношений.

Отдельного внимания в рамках исследования отношений собственности заслуживают юридические механизмы, условия взаимной ответственности собственника перед государством и государства перед собственником. Обычно в рамках законодательного регулирования отношений собственности обсуждаются вопросы юридической ответственности собственника перед государством (административной, налоговой, уголовной, гражданско-правовой), а государство оказывается вне поля зрения законодателя. Однако для собственности как взаимного, двустороннего отношения не менее важны формы юридической ответственности государства перед собственником. Уже сам факт юридического закрепления ответственности государства перед гражданином или юридическим лицом представляется важным с точки зрения формирования правовой основы для преобразования односторонне властного отношения государства к собственнику в двустороннее, взаимное отношение. Таким образом, при анализе юридического фундамента отношения собственности не следует ограничиваться лишь установлением субъективных прав и обязанностей сторон, необходимо расширить рамки исследования, оценивая в качестве содержания правового отношения всю совокупность юридических условий, технико-регулятивных элементов, обеспечивающих существование данного вида социального отношения в их единстве, системе.

Пятое структурное звено отношения собственности (в логической цепи – завершающая часть отношения) включает поведенческие элементы. Речь идет о действиях, поступках субъектов права – участников отношения, нацеленных на осуществление их субъективных прав и обязанностей, а в более широком плане – их интересов, воли. В позитивизме правовое поведение субъектов права выводится за рамки правоотношения, рассматривается не как неотъемлемая часть правовой материи, права, а как нечто внешнее по отношению к нему, как «акты реализации норм права». Предполагается, что «настоящее», «действительное» право – это нормы, а основанные на нормах акты поведения участников отношений представляют собой «правовую тень», производное от права явление. С точки зрения представителей данного воззрения, собственник своим поведением осуществляет не собственную волю, интерес, а волю, интерес законодателя; следовательно, правоотношение собственности существует не для собственника, а во имя нормы, для ее реализации. В позитивизме искажается суть правового отношения, гипертрофируется роль законодателя и нивелируется воля субъектов права; реальное правовое взаимодействие участников отношения подменяется его нормативными шаблонами. Право сводится к совокупности норм, а реальность правового взаимодействия, правовое поведение лиц исключаются из предмета исследования.

Однако норма – это лишь возможность правового отношения, его законодательный проект, реальность же правового отношения заключается в действиях и поступках субъектов права, в их правовом поведении. Динамика правового отношения состоит в переходе от возможности к действительности, от нормативных моделей – к конкретным актам поведения, действиям и поступкам. В правовом отношении поведение субъектов составляет его неотъемлемую часть, именно оно делает его правовой реально-

стью, поэтому юридические действия, поступки лиц наряду с названными элементами должны рассматриваться в качестве «материи», субстрата правового отношения.

Для формирования отношений собственности поведенческие элементы особо значимы, без них собственность мертва, не одушевлена. Юридическое закрепление вещи за собственником в качестве его правовой принадлежности — это только предпосылка осуществления его личных, собственнических интересов. Без правового владения вещью, без осуществления юридических действий в отношении ее, разнообразных сделок, использования ее в правовом обороте собственность не имеет смысла, является пустой, ничтожной. Собственность «живет» в правовом обороте, обязательствах, договорах, сделках, в правовой коммуникации; именно здесь она становится правовой действительностью. Правовое поведение собственника как владельца вещи — то содержание, которое наполняет юридический сосуд собственности, делает собственность полноценной.

Рассматривая отношение собственности сквозь призму поведения его участников, можно заметить, что каждое отношение оригинально, неповторимо. В поведении любого лица выражается его индивидуальность, особые социально-правовые качества; поступки, юридические действия собственника вещи не исключение. В его собственности, в правовом отношении по поводу вещи проявляются особенности его личности, своеобразие его интересов, потребностей, сознания. Каждый собственник по-своему выражает себя в собственности, созидает свое, присущее только ему правовое поле собственности.

Отношение собственности только внешне (если рассматривать его сквозь призму нормативной модели) представляется типичным, однообразным для всех субъектов права, внутренне же (когда оценивается вся совокупность актов правового поведения собственника, весь комплекс созданных им микроотношений собственности) оно самобытно, как сама личность. Отношение собственности в поведенческом плане личностно ориентированно, оно отражает внутренний духовный мир лица, его сознание, волю, направленность его интересов. Личностный характер отношений собственности, возможность их индивидуализации должны учитываться законодателем при его нормативных построениях, принимаемые им правовые положения должны быть гибкими, предполагать возможность модификации, приспособления к конкретным условиям, потребностям субъектов права. Правовая форма отношения собственности должна учитывать динамику развития данного отношения, создаваться «на вырост», она должна быть способна вместить различное правовое содержание в зависимости от личностных качеств субъектов права, их особых интересов.

Таким образом, собственность может быть рассмотрена как особого рода правовое отношение, возникающее между собственником и государством, а через него — с другими субъектами права (физическими и юридическими лицами), предметом которого является юридическое закрепление вещи за конкретным лицом, а также определение условий правового обладания ею. Данное отношение имеет корпоративно-правовую природу, оно предполагает существование единого правового союза, корпорации субъектов права, каждый из которых признает других в качестве правоспособных лиц, их самостоятельность, права на обладание имуществом и участвует в совместном созидании правовой сферы. Собственность как отношение формируется не на основе частноправовых актов (договоров или односторонних сделок), а на основе закона, «вырастает» из системы правопорядка, поэтому для него значимы акты государственной регистрации прав собственника, нотариальные и иные акты публично-правового признания.

Отношение собственности по своей структуре многоэлементно, оно включает множество связанных между собой микроотношений. В нем синтезируются элементы конституционно-правовых, гражданско-правовых, административно-правовых, налоговых, процессуальных и иных отношений, совмещаются признаки, свойственные частноправовому и публично-правовому типам связей (является синтетическим отношением).

Содержание отношения собственности раскрывается не только через совокупность субъективных прав и обязанностей сторон, но и через реализуемые ими в правовом взаимодействии представления друг о друге, их правовые позиции (рационально-волевые элементы правоотношения); через способ связи, систему совмещения интересов, волю субъектов (коммуникативные элементы отношения); совокупность правовых функций, видов деятельности (функционально-деятельностные элементы отношения); посредством определения множества юридических условий, технико-регулятивных элементов (технико-правовые элементы отношения); актов правового поведения участников отношений, их действий и поступков (поведенческие элементы отношения). Объединяя названные структурные элементы правового отношения собственности, можно сформировать относительно полную его картину.

<sup>1</sup> Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 613–614.

<sup>2</sup> Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. 2-е изд. СПб., 1910. Т. 2. С. 406–407.

<sup>3</sup> Kohler H. Gesammelte Beitrage zum Civilprocess. 1894. S. 5–6. Цит. по: Васильковский Е. В. Учебник гражданского права. Вып. II. Вещное право. СПб., 1896. С. 61.

<sup>4</sup> Генкин Д. М. Право собственности в СССР: моногр. М., 1961. С. 36–38.

<sup>5</sup> Рыбалов А. О. Абсолютные права и правоотношения // Правоведение. 2006. № 1. С. 140.

<sup>6</sup> Гревцов Ю. И., Хохлов Е. Б. О юридико-догматических химерах в современном российском правоведении // Правоведение. 2006. № 5. С. 10.

<sup>7</sup> Алексеев Н. Н. Собственность и социализм. Опыт обоснования социально-экономической программы евразийства // Русская философия собственности (XVII–XX вв.). СПб., 1993. С. 371.

<sup>8</sup> Там же. С. 372.

<sup>9</sup> Там же. С. 375.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> Генкин Д. М. Рецензия на книгу В. Кнаппа «Собственность в странах народной демократии» // Сов. государство и право. 1955. № 6. С. 129.

<sup>12</sup> Там же.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Генкин Д. М. Право собственности в СССР. С. 34–47.

<sup>15</sup> Кант И. Соч.: в 6 т. М., 1965. Т. 4. Ч. 2. С. 139.

Р. Ш. Гарипов\*

## ЗАЩИТА ПРАВ КОРЕННЫХ НАРОДОВ В РАМКАХ МЕЖАМЕРИКАНСКОЙ СИСТЕМЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

*Освещается деятельность Межамериканского суда по правам человека в области защиты прав коренных народов. На конкретном примере подчеркивается его роль в защите прав индейцев на исконные земли и ресурсы. Делается вывод о возрастающем интересе к правам коренных народов на американских континентах, где важная роль сегодня отводится Соединенным Штатам Америки.*

*Ключевые слова: права человека, коренные народы, индейцы, аборигены, Межамериканский суд по правам человека*

Спустя более 500 лет после открытия Колумбом Америки коренные народы поняли, что их проблемы все еще не воспринимаются всерьез, вопросы их выживания мало кого интересуют, а их призывы и выступления остаются без внимания. Так, в Бразилии вплоть до принятия новой Конституции в 1988 г. у индейцев были такие же права, как у несовершеннолетних<sup>1</sup>. В Индонезии коренное население официально квалифицируется как изолированное и враждебное, или изолированное и отсталое, в США коренные народы считаются внутренне зависимыми нациями и т. п.<sup>2</sup> До сих пор у большинства людей коренное население ассоциируется с первобытными людьми, которых не коснулись ни просвещение, ни научно-технический прогресс. Чаще всего их представляют в виде украшенных перьями индейцев и полуобнаженных аборигенов, сопротивляющихся вторжению «цивилизованных» пришельцев, несущих свет в их темную жизнь.

В 1995 г. в Межамериканскую комиссию по правам человека поступила жалоба на правительство Никарагуа от имени Индейского правового центра и представителей индейской общины Авас Тингни. В исковом заявлении сообщалось, что правительство Никарагуа нарушило права общины, не сумев эффективно гарантировать и защитить имущественные права ее членов, основанные на традиционном владении и пользовании. В жалобе говорилось о незаконной вырубке леса корейской компанией с разрешения властей страны без согласования с членами индейской общины. Комиссия постановила, что правительство Никарагуа непосредственно несет ответственность за нарушение имущественных прав, закрепленных в ст. 21 Межамериканской конвенции о правах человека 1969 г., поскольку предоставило концессию корейской компании на строительство дороги и проведение лесозаготовительных работ на землях общины Авас Тингни без согласия членов общины<sup>3</sup>. В докладе Комиссии содержались рекомендации правительству Никарагуа, однако мероприятия, предпринимаемые властями, оказались недостаточными, и дело было передано Комиссией в Межамериканский суд.

В числе последних решений Межамериканской комиссии по правам человека следует также выделить дело сестер Мэри и Кэрри Дэн против США (2002 г.), в котором Комиссия признала США виновными в незаконном изъятии принадлежащих западным шошонам земель<sup>4</sup>. Это дело стало настоящим прорывом в области защиты прав коренных народов. США были признаны виновными в нарушении норм международного права в области защиты прав человека в целом и представителей коренных народов в частности, им было рекомендовано вернуть шошонам земли в штате Невада.

\* Гарипов Руслан Шавкатович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и методики обучения государственно-правовым дисциплинам факультета правового образования Татарского государственного гуманитарно-педагогического университета (Казань). E-mail: arslan111@rambler.ru.

В августе 2001 г. Межамериканский суд вынес решение по делу «Община Авас Тингни против Никарагуа», переданному ему из Межамериканской комиссии. В своем решении Суд подтвердил, что общине Авас Тингни принадлежат коллективные права на их исконные земли, ресурсы и окружающую среду. Суд постановил, что неспособность должным образом и эффективно признавать, гарантировать, уважать и обеспечивать соблюдение этих прав вступает в противоречие с обязательствами государств, предусмотренными Американской конвенцией. Суд принял решение, имевшее существенное значение и далекоидущие последствия.

Знаменателен тот факт, что среди всех функционирующих региональных систем защиты прав человека именно Межамериканский суд по правам человека первым вынес решение по делу, непосредственно касающемуся прав коренных народов. Впервые в истории международных отношений судебный орган поддержал территориальные права коренных народов и подтвердил, что эти права основаны на владении и пользовании указанными территориями в соответствии с традиционными местными формами владения, а не на основе признания или внесения в реестр властями. Фактически Суд признал, что правовой титул коренных народов, т. е. права на исконную землю и ресурсы, основанные на их традиционном владении, обязывает межамериканское законодательство о правах человека признать недействительными многовековые американские правовые установки, согласно которым права коренных народов на землю зависели от признания колониальными властями и сменившими их национальными правительствами. Межамериканская комиссия по правам человека признала решение Суда историческим шагом в признании прав коренных народов на их землю<sup>5</sup>.

О праве собственности коренных народов Суд провозгласил следующее: «Принимая во внимание характер рассматриваемого дела, необходимо понять концепцию собственности, свойственную местным общинам. У коренных народов существуют общинные традиции, что подтвердила их общинная форма коллективного владения землями. Смысл ее в том, что собственность сосредоточена не у отдельных лиц, а у групп и у общин. В соответствии с фактом самого существования коренные народы имеют право свободно проживать на своих собственных территориях. Тесные взаимоотношения, связывающие общины с землей, необходимо признать и рассматривать как основу их культуры, их духовной жизни, культурной целостности и экономического выживания. Для местных общин отношение к земле не просто отношение, основанное на владении и производстве. Оно также содержит элемент материальной и духовной субстанции, которым они должны воспользоваться в полной мере, а также является средством сохранения их культурного наследия и способом передать его будущим поколениям. Особое внимание необходимо уделить общему праву коренных народов из-за юридического действия, которое оно оказывает. Так как владение землей является продуктом традиции, то этого достаточно для того, чтобы наделить местные общины, не имеющие правового титула, правом на получение официального признания и регистрации их прав собственности»<sup>6</sup>. Таким образом, Суд снова подтвердил первостепенное значение территориальных прав местных общин для их культурной целостности и указал, что источник их права собственности — традиционное владение территорией независимо от того, признано оно государством или нет.

За 2008 г. Судом было рассмотрено 18 дел, прямо или косвенно связанных с нарушением прав представителей коренных народов: дело «Рохела Масакар против Колумбии» от 28 января; дело «Канторал Хуамани и Гарсиа Санта Круз против Перу» от 28 января; дело журналиста «Эдуардо Кимел против Аргентины» от 2 мая; дело «Эскуе-Запата против Колумбии» от 5 мая (об избиении и убийстве лидера местной общины коренных народов); дело «Сальвадор Чирибога против Эквадора» от 6 мая; дело «Ивон Нептун против Гаити» от 6 мая; дело «Мигель Кастро против Перу» от 2 августа; дело «Апитс Барбера против Венесуэлы» от 5 августа (о восстановлении в должности трех судей);

дело «Албан Корнехио против Эквадора» от 5 августа; дело «Кастанеда Гутман против Мексики» от 6 августа (истцу отказали в регистрации в качестве независимого кандидата для участия в президентских выборах в Мексике в июле 2006 г.); дело «Народ Сарاماка против Суринаме» от 12 августа (об ограничении прав на землю представителей народа Сарاماка и препятствовании их доступу к правосудию); дело «Хелиодоро Португал против Панамы» от 12 августа; дело «Байарри против Аргентины» от 30 октября; дело «Гарсиа Прието против Эль Сальвадора» от 24 ноября; дело «Чепарро Альварез и Лапо Инигуз против Эквадора» от 26 ноября; дело представителей индейцев майя «Ти Тохин против Гватемалы» от 26 ноября; дело «Тикона Эстрада против Боливии» от 27 ноября и дело «Вале Ярамилло против Колумбии» от 27 ноября.

За 2009 г. Суд рассмотрел 13 дел, среди которых: дело «Тристан Доносо против Панамы» от 27 января; дело «Луизина Риос против Венесуэлы» от 28 января; дело «Габриэла Перозо против Венесуэлы» от 28 января; дело «Кавас Фернандес против Гондураса» от 3 апреля; дело «Реверон Трухилло против Венесуэлы» от 30 июня; дело «Асеведо Буэндиа против Перу» от 1 июля; дело «Тикона Эстрада против Боливии» от 1 июля; дело «Эчер против Бразилии» от 6 июля; дело «Виле Ярамилло против Колумбии» от 7 июля; дело «Анзуальдо Кастро против Перу» от 22 сентября; дело «Гарибальди против Бразилии» от 23 сентября; дело «Дакоста Кадоган против Барбадоса» от 24 сентября; дело «Асеведо Буэндиа против Перу» от 24 ноября.

Профессор А. Х. Абашидзе пишет о том, что отечественная литература по международному праву, рассматривая региональные системы защиты прав человека, предпочитает ограничиваться анализом европейской системы защиты прав. Он подчеркивает актуальность и малоизученность межамериканской системы защиты прав человека, которая, безусловно, представляет научный и практический интерес. Более того, американская система в некоторых сферах деятельности продвинулась дальше по сравнению с европейской и незаслуженно остается вне поля зрения российской науки международного права. Речь, в частности, идет о защите прав коренных народов в американской системе защиты прав человека<sup>7</sup>.

Достаточно активно этот процесс идет в Южной Америке, где в конце XX – начале XXI в. происходят определенные изменения в ситуации с правами индейцев. Например, Конституция Панамы 1972 г. включила положения о региональной автономии нескольких групп индейцев и признала право индейцев обучаться на двух языках. Новые конституции Гватемалы (1986 г.) и Бразилии (1988 г.) впервые в истории стран Латинской Америки гарантировали права индейцев. К этому следует добавить, что Аргентина и Перу на субрегиональном уровне разработали законы, в которых признаются права индейцев на территорию, язык и культуру<sup>8</sup>. Достаточно большой шаг в сторону расширения прав коренных народов был сделан в новой Конституции Боливии, принятой в январе 2009 г.

Всего на обоих континентах Америки насчитывается около 40 млн жителей, относящих себя к категории коренных народов<sup>9</sup>. На заседании глав государств ОАГ в 2009 г. было единодушно высказано желание продолжать работу в сфере защиты прав коренных народов, роль лидера в этом процессе отводилась Соединенным Штатам Америки. Администрация нового президента США Барака Обамы поддержала идею о необходимости скорейшей доработки текста Межамериканской декларации по правам коренных народов, подчеркнув ее значение.

<sup>1</sup> *Pallemaerts M. Development, Conservation and Indigenous Rights in Brazil // Human Rights Quarterly. 1986. Vol. 8. P. 374.*

<sup>2</sup> *Абашидзе А. Х., Ананидзе Ф. Р. Правовой статус меньшинств и коренных народов: международно-правовой анализ: моногр. М., 1997. С. 145.*

<sup>3</sup> *Macklem P., Morgan E.* Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in *Awas Tingni v. Republic of Nicaragua* // *Human Rights Quarterly*. 2000. Vol. 22. P. 569.

<sup>4</sup> *Anaya J. S.* *Indigenous Peoples in International Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, 2004. P. 147.

<sup>5</sup> *Абашидзе А. Х.* Межамериканская система защиты прав человека и проблема защиты прав коренных народов // *Московский журн. междунар. права*. 2004. № 1. С. 56.

<sup>6</sup> *Anaya J. S., Grossman C.* The Case of *Awas Tingni v. Nicaragua*: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples // *Arizona Journal of International and Comparative Law*. 2002. Vol. 19. № 1. P. 11.

<sup>7</sup> *Абашидзе А. Х.* Межамериканская система защиты прав человека и проблема защиты прав коренных народов. С. 55.

<sup>8</sup> *Абашидзе А. Х.* Защита прав меньшинств по международному и внутригосударственному праву. М., 1996. С. 340.

<sup>9</sup> *Morse B. W.* *The Struggle for Recognition: Comparing the Rights of Indigenous Peoples and Minority Groups in International and Domestic Law*. Ottawa, 2002. P. 95.

Ю. С. Безбородов\*

Д. А. Каримов\*\*

**МОНАРХИЧЕСКОЕ НАЧАЛО  
В НЕКОТОРЫХ МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ АССОЦИАЦИЯХ  
СОВРЕМЕННОГО ПЕРИОДА**

*Исследуются правовые конструкции межгосударственных организаций, в составе которых находится монарх. Предлагаются некоторые способы оптимизации выполнения своих функций монархами Великобритании и Нидерландов в рамках государств, входивших некогда в состав соответствующих колониальных империй.*

*Ключевые слова: монархия, международные организации, Содружество, ассоциация*

В настоящее время монархические государства вынуждены постоянно адаптироваться к быстро изменяющимся условиям и требованиям социума, продиктованным глобализацией. При этом монархии чаще демонстрируют положительные результаты, нежели республики, что проявляется также в высоком качестве и уровне жизни в монархических государствах (Норвегии, Японии, Дании, Нидерландах, Великобритании и др.).

Появление в сегодняшнем мире действенных союзов на принципах ассоциации видится отчасти как расширение границ государств и уход от проблем, связанных с нехваткой территории. Монархическое начало в данном случае будет иметь как сторонников, так и противников.

Сторонники, вероятно, отметят, что союзы эти строятся на базе бывших империй, что позволяет географически присутствовать в разных уголках планеты, в том числе в наиболее развитой Европе. Преимущество монархического начала состоит также в некоем прагматизме в деятельности монарха: он отождествляется с данной ассоциацией и вынужден действовать ей во благо под угрозой потери всех своих статусов и собственности, которую он использует. Кроме того, монарх станет более влиятельной фигурой, нежели генеральный секретарь или иной глава союза, поскольку последние фигуры выборные, а монарх вынужден в силу указанных причин стоять над всеми нациями.

Противники такой ассоциации возразят, что монарх есть глава иностранного государства и его реальные полномочия могут навредить их независимости. Создать наследственную должность в рамках союза (т. е. наднациональную) можно, ибо ее представитель тоже вынужден будет содействовать развитию союза. Но для этого необходимо, чтобы союз имел гарантии (возможно, конституционные) нераспада.

Новый демократизм, порожденный мировым опытом, стремится полностью контролировать существующие институты власти. Иногда слышатся нападки и на существующие монархические режимы, при этом уровень их развития во внимание не принимается. Отметим, что современные европейские монархии ничего общего с феодальной, рабовладельческой (переходной, а также существующими сейчас по инерции их подобиями) монархией не имеет. Те монархии представляли собой совокупность индивидов и аристократии, это закономерно, ведь распределить блага по справедливости в силу недостатка ресурсов по добыче и созданию благ было нереально. Помимо этого, зачастую личная «ущербность» требовала постоянной компенсации в виде внешних фак-

\* Безбородов Юрий Сергеевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры иностранного государственного и международного права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: yury.bezborodov@gmail.com.

\*\* Каримов Денис Александрович — аспирант кафедры административного права УрГЮА (Екатеринбург). E-mail: denis-iu521@mail.ru.

торов (вроде роскоши и т. д.), поэтому имеющие возможность ее получить вполне могли забрать блага у тех, кто не мог их защитить. Чтобы доказать народу справедливость таких установлений, на помощь пришли «высшие силы» в лице религиозных учреждений. Церковь, вместо того чтобы быть моральным идеалом, стала проводником собственных и политических убеждений.

Европейская монархия достаточно быстро избавилась от таких недостатков, и помог этому все тот же крах колониализма. Потеря дохода в лице бывших колоний переориентировала их политику на более интенсивные способы хозяйствования, что опять-таки способствовало демократии. Вместе с тем небольшие территории способствовали сохранению связей с бывшими колониями, ибо это хоть как-то увеличило авторитет некоторых государств, поскольку именно территория (не только площадь, но и географическое расположение отдельных регионов государства) – это внешнее выражение страны, первое, с чем сталкиваются, когда изучают государство и формируют выводы о нем. Внутренние факторы типа экономики, развития могут скорректировать это мнение, но уже в последующем.

Наверное, поэтому Великобритания так стремится сохранить влияние на различных территориях планеты, используя для этого и существующие возможности британской монархии. Глава Содружества – королева Великобритании, которая как глава международной организации осуществляет свои функции лично. Подчеркивается, что она не имеет права передавать их по наследству (хотя это спорный момент). Причем при всей номинальности положения Елизавета II – глава Содружества – обладает огромной свободой усмотрения в деятельности, так как в силу Лондонской декларации 1949 г. и Вестминстерского статута 1931 г. именно она выступает символом, вокруг которого объединяются народы Содружества. Что есть понятие «символ», как надо действовать в этом качестве – акты не указывают. Это правильно. Такой принцип организации помог сохранить черты национального и наднационального начал и позволяет рассуждать о том, что, возможно, в будущем наднациональные органы Содружества получат реальную власть. Например, общее собрание органов каждой из властей при согласии делегаций государств будет определять директивы, в соответствии с которыми будут действовать национальные органы. Глава Содружества как стабилизационная и авторитетная сила будет «освящать» эту деятельность.

Существуют и иные моменты совершенствования статуса главы Содружества. Эту тему отчасти затрагивали ранее<sup>1</sup>, однако в работах отмечали статус главы Содружества лишь как символический, не раскрывая его сущности, поскольку, к сожалению, в нашей науке уже утвердилось мнение о том, что если отсутствуют политические прерогативы, то чиновник занимает номинальное положение.

Мы полагаем необходимым остановиться на некоторых международно-правовых вопросах использования статуса Елизаветы II как главы 16 суверенных государств<sup>2</sup>.

Представляется, что выступление королевы как главы 16 государств в Генеральной Ассамблее ООН в 1957 и 2010 гг. наглядно продемонстрировало возможности кооперации в рамках номинальной унии. То, что Елизавета II является здесь сувереном, позволяет говорить об определенных привилегиях граждан (и их объединений) в другом таком же государстве и об определенной помощи друг другу.

В данном случае главное – необходимость учесть стремления народов к самостоятельности и независимости, а также (что характерно для периода постколониализма) определенных националистических настроений. Вместе с тем важно сделать монархию нужной. Для этого представляется возможным создать наднациональный совет под председательством Елизаветы II, который объединит всех представителей стран Содружества. Совет будет вырабатывать общую позицию с учетом мнения правительств о личном участии монарха (или членов королевской семьи) в качестве главы соответствующего государства в нем и на международном уровне. В компетенцию совета также долж-

ны входить вопросы о необходимости предствительства королевой всех 16 государств в отношениях с международными структурами. Считаем, что такие собрания должны проходить в каждом из 16 государств по очереди, что повысит их статус.

Попробуем представить себе такую ассоциацию, которая использует монархическое (профессиональное) начало, но сохраняет и демократические (эгоистические) принципы, в том числе прямую демократию. Рассмотрим ее на примере Королевства Нидерландов, Индонезии и Суринама, два из которых до определенного момента находились под властью нидерландской короны.

Предпосылки для создания такой ассоциации имеются: например, по некоторым данным, после предоставления Суринаму независимости почти половина жителей страны переехала в Нидерланды, в этих странах используется голландское право, после предоставления независимости Индонезии Нидерланды пытались создать союз во главе с королевой Юлианой, но эта идея провалилась из-за сильных тогда национальных настроений.

Сейчас важно заложить в ассоциацию реальные демократические принципы, которые стабилизируют основы союза. В частности, именно народ должен решать вопрос о том, насколько нужен этот союз государству, в случае отрицательного ответа государство выйдет из союза. Конституционное закрепление текста международного договора о союзе усилит его значение, но сохранит самостоятельность государств. При этом положения конституции целесообразно изменять только при общем согласии государств-членов, в предусмотренном для каждой конституции порядке, используя обязательный референдум в каждом государстве.

Ограничение прав главы союза – королевы Беатрикс – будет состоять в разделении функций, осуществляемых королевой и выборными (или ответственными перед ними) органами. При этом возможно проводить референдумы, которые будут обязательны для органов союза.

Королева будет исполнять директивные функции, определять основные направления деятельности государств союза (этим и подчеркивается его реальное действие). Чтобы не допустить злоупотребления полномочиями, можно уточнить, что королева как глава союза может это сделать только по совету и с согласия всех органов власти, которые и будут нести за это ответственность и давать советы в порядке, предусмотренном соответственно для издания закона, постановления правительства или постановления пленума высшего суда. Отметим, что отсутствие надобности собираться на заседания также поможет сэкономить средства бюджетов, а отсутствие государства-председателя – избежать внутренних трений между государствами, что, однако, не исключает необходимости создания нужных органов союза.

Символические функции глава союза осуществляет лично или через своих представителей, коими будут обеспечивающие постоянное представительство королевы члены королевского дома, которые имеют право на престол и теоретическую возможность занять наследственный пост главы союза. Необходимость личного участия в осуществлении полномочий в каждом случае должна согласовываться с правительством государства, на территории которого проходит мероприятие, что поможет избежать критики в излишнем вмешательстве главы иностранного государства в жизнь независимой страны.

Иной способ, который мы будем рассматривать на примере тех же государств, основан на принципе номинальной унии (когда в одном лице сосредоточиваются несколько юридических персон монархов) и чем-то схож с унией Елизаветы II и Содружества.

Королева объединит в личной унии Суринам и Индонезию. Одинаковый порядок престолонаследия будет устанавливаться схожими по содержанию статьями конституций стран, эти статьи будут изменять по согласованию со всеми государствами. Кроме того, такой же должна быть процедура изменения положений конституций о том, что содержание монарха будет осуществляться в соответствии с международными договорами

данных стран, как и внешние сношения монарха с другими государствами от имени этих стран, а также общих принципов личного исполнения функций в качестве монарха Нидерландов, Индонезии и Суринама. Унификация должна затронуть и принцип интронизации, место и порядок которой тоже будут определяться международным договором в каждом случае. Инициатива по изменению договоров должна принадлежать законодательным органам государства как представителям народа и королеве как человеку, который непосредственно указанные функции выполняет.

В современном мире имеется еще одна международная организация интеграционного типа с ярко выраженным монархическим началом — Совет сотрудничества арабских государств Персидского залива (англ. Cooperation Council for the Arab States of the Gulf)<sup>3</sup>. Организация состоит из шести стран-монархий. При этом монархическое начало здесь является, скорее, объединяющим фактором. В преамбуле Устава среди основных причин, по которым страны объединяются в союз, названы наличие у них общих черт и возможность формального закрепления привилегий Верховного совета как высшего органа объединения, состоящего из глав (т. е. монархов, в том числе президента Объединенных Арабских Эмиратов) государств-членов. В ст. 8 Устава в числе функций Совета указано его определяющее воздействие на всю политику организации, а через эту функцию — и на политику стран-членов.

Примером ассоциации интеграционного типа с монархическим началом является и Организация иберо-американских государств, включающая Испанию, ее бывшие колонии, а также Португалию и Бразилию<sup>4</sup>. Стремление Испании сохранить влияние в регионе было провозглашено с момента обретения колониями независимости в течение XIX в. По принятой в 1978 г. Конституции к функциям короля Испании относится осуществление международных отношений с иными государствами, особенно с теми, которые составляют часть того же исторического сообщества.

Король Испании — почетный глава Организации в силу международных документов, конституирующих ее статус, однако его статус в Уставе Организации не упоминается. Между тем главой Организации признан именно король Испании, а не лично Хуан Карлос I. Определенный наследственный признак позволяет олицетворять единство данного объединения, что подтверждается и тем, что в 2008 г. Хуан Карлос I был признан самым популярным политиком в Организации.

Анализ монархического начала в современных международных интеграционных объединениях — новая и необычная в рамках международного права задача. Как показывает практика, монархия, адаптируясь к международно-правовым статусам, сохраняет все положительные черты и позволяет более активно, нежели выборные органы, действовать от имени международной организации. При этом «международная» монархия начисто лишена способности негативно влиять на дела государств: в силу наднационального статуса она получает неограниченное, но все-таки символическое право на участие в жизни народов. Поэтому монархия вынуждена быть скорее авторитетной, нежели политической силой.

<sup>1</sup> Подробнее см.: Безбородов Ю. С., Каримов Д. А. Особенности международно-правового статуса Британского Содружества // *Международное публичное и частное право*. 2010. № 1; Каримов Д. А. Эволюция развития статуса британского монарха в Содружестве // *Актуальные вопросы публичного права: материалы VI Всерос. науч. конф. молодых ученых и студентов (26–27 октября 2007 года)* / отв. ред. М. С. Саликов. Екатеринбург, 2007. Ч. 1 (в статье содержится разработанный автором проект договора, регламентирующего основные институты Содружества, в том числе статус его главы); Каримов Д. А. Эволюция формы правления в международной организации (на примере Британского Содружества) // *Проблемы современного российского права: тезисы докладов Междунар. межвуз. науч.-практ. конф. (4–5 мая 2007 года)*. Челябинск, 2007; Каримов Д. А. Международно-правовые и конституционные основы Главы Содружества (тезисы перспективного развития) // *Актуальные вопросы публичного права: материалы V Межрегиональной науч. конф. молодых ученых и студентов (14 октября 2006 года)* / отв. ред. М. С. Саликов.

Екатеринбург, 2006; *Каримов Д. А.* Конституционные и международно-правовые основы Содружества // Актуальные вопросы публичного права: материалы IV Межрегиональной науч. конф. молодых ученых и студентов (18 ноября 2005 года). Екатеринбург, 2005. Вып. 4; *Крылова Н. С.* Содружество наций: политико-правовые проблемы. М., 1997; *Сумина Е. Г.* Содружество наций: правовая природа, структура, принципы и формы деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997.

<sup>2</sup> Наряду с Соединенным Королевством, Елизавета II является сувереном следующих государств: Антигуа и Барбуда, Австралии, Канады, Новой Зеландии, Папуа – Новой Гвинеи, Соломоновых островов, Тувалу, Сент-Люсии, Белиза, Багамских островов, Барбадоса, Гренады, Ямайки, Сент-Китса и Невиса, Сент-Винсента и Гренадины.

<sup>3</sup> Общая информация об Организации: URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%A1%D0%90%D0%93%D0%9F%D0%97> (дата обращения: 19.07.2010). Объединение действует как международная организация, имеет Устав, наднациональные и оперативные органы. Официальные страницы Организации: URL: <http://gcc-sg.org/eng/index.php?action=Sec-Show&ID=1> (дата обращения: 19.07.2010); URL: <http://gcc-sg.org/eng/index.php?action=Sec-Show&ID=2> (дата обращения: 19.07.2010).

<sup>4</sup> URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Organization\\_of\\_Ibero-American\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Organization_of_Ibero-American_States) (дата обращения: 27.07.2010).

П. Н. Бирюков\*

## ЕВРОПЕЙСКИЙ ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННЫЙ ОРДЕР

*Статья посвящена правовой помощи по уголовным делам в странах Евросоюза. Подробно исследованы вопросы использования доказательств, полученных в странах ЕС. Охарактеризована процедура направления и исполнения запросов о наложении ареста на документы и другие доказательства в странах ЕС. Выявлены основные проблемы в использовании Европейского доказательственного ордера.*

*Ключевые слова: Европейский Союз, пространство свободы, справедливости и безопасности, правовая помощь по уголовным делам, Европейский доказательственный ордер*

Одним из направлений сотрудничества в рамках третьей опоры ЕС является правовая помощь по уголовным делам. Важную роль в уголовном судопроизводстве играет передача предметов, документов и данных для их использования в качестве доказательств.

Государства ЕС активно участвуют в конвенциях, регламентирующих различные аспекты получения доказательств. Так, Конвенция о правовой помощи по уголовным делам 1959 г.<sup>1</sup> обеспечивает основные направления сотрудничества в получении доказательств. В 1978 и 2001 гг. к Конвенции были приняты дополнительные протоколы. Положения Конвенция 1959 г. расширены Шенгенской конвенцией 1990 г.<sup>2</sup>, Конвенцией ЕС о правовой помощи по уголовным делам 2000 г.<sup>3</sup> и Протоколом 2001 г. к последней<sup>4</sup>.

По ст. 5 Конвенции 1959 г. каждое государство может сделать заявление о том, что выполнение судебного поручения по обыску или конфискации (*letters rogatory for search or seizure*) может быть поставлено в зависимость от одного или более следующих условий: двойная криминализация; преступление, по которому делается запрос, является основанием для выдачи; исполнение производится в соответствии с законом запрашивающего государства. Вместе с тем ст. 51 Шенгенской конвенции 1990 г. ограничивает возможность использования государствами подобных оговорок. Согласно ст. 51 государства-члены Шенгенской конвенции не могут ставить допустимость судебного поручения по обыску и конфискации в зависимость от других условий, за исключением следующих. Во-первых, преступление должно быть наказуемо по законам обоих государств лишением свободы на срок от шести месяцев и более. Во-вторых, преступление наказуемо по закону одного из этих государств штрафом, а в другом государстве должно быть административным правонарушением.

Законодательство стран ЕС предусматривает большое число процессуальных мер в процессе собирания доказательств по уголовным делам. В их числе:

1) «полномочия по сохранению» (или «превентивные ордера»). Они используются только в отношении третьих лиц. Их цель – сохранить доказательства у третьих лиц без передачи их компетентным правоохранительным органам;

2) «полномочия по наложению ареста». Арест (*seizure*) – это не просто мера по сохранению доказательства, но и временное обладание им органом, осуществляющим расследование. Она может применяться в отношении доказательств, находящихся как у подозреваемых, так и у третьих лиц;

3) «полномочия требовать предоставления, раскрытия (*disclosure*) доказательств». В некоторых государствах ЕС судебные власти имеют полномочия требовать, чтобы третьи лица добровольно предоставили доказательства. Этот способ основывается на

\* Бирюков Павел Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права Воронежского государственного университета (Воронеж). E-mail: birukovpn@yandex.ru.

сотрудничестве с третьими лицами. В случае неэффективности такого сотрудничества суды дают ордер на обыск для получения доказательств (*search order to seize the evidence*);

4) «производственный ордер» (*production order*). Он используется, когда третье лицо согласно сотрудничать, но в силу разных причин (риск привлечения к ответственности в связи с нарушением конфиденциальности) предпочитает добровольно не сотрудничать со следственными органами. «Производственные ордера» обязывают третье лицо передать доказательство. Они применяются в отношении определенных категорий доказательств и обусловлены тяжестью преступления;

5) «ордер на обыск и арест» (*search & seizure orders*). Чаще всего такие ордера используются для получения доказательств, находящихся в жилище. Законодательство европейских государств относительно проникновения в жилище содержит существенные различия. В некоторых странах указанные полномочия ограничены только тяжкими преступлениями. В других такие действия могут использоваться для расследования всех преступлений. Европейская конвенция 1950 г. гарантирует минимальные стандарты защиты при производстве обыска и конфискации. Однако имеется множество вариаций в гарантиях. Они включают: степень уверенности, что доказательства находятся в жилище, которое будет обыскано; время дня, когда санкция на обыск будет реализована; сведения о человеке, жилище которого было обыскано; правила, применяемые, когда владелец отсутствует; присутствие при обыске понятых.

На заседании Европейского Совета в Тампере (октябрь 1999 г.) было решено, что принцип взаимного признания должен стать краеугольным камнем правовой помощи в области как гражданского, так и уголовного судопроизводства. Европейский Совет обратился с просьбой к Совету и Комиссии разработать программу мер, которая бы ввела принцип взаимного признания в область расследования уголовных дел<sup>5</sup>.

В целях унификации правил передачи доказательств в ЕС было принято Рамочное решение Совета по Европейскому доказательственному ордеру в получении предметов, документов и данных для их использования в производстве по уголовным делам (*a European Evidence Warrant*; далее – Европейский доказательственный ордер, ордер). Данное Рамочное решение заменяет условия правовой помощи, существующие в конвенциях Совета Европы и ЕС, в той части, в какой они имеют дело с объектами, документами или данными, находящимися в пределах объема этого решения. Аналогичные нормы закреплены в Рамочном решении о Европейском ордере на арест<sup>6</sup>. Прекращают свое действие ст. 51 Шенгенской конвенции и ст. 2 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. Рамочное решение заменило существующие процедуры правовой помощи Европейским ордером в целях получения предметов, документов и данных для их использования в производстве по уголовным делам.

Статья 1 решения дает определение ордера. Просматривается единый подход европейских институтов к признанию решений иностранных правоохранительных ордеров (см. также ст. 1 Рамочного решения о Европейском ордере на арест). Ордер рассматривается как судебное решение, принятое одним государством ЕС для получения объектов, документов и данных от другого. Статья 1 содержит обязательство для государств-членов исполнять ордер на основе принципа взаимного признания.

В ст. 2 Рамочного решения даны определения наиболее важных понятий, используемых в процедуре Европейского доказательственного ордера. Необходимо отметить, что издающими властями (*the issuing authority*) должны быть судья, расследующий магистрат (*investigating magistrate*) или обвинитель (*prosecutor*). Другие компетентные власти (в том числе полиция, таможня и административные власти) не имеют полномочий на издание ордера, они могут лишь ходатайствовать перед указанными лицами о выдаче.

Статья 2 также объясняет термины «информационная система» и «компьютерные данные», взятые из проекта Рамочного соглашения Совета об атаках информационных систем<sup>7</sup>. Она содержит определение электронной сети сообщений (*the electronic communications network*), аналогичное закрепленному в Директиве Европарламента и Совета 2002/21/ЕС от 7 мая 2002 г.<sup>8</sup>

В ст. 2 преступление характеризуется как уголовное правонарушение или действие, которое наказуемо по закону издающего порядок государства вследствие его совершения, при условии, что решение может начать разбирательство судом, имеющим юрисдикцию по уголовным делам. Это означает нарушения, подходящие под существующий режим двойной преступности (*the dual criminality regime*) в ст. 51 Шенгенской конвенции.

Статья 3 определяет типы объектов, документов или данных, для которых может быть издан ордер. Сюда относятся любые объекты, документы или данные, которые могут быть использованы в процессах со ссылкой на ст. 4. Статья основывается на понятии «доказательство», содержащемся в Рамочном решении о «замораживании» ордеров.

Вместе с тем ордер не может быть использован при совершении следующих действий:

а) при получении доказательств в виде интервью, заявлений или других типов слушаний (в том числе в телефонных конференциях и видеоконференциях), включающих подозреваемых, свидетелей, экспертов или кого-либо другого;

б) получении доказательств от тела человека (образцов ДНК, волос, крови и т. д.);

в) сборе доказательств оперативным путем, например через прослушивание сообщений, скрытого слежения или наблюдения за счетами в банке;

г) требовании продолжения расследования (анализа существующих объектов, документов или данных).

Сотрудничество, связанное с собиранием таких доказательств, регулируется Конвенцией ЕС 2000 г. и Протоколом 2001 г. к ней.

Тем не менее ст. 3 позволяет использовать ордер, чтобы получить «доказательства», подпадающие под указанные категории и собранные перед изданием ордера. Например, сюда могут быть включены: показания, полученные в результате ранее проводившегося расследования в том же государстве; уже полученные записи перехваченных сообщений, прослушивания или наблюдения за счетами в банке.

Статья 4 устанавливает тип процедур, для которых издается ордер. В их числе и уголовное производство, и административное разбирательство (если есть право обращения в суд по уголовным делам).

Содержание и форма ордера определены в ст. 5. Ордер выдается в соответствии с Формой «А» (Приложение к Рамочному решению). Он должен быть подписан, а его содержание заверено «как точное» (*accurate*) выдавшим органом (т. е. судьей, магистратом или обвинителем).

Ордер должен быть переведен выдавшим его государством на официальный язык или один из официальных языков исполняющего государства. Последнее может принять переводы на другие официальные языки ЕС (для этого в Генеральный секретариат Совета подается специальное заявление).

Статья 6 определяет условия для выдачи ордера:

а) объекты, документы или данные необходимы и пропорциональны / соразмеримы (*proportionate*) для целей расследования, по которому выдается ордер. Они не являются вторжением в чью-либо собственность в таких ситуациях, когда, например, некоторое количество документов найдено для исследования второстепенного правонарушения. Форма «А» Приложения требует, чтобы выдающий орган включал в ордер описание нарушения, по которому проводится расследование; существенные основания для выдачи ордера и описание известных фактов;

б) объект, документ или данные можно получить по закону выдающего государства в обычных обстоятельствах (при условии, что они имеются в распоряжении на территории этого же государства). Это оберегает ордер от использования в качестве средства обхода норм национального закона при получении отдельных типов объектов, документов и данных. Сказанное, однако, не означает, что одни и те же процедуры должны быть доступны и для выдающих, и для исполняющих государств. Издающее ордер государство может нуждаться в получении специфического приказа на исследование помещения третьей стороной для захвата доказательств, тогда как исполняющее государство может иметь менее сложную процедуру, в которой может потребовать от третьей стороны привести доказательство без розыска;

в) объекты, документы и данные будут приняты в разбирательства, для которых искали. Это не позволяет использовать ордер для обхода норм национального закона издающего государства относительно допустимости доказательств.

Форма «А» Приложения также требует от выдающих властей уточнять подлинность физических и юридических лиц, в отношении которых производится поиск объектов, документов или данных.

В ст. 7 предусматривается прямая передача ордера между компетентными судебными властями. В принципе ее положения сходны с установленными ст. 6 Конвенции ЕС 2000 г. По делам, в которых «компетентные власти» заранее неизвестны, можно использовать Европейскую судебную сеть (the European Judicial Network). Если орган государства, получивший ордер, не полномочен произвести его признание и исполнение, он обязан передать ордер компетентному органу, а также проинформировать об этом выдающий орган.

Статья 8 требует от каждого государства-члена определить «центральный орган», уполномоченный выдавать копии любого официального документа обвинительного приговора и последующих применяемых мер в этом государстве.

В ст. 9 регламентированы ситуации, когда поступает несколько заявок на изъятие объектов, документов и данных в отношении того самого расследования. Аналогичное положение содержится в ст. 6 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. Чтобы исключить повторения, выдающий орган может использовать Форму «В» Приложения для получения дополнительных объектов, документов и данных уже использованного ордера по тому же расследованию. Новый ордер выдавать необязательно, при условии что содержание первоначального ордера<sup>9</sup> остается неизменным.

Статья 10 Рамочного решения определяет условия использования личных данных. Она дополняет правила Конвенции Совета Европы о защите физических лиц в отношении автоматической обработки данных личного характера 1981 г.<sup>10</sup> Конвенция 1981 г. гарантирует, что личные данные, подвергающиеся автоматической обработке, могут быть использованы лишь для определенных в ордере целей (за исключением использования демократическими государствами в интересах общественной безопасности и борьбы с преступностью). Директива 95/46/ЕС не применяется к сотрудничеству судов по уголовным делам<sup>11</sup>. В особых случаях исполняющее государство может также потребовать у государства, которому личные данные были переданы, предоставления информации об использовании этих данных.

Признанию и исполнению ордера посвящена ст. 11 Рамочного решения. Компетентные власти исполняющего государства должны признавать ордер без каких-либо дополнительных формальностей и принимать все необходимые меры для его выполнения. Исполнение ордера должно производиться в том же порядке, что и действия по получению объектов, документов или данных, производимые «своим» органом.

Исполнение ордера производится с учетом следующих обстоятельств (ст. 12):

а) главное внимание должно быть уделено получению объектов, документов или данных;

б) нельзя требовать от физических лиц объекты, документы или данные, которые могут привести к самооговору (*self-incrimination*);

в) издающее государство должно быть немедленно проинформировано, если исполнение ордера противоречит национальному законодательству.

Обыск и изъятие доказательств обеспечивается следующими дополнительными гарантиями:

а) обыск частного помещения не должен начинаться ночью, за исключением «особых обстоятельств»;

б) лицо, в чьем помещении должен быть произведен обыск, должно получить письменное уведомление (*notification*), в котором указывается, как минимум, причина для поиска объектов, документов и данных;

в) если лицо, в чьем помещении проходит обыск, отсутствует, уведомление должно быть оставлено в обыскиваемом помещении или направлено другим приемлемым способом.

Статья 11 Рамочного решения предоставляет издающему органу право требовать, чтобы исполняющие власти следовали определенным формальностям. Их четыре:

а) если, по мнению издающего органа, существует риск «изменения, повреждения или уничтожения найденных объектов, документов и данных», он может потребовать применить предварительные меры обеспечительного характера. Данное требование должно быть отображено в Форме «В» Приложения;

б) информация, содержащаяся в ордере, конфиденциальна (ст. 4 Протокола 2001 г. к Конвенции ЕС 2000 г. и ст. 33 Конвенции об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности 1990 г.<sup>12</sup>);

в) исполняющее государство должно разрешить инициатору ордера или заинтересованной стороне присутствовать при исполнении ордера. Положение базируется на ст. 4 Конвенции 1959 г. Однако по Рамочному решению (в отличие от положений Конвенции 1959 г.) запрашиваемое государство не вправе отказывать в присутствии при исполнении ордера;

г) издающий орган вправе потребовать от исполняющего органа сделать запись о том, от кого были получены доказательства при исполнении ордера, а затем передать доказательства выдающему государству. Данная норма вытекает из содержания ст. 4 Конвенции ЕС 2000 г. и призвана продемонстрировать целостность «цепи доказательств». Издающее государство может потребовать от исполняющего органа соблюдения определенных процедур, кроме тех случаев, когда их исполнение будет противоречить основным принципам права (*the fundamental principles of law*) исполняющего государства.

Статья 14 закрепляет обязанность по информированию. Она корреспондирует ст. 5 Протокола 2001 г. и требует от исполняющего органа информировать издающий орган, если он считает, что необходимо произвести исследования не только первоначально запрашиваемых данных.

Основания для непризнания или невыполнения ордера закреплены в ст. 15 Рамочного решения, в частности применение принципа «*ne bis in idem*». Отказ также разрешается в случае иммунитета по закону исполняющего государства (см. также Рамочное решение об отмененных приказах). Решение о непризнании ордера принимается судьей и сообщается инициатору ордера. Так исключаются ситуации, в которых полиция или административные органы имеют право опровергнуть судебное решение.

Несколько слов о «двойной преступности» (ст. 16 Решения). По Конвенции 1959 г. «двойная преступность» может быть установлена в качестве условия сотрудничества для получения доказательств только по отношению к обыску и конфискации. По Рамочному решению отказ от исполнения ордера по той причине, что действие, на котором он основан, не является правонарушением по национальным законам исполняющего государства, противоречит принципам взаимного признания судебного решения. Сле-

довательно, нельзя отказаться от исполнения на таких основаниях. Однако для того, чтобы способствовать изменению существующих правил и новому взаимному признанию режима ордера, предлагается две стадии. Статья 16 сужает условия, при которых исполнение ордера может зависеть от «двойной преступности». Кроме того, ст. 24 обеспечивает применение правила о «двойной преступности» только в течение переходного периода.

Статья 17 определяет сроки и процедуры для признания, выполнения ордера и передачи объектов, документов или данных. Издающий орган вправе указать в Форме «А» Приложения, что из-за процедурных сроков или других особенно срочных обстоятельств необходимо в кратчайшие сроки исполнить обязательства. Сходные положения закреплены в ст. 4 Конвенции ЕС 2000 г. Любое решение об отказе в признании и исполнении должно быть вынесено, максимум, в течение 10 дней после получения ордера (такой же срок закреплен в ст. 17(2) Рамочного решения о Европейском ордере на арест).

Исполнение ордера может быть отложено по одной из причин, закрепленных в ст. 18. В противном случае ордер должен быть исполнен немедленно в ситуациях, когда объекты, документы или данные уже находятся под контролем исполняющего органа. В других ситуациях, когда, например, требуются принудительные меры, ордер должен быть исполнен в течение 60 дней со дня его получения.

Передача объектов, документов или данных выдающему ордер государству должна быть произведена в течение 30 дней после исполнения ордера.

В соответствии со ст. 6(2) Конвенции 1959 г. исполняющий орган может потребовать, чтобы объекты, документы или данные были возвращены по минованию надобности.

Статья 18 устанавливает основания для отсрочки исполнения ордера. Отсрочка может иметь место, когда: а) форма заполнена не полностью; б) исполнение может принести вред другому расследованию; в) объекты, документы или данные уже используются в других расследованиях, находящихся в пределах исполнения данного Рамочного решения. Компетентный орган в выдающем государстве должен быть проинформирован о причинах отсрочки и его возможной продолжительности.

После исчезновения оснований для отсрочки исполняющий орган должен предпринять все меры для выполнения ордера и проинформировать компетентного специалиста выдающего государства.

Государства ЕС должны обеспечить права и законные интересы третьих лиц, чтобы сохранить их законные интересы в ситуациях, когда выполнение ордера требует применения принудительных мер (ст. 19 Рамочного решения). Эта статья основывается на положениях Рамочного решения о «замораживании» ордеров.

Статья 20 регулирует возмещение издающим государством исполняющему государству любых расходов, понесенных в процессе выполнения ордера. Сходные нормы имеются в Рамочном решении о «замораживании» ордеров.

В ст. 21 определены правила юрисдикции в отношении компьютерных данных, содержащихся в информационной системе на территории другого государства-члена. В соответствии с п. 1.12 этой статьи «для исполняющего государства законно получить доказательство в виде компьютерных данных и законно получать открытую для доступа информацию из его территории, используя электронные сети сообщений, при условии, что это относится к услугам провайдеров на его территории, несмотря на то что информация хранится на территории другого государства-члена». Каждое государство ЕС должно осуществить проверку своего законодательства на предмет устранения препятствий для получения данных с его территории.

Мониторинг Рамочного решения осуществляет Еврокомиссия. Ее необходимо проинформировать о любых неоднократных проблемах для последующей подготовки отчета Европарламенту и Совету об осуществлении Рамочного решения.

Каждое государство ЕС обязано ежегодно предоставлять следующую информацию:

- а) число ордеров, изданных собственными властями для каждого члена ЕС;
- б) среднее число дней для получения по ордеру объектов, документов или данных от каждого государства ЕС;
- в) число ордеров, в признании которых было отказано каждым государством ЕС или исполнение которых было невозможно, а также перечень причин отказа или неисполнения.

Таким образом, процедура Европейского доказательственного ордера имеет преимущества по сравнению с процедурой правовой помощи по уголовным делам. Плюсы ордера: 1) запрос из другого государства ЕС признается без специального решения национального правоохранительного органа; 2) запросы стандартизированы использованием единой формы; 3) установлены предельные сроки выполнения запросов; 4) предусмотрены минимальные гарантии направления и исполнения; 5) ограничены основания отказа в выполнении запросов.

С 1 января 2005 г. члены ЕС начали реализацию указанного Рамочного решения.

<sup>1</sup> Бюл. междунар. договоров. 2000. № 9. С. 51–59.

<sup>2</sup> Convention of 19 June 1990 Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 on the Gradual Abolition of Checks at the Common Borders // OJ. L 239. 22.09.2000. P. 19.

<sup>3</sup> Convention of 29 May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union // OJ. C 197. 12.07.2000. P. 1.

<sup>4</sup> Council Act of 16 October 2001 establishing, in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union // OJ. C 326. 21.11.2001. P. 1.

<sup>5</sup> OJ. C 12. 15.01.2001. P. 10.

<sup>6</sup> OJ. L 190. 18.07.2002. P. 1.

<sup>7</sup> The Draft Framework Decision at the Justice and Home Affairs Council on 27 and 28 February 2003 on Attacks Against Information Systems.

<sup>8</sup> Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Framework Directive) // OJ. L 108. 24.04.2002. P. 33.

<sup>9</sup> В частности, издающему органу известны факты и установлено лицо, в отношении которого объекты, документы или данные были найдены.

<sup>10</sup> Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998. С. 106–114.

<sup>11</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data // OJ. L 281. 25.11.95. P. 31.

<sup>12</sup> Бюл. междунар. договоров. 2003. № 3. С. 14–46.

В. Ю. Туранин\*

## ПЕРСПЕКТИВЫ УНИФИКАЦИИ ОПРЕДЕЛЕНИЙ ЮРИДИЧЕСКИХ ПОНЯТИЙ В РЕГИОНАЛЬНЫХ ЗАКОНАХ<sup>1</sup>

*Статья посвящена исследованию перспектив унификации дефиниций юридических понятий, используемых в современном региональном законодательстве. Автором статьи предложены пути решения данной проблемы.*

*Ключевые слова: закон, дефиниция, понятие, термин*

Использование различных определений одних и тех же понятий в однотипных региональных законах — серьезная правовая проблема. При этом основной причиной существования данной проблемы служит отсутствие профильных федеральных законов, в которых и должны определяться соответствующие термины.

В Концепции развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России, подготовленной ведущими учеными Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, отмечается, что «наличие пробелов в федеральном законодательстве и недостаточная оперативность принятия актов федерального законодательства подталкивает регионы к практике неоправданного „опережающего правотворчества“. Роль федерального законодателя заключается в том, чтобы до минимума сократить имеющиеся пробелы»<sup>2</sup>.

Действительно, регионы не могут жить в постоянном правовом вакууме, поэтому им зачастую приходится самостоятельно «латать дыры», оставленные федеральным законодателем. Основная проблема кроется в качестве исходящей от регионального законодателя продукции, ведь чаще всего она весьма противоречива. В подкрепление актуальности данного тезиса остановимся на двух примерах, связанных с терминологическими проблемами региональных законов в представленном ракурсе.

Так, термин «миссионерская деятельность» определяется в ст. 2 Закона Курской области «О миссионерской деятельности на территории Курской области»<sup>3</sup> как «информационная и организационная деятельность представителей религиозных объединений, направленная на распространение своего вероучения и религиозной практики на территории Курской области среди лиц иной веры и неверующих». В ст. 2 Закона Республики Северная Осетия — Алания «О миссионерской деятельности на территории Республики Северная Осетия — Алания»<sup>4</sup> — как «деятельность представителей религиозных организаций, прямо или косвенно направленная на организацию распространения своего вероучения и религиозной практики на территории Республики Северная Осетия — Алания среди лиц иной веры и неверующих».

Таким образом, в первом случае миссионерская деятельность характеризуется пропагандистскими (информационными) и организационными действиями, направленными на распространение определенных взглядов и убеждений, а во втором случае — это деятельность, направленная лишь на организацию распространения определенных взглядов и убеждений. При этом сама проблема, связанная, прежде всего, с иностранным миссионерством в России, приобретает все большую актуальность. В Концепции национальной безопасности РФ в качестве одной из основных задач реализации национальной безопасности устанавливается «противодействие негативному влиянию иностранных религиозных организаций и миссионеров»<sup>5</sup>. Этот же тезис закреплён и в Доктрине

\* Туранин Владислав Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового и предпринимательского права Белгородского государственного университета, депутат Земского собрания Белгородского района Белгородской области (Белгород). E-mail: turanin@mail.ru.

информационной безопасности Российской Федерации в качестве одного из ведущих направлений обеспечения информационной безопасности в сфере духовной жизни<sup>6</sup>. Однако из-за отсутствия федеральной законодательной дефиниции и разного понимания смысла термина «миссионерская деятельность» на региональном уровне выполнение данной задачи значительно затрудняется.

С нашей точки зрения, законодательное регулирование и определение сути миссионерской деятельности на федеральном уровне крайне необходимо.

Неоднозначно понимание в различных региональных законодательных актах и такого ключевого юридического понятия, активно используемого в современной общественной жизни, как «наказы избирателей». В соответствии со ст. 1 Закона Белгородской области «О наказах избирателей»<sup>7</sup> «наказами избирателей являются одобренные предвыборными собраниями, имеющие общественное значение поручения избирателей депутатам областной Думы и главе администрации области, направленные на улучшение деятельности органов государственной власти области по вопросам экономического и социального развития, удовлетворения материальных и духовных потребностей жителей области». В ст. 1 Закона Приморского края «О наказах избирателей»<sup>8</sup> исследуемый термин определяется как «предложения по поручениям избирателей, утвержденные Законодательным Собранием в соответствии с требованиями настоящего Закона». При этом приморским законодателем вводится и другой термин — «предложения по наказам избирателей», который трактуется как «одобренные собраниями, сходами, конференциями избирателей и имеющие общественное значение поручения, данные депутатам Законодательного Собрания Приморского края, которые направлены на улучшение деятельности органов государственной власти Приморского края по вопросам экономического, социального и политического развития, удовлетворения материальных и духовных потребностей жителей края».

Как мы видим, при определении соответствующего термина в различных нормативных источниках нет ни смыслового, ни терминологического единства. Между тем наказами избирателей депутатам (кандидатам в депутаты) представляют собой одну из важнейших форм выражения воли граждан, реализации их интересов. Считаем также, что наказ депутату (кандидату в депутаты) можно воспринимать и как своеобразную составляющую плана его предстоящей работы, руководство к действию. Очевидно, что определение такого значимого понятия должно быть закреплено в федеральном законодательстве, но его нет в тексте ни Федерального закона «О выборах Президента Российской Федерации»<sup>9</sup>, ни Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>10</sup>, ни других законодательных актов.

Стоит задуматься и над тем, что в настоящее время необходим отдельный федеральный закон, который урегулировал бы всю процедуру получения и выполнения наказов избирателей депутатами и другими избираемыми лицами, определил бы ряд ключевых юридических терминов, в том числе термин «наказы избирателей».

Отметим, что противоречия, возникающие на региональном уровне в условиях отсутствия соответствующих федеральных законов, имеют системный характер. Естественно, что такая ситуация на едином правовом пространстве не должна иметь место, поэтому в каждом случае необходима законодательная воля, устраняющая существующие проблемы.

Как же выйти из сложившейся ситуации в современных условиях при отсутствии официально установленных правил законотворчества в данном аспекте и профильных федеральных законов в ряде случаев?

Считаем, что для унификации определений юридических понятий, используемых в региональных законах, нужен их постоянный мониторинг, поэтому необходимо задействовать возможности информационных ресурсов.

Следует создать отдельную, постоянно обновляемую информационную базу «Региональное законодательство», которая находилась бы в открытом доступе и могла использоваться каждым заинтересованным пользователем. Создание такой информационной базы станет концептуальным решением многих проблем регионального законодательства. В настоящее время, к сожалению, существующие общедоступные ресурсы в этой области ограничиваются возможностями справочно-правовых систем «Консультант-Плюс», «Гарант» и др. При этом региональный нормативный блок, изложенный в них, носит выборочный характер, далеко не исчерпывая объема и содержания накопленного законодательного массива. Это отчасти обусловлено тем, что в некоторых субъектах Российской Федерации до сих пор отсутствуют электронные источники информации, информационные базы и системы. Региональное законодательство зачастую систематизируется только с помощью различных сборников и сводов, чего явно недостаточно в современных условиях информационного развития российского общества.

Полагаем, что сложившуюся ситуацию с систематизацией регионального законодательства следует менять в корне. Необходимо государственное решение, подкрепленное политической волей, обязывающее все субъекты Российской Федерации систематизировать свое законодательство по единому образцу с обязательным применением информационных ресурсов. Оно может быть отражено как в законе «О нормативных правовых актах в Российской Федерации», необходимость принятия которого очевидна, так и в отдельном специальном законе.

<sup>1</sup> Статья подготовлена при поддержке Совета по грантам Президента РФ в рамках гранта Президента РФ для государственной поддержки молодых российских ученых 2009–2010 гг., проект МК-1068.2009.6.

<sup>2</sup> Концепция развития российского законодательства в целях обеспечения единого правового пространства в России // Журн. рос. права. 2002. № 6. С. 21.

<sup>3</sup> О миссионерской деятельности на территории Курской области: Закон Курской области от 18 июня 2004 г. № 23-ЗКО // Курские ведомости. 2004. № 7.

<sup>4</sup> О миссионерской деятельности на территории Республики Северная Осетия – Алания: Закон Республики Северная Осетия – Алания от 30 декабря 2004 г. № 38-ПЗ // URL: <http://www.kavkaz-uzel.ru/articles/69777>.

<sup>5</sup> О Концепции национальной безопасности Российской Федерации: Указ Президента РФ от 10 января 2000 г. № 24 // СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 170.

<sup>6</sup> Доктрина информационной безопасности Российской Федерации от 9 сентября 2000 г. № ПР-1895 // Рос. газ. 2000. 28 сент.

<sup>7</sup> О наказах избирателей: Закон Белгородской области от 14 февраля 2001 г. № 131 // Сб. нормат. правовых актов Белгородской области. 2001. № 26.

<sup>8</sup> О наказах избирателей: Закон Приморского края от 5 марта 2004 г. № 102-КЗ // Ведомости Законодательного Собрания Приморского края. 2004. 10 марта.

<sup>9</sup> О выборах Президента Российской Федерации: Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 171.

<sup>10</sup> О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Федеральный закон от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 21. Ст. 1919.

А. В. Безруков\*

## РЕАЛИЗАЦИЯ ИНИЦИАТИВ ПРЕЗИДЕНТА РОССИИ В ПРЕОБРАЗОВАНИЯХ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Проводится рассмотрение этапов и тенденций реформирования избирательного законодательства России по инициативе главы государства. На основе анализа посланий Президента РФ парламенту, избирательного законодательства и позиций Конституционного Суда РФ формулируются предложения по оптимизации избирательной системы России.*

*Ключевые слова: избирательная система, выборы, реформирование избирательного законодательства, совершенствование избирательного законодательства*

Реализованные и реализуемые преобразования избирательного законодательства, обозначенные Президентом РФ в посланиях российскому парламенту в 2008–2010 гг., повлекли и повлекут в дальнейшем его содержательную трансформацию, которая является очередным этапом проводимых государственно-правовых реформ.

Упорядочение системы организации выборов в России обусловлено многими изменениями законодательства, связанными с установлением единого дня голосования, ограничением пассивного избирательного права и возможностей участия в выборах иностранных граждан. Ужесточены требования к политическим партиям, депутатам запрещено изменять свою партийную принадлежность (практически партиям запрещено выдвигать по своим спискам членов других партий), расширены возможности отмены регистрации партий и кандидатов<sup>1</sup>.

Важным этапом в реформировании избирательного законодательства стало изменение порядка выборов депутатов Государственной Думы (далее – Госдума): ФЗ от 18 мая 2005 г. «О выборах депутатов Государственной Думы ФС РФ» предусматривает полный переход к пропорциональной системе выборов депутатов нижней палаты, пятый созыв которой избран по такой системе.

Очевидно, что данный подход позволяет попасть в парламент лишь наиболее крупным партиям, ограничивает возможности оппозиционных партий, что вряд ли всецело отвечает принципам демократии, политического плюрализма и многопартийности.

Поэтому вполне демократичным выглядит уже реализованное законодателем предложение Президента РФ о снижении заградительного барьера на выборах депутатов Госдумы (Послание ФС РФ 2008 г.). Законодатель предоставил возможность партиям, получившим от 5 до 7 % голосов, быть представленными в федеральном парламенте путем получения 1–2 мандатов<sup>2</sup>. Законом предусмотрена так называемая передача депутатских мандатов, которая осуществляется до их распределения: федеральному списку, набравшему менее семи, но не менее шести процентов голосов избирателей предоставляется два депутатских мандата, а каждой партии, получившей менее шести, но не менее пяти процентов – один депутатский мандат<sup>3</sup>. Тем самым менее крупным партиям гарантировано минимальное представительство в нижней палате российского парламента.

Помимо обозначенных направлений, по инициативе Президента РФ законодатель изменил избирательный залог на выборах всех уровней и установил поэтапное снижение числа подписей избирателей, необходимого партии для участия в выборах депутатов

\* Безруков Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Сибирского юридического института МВД России (Красноярск). E-mail: abezrukov@bk.ru.

Госдумы. На выборах депутатов Госдумы шестого созыва политическая партия обязана будет собрать не менее 150 тыс. подписей, а на выборах Госдумы последующих созывов — не менее 120 тыс. подписей избирателей. Законодатель освободил от сбора подписей партии, допущенные к распределению мандатов или которым был передан соответствующий депутатский мандат (мандаты) на предыдущих выборах, а также партии, списки кандидатов которых были допущены к распределению депутатских мандатов не менее чем в одной трети действующих региональных парламентов.

Поэтапное снижение числа подписей избирателей и освобождение от сбора подписей партий, получивших поддержку в регионах, позволит демократизировать процедуру парламентских выборов и расширит возможности реализации пассивного избирательного права.

Что касается отмены избирательно залога, то с учетом качества сбора подписей такая мера выглядит преждевременной. Первоначально следовало бы ужесточить порядок сбора подписей, а затем отменять избирательный залог.

В отношении политических партий по инициативе главы государства законодателем внесены поправки в ФЗ «О политических партиях», предусматривающие поэтапное снижение минимального численного состава политической партии с 1 января 2010 г. до 45 тыс. членов, а с 1 января 2012 г. — до 40 тыс. членов.

Не менее значимым законодательным решением стала отмена графы «против всех» на выборах. Этот шаг также повлек за собой дискуссии и критику. Авторы новеллы аргументировали необходимость ее введения фактом эффективного применения данной практики в ряде зарубежных стран. Кроме того, они подчеркивали, что главная функция выборов — формирование публичного аппарата власти или выбор конкретного кандидата.

Представляется, что такой подход ограничивает принцип свободных выборов. На данный факт обратил внимание и Конституционный Суд РФ, указав, что воля избирателей может быть выражена голосованием не только «за» или «против» отдельных кандидатов, но и в форме голосования против всех внесенных в избирательный бюллетень кандидатов<sup>4</sup>. Между тем Суд признал, что введение или отмена возможности голосования на выборах посредством заполнения графы «против всех» есть дискреционное полномочие федерального законодателя. В других решениях Конституционного Суда также можно заметить несколько иной подход к проблеме<sup>5</sup>.

Негативные тенденции в реформировании избирательного законодательства распространились и на правовой статус депутатов Госдумы и региональных парламентов, которые при вхождении во фракции могут быть членами только соответствующей политической партии, а несоблюдение этого требования влечет прекращение депутатских полномочий. Законодательное установление жесткой связи между партийностью и статусом депутата не вполне соответствует принципу свободного мандата, а также идет вразрез с ч. 2 ст. 30 Конституции РФ, устанавливающей невозможность принуждения к вступлению в какое-либо объединение.

Законодатель также изменил правила замещения вакантных депутатских мандатов. Если прежде освободившийся раньше срока мандат депутата Госдумы замещался следующим по списку, то по действующему закону руководящий орган соответствующей политической партии вправе предложить ЦИК РФ любую, не обязательно следующую кандидатуру из той же региональной группы, а ЦИК обязана передать ей вакантный депутатский мандат.

Обозначенные подходы законодателя справедливо оцениваются в литературе критически. В первом случае дезинформируют избирателей, позволяя попасть в парламент «менее проходимым» кандидатам, а во втором — создают «подушку безопасности» для перемещения некомпетентного администратора в парламент. Все это существенно расширяет возможности «коррупционной составляющей» при проведении выборов<sup>6</sup>.

Неоднократно в литературе предлагалось возвращение к выборам членов Совета Федерации, но законодатель также по инициативе Президента РФ пошел по другому пути: изменил порядок формирования Совета Федерации (с 1 января 2011 г. в него будут входить только депутаты региональных и местных представительных органов)<sup>7</sup>. Следовательно, это будут представители от регионов и его населения, знакомые с местными проблемами, уже прошедшие процедуру выборов и получившие мандат доверия от избирателей.

Такой шаг позволит вернуть многостепенные выборы, имеющие свои сильные стороны, и не потребует в этой части изменения Конституции РФ. Более того, качественный состав верхней палаты будет представлен более разнообразными политическими формированиями, что создаст платформу для конструктивной работы в парламенте.

Однако отмеченные тенденции преобразования законодательства о выборах не ограничились корректировкой процедуры проведения выборов в федеральные органы власти, но также коснулись системы выборов в субъектах РФ.

Во-первых, с 2002 г. не менее половины депутатов региональных парламентов избираются по пропорциональной избирательной системе. Данное изменение в определенной мере унифицировало систему выборов региональных парламентов и привело к установлению в субъектах РФ в основном смешанной мажоритарно-пропорциональной системы.

Во-вторых, с 2004 г. изменен порядок замещения должности глав субъектов РФ и усилена их ответственность перед РФ. Федеральным законом от 11 декабря 2004 г.<sup>8</sup> изменен порядок избрания, а фактически отменены прямые выборы главы субъекта, замененные процедурой так называемого наделения полномочиями законодательным органом субъекта РФ по предложению Президента РФ. Согласно прежнему порядку Президенту РФ представлялись три кандидатуры: двух выдвигал полпред главы государства в федеральном округе, третью — партия, победившая на парламентских выборах, при условии поддержки этой кандидатуры региональным парламентом.

Однако Президент РФ в Послании парламенту в ноябре 2008 г. подчеркнул, что предложения кандидатур на должность глав субъектов РФ должны осуществляться только партиями, получившими наибольшее число голосов на региональных парламентских выборах. Законодатель установил, что представление Президенту РФ не менее трех кандидатур главы субъекта РФ осуществляется соответствующей политической партией. Такой порядок действует с июля 2009 г. и впервые апробирован при замещении должности Губернатора Свердловской области<sup>9</sup>. Этот подход, действительно, несколько демократизирует процедуру наделения полномочиями глав субъектов РФ, но вряд ли может считаться успешной альтернативой прямых выборов.

Следует отметить, что реформы избирательного законодательства не завершены. После Послания Президента РФ парламенту 12 ноября 2009 г.<sup>10</sup> федеральный и региональные законодатели приступили к разработке и корректировке избирательного законодательства.

Президент РФ в этом Послании предложил в ближайшее время внести следующие коррективы в избирательное законодательство.

1. Нужно ввести единый критерий установления численности депутатов законодательных органов субъектов РФ. Глава государства обратил внимание на непропорциональное количественное представительство избирателей депутатами в парламентах субъектов РФ (на примере Москвы и Тывы, имеющих существенно различающуюся численность населения и депутатов парламентов).

2. Всем партиям, представленным в региональных парламентах, необходимо предоставить возможность формирования фракции и гарантировать замещение депутатских вакансий их представителями для работы на постоянной основе и на руководящих постах.

3. Следует освободить от сбора подписей для участия в региональных и муниципальных выборах в соответствующих регионах и муниципалитетах партии, не представ-

ленные в Госдуме, но имеющие фракции в законодательных собраниях субъектов РФ. Здесь же Президент РФ подчеркнул, что в перспективе мы должны вообще отказаться от сбора подписей как метода допуска партии к выборам.

4. Надо гарантировать непарламентским партиям возможность постоянного участия в работе Центральной и региональных избирательных комиссий. Замечу, что ЦИК России уже ведет работу над соответствующим законопроектом.

5. Нужно упорядочить процедуру досрочного голосования на местных выборах. Взяв нормы федерального законодательства о выборах за основу, нужно продолжить корректировку регионального законодательства в этой части. Президент РФ посчитал необходимым проанализировать практику использования открепительных удостоверений, принять надлежащие меры для предотвращения незаконных манипуляций с ними.

Также Президент РФ поставил задачу сформировать более прозрачную избирательную систему на региональном уровне. Правительству РФ совместно с Центральной избирательной комиссией РФ и органами власти субъектов РФ поручено подготовить программу ускоренного технического переоснащения избирательной системы.

Особое внимание обращено главой государства на дискуссию о необходимости перехода к выборам в представительные органы власти всех уровней исключительно по партийным спискам. Предложено выработать общее мнение, и Президент не исключил такой переход в последующем.

Однако следует предостеречь власть от такого поспешного решения по следующим причинам. Во-первых, такой шаг приведет к дисбалансу мажоритарной и пропорциональной систем, которые в сочетании работают более эффективно, взаимно дополняя друг друга, во-вторых, отдалит интересы избирателей и депутатов. Последние будут выражать исключительно партийные интересы на всех уровнях публичной власти, что подорвет как представительный характер законодательных органов, так и демократические устои выборов в России в целом. И, в-третьих, такой подход особенно неприемлем на уровне муниципальных выборов, поскольку такие органы почти не связаны с партийными интересами, замыкаются на решении вопросов местного значения. В основном выборы подобных органов проводятся в муниципальных образованиях по мажоритарной избирательной системе, поэтому потребуется изменение значительного правового массива.

В 2010 г. законодатель уже реализовал часть инициатив Президента РФ, связанных с модернизацией регионального избирательного законодательства. Во-первых, расширены права оппозиционных партий, не представленных в региональном парламенте, закреплено их право на участие в его заседаниях не менее одного раза в год. Во-вторых, предусмотрена возможность создания фракций численностью от одного и более депутата в парламенте субъекта РФ. В-третьих, унифицирована численность депутатов региональных парламентов в зависимости от численности населения субъекта РФ. Законом установлена определенная градация: должно быть не менее 15 депутатов при численности избирателей менее 500 тыс. человек и не более 110 депутатов при численности избирателей свыше 2 млн человек. Возможно, следует уравнивать, как предлагается в литературе, и сроки полномочий парламентов субъектов РФ, что позволит оптимизировать межбюджетные отношения между федерацией и ее субъектами, упорядочит процесс ротации членов Совета Федерации, синхронизирует избирательные компании<sup>11</sup>. Однако важно при таких преобразованиях не допустить нарушений конституционных положений о самостоятельности субъектов РФ и принципа федерализма (ст. 5, 72, 77 Конституции РФ).

Таким образом, следует признать, что проведенные преобразования избирательного законодательства расширили возможности участия граждан в принятии государственных решений. Дальнейшая модернизация избирательного законодательства продолжается на региональном уровне.

Между тем при проведении таких преобразований важно обратить внимание на ряд моментов.

1. Проводить реформирование избирательного законодательства следует только в рамках Конституции РФ, не ограничивая и не умаляя конституционных прав и свобод личности.

2. Следует оптимизировать порядок выборов депутатов нижней палаты, сохранив систему представительства интересов различных слоев населения, а не только политических партий. Оптимальным решением станет возвращение к смешанной мажоритарно-пропорциональной системе выборов депутатов Госдумы.

3. Признавая целесообразность включения партий в процедуру назначения глав субъектов РФ, тем не менее считаю нужным в будущем вернуть населению субъектов РФ право непосредственно избирать руководителя региона, что будет отвечать конституционным принципам демократии, федерализма и самостоятельности субъектов РФ.

4. Унифицируя региональное законодательство о выборах, следует соблюдать положения ст. 11, 72, 77 Конституции РФ о самостоятельности субъектов РФ.

5. Отказ от сбора подписей избирателей в перспективе, возможно, необходим, однако следует разработать процедуру, с помощью которой политическая партия периодически будет подтверждать наличие поддержки избирателей.

6. Переход к пропорциональной системе выборов депутатов представительных органов на всех уровнях публичной власти не будет соответствовать демократическим принципам и ограничит избирательные права граждан, которые фактически будут связаны партийным выбором. Тем более такой шаг не имеет смысла на местных выборах.

Следует отметить, что многие инициативы Президента РФ уже реализованы и показали свою обоснованность, за исключением отмены выборов глав регионов и перехода к пропорциональной системе выборов депутатов Госдумы.

Конституционные преобразования должны быть основаны на приоритете прав и интересов человека и гражданина, осуществляться в рамках конституционного поля при условии обеспечения предельно возможного сохранения конституционной стабильности.

<sup>1</sup> О политических партиях: Федеральный закон от 11 июля 2001 г. // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950; *Кынев А. В.* Новые изменения законодательства о выборах — путь к бюрократизации партий // Журн. о выборах. 2006. № 5. С. 46–51.

<sup>2</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ 5 ноября 2008 г. // Рос. газ. 2008. 6 нояб. С. 4–5.

<sup>3</sup> О внесении изменений в Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы ФС РФ»: Федеральный закон от 12 мая 2009 г. // Рос. газ. 2009. 15 мая; *Шкель Т.* Мечты сбываются // Рос. газ. 2009. 27 марта. С. 3.

<sup>4</sup> Постановления Конституционного Суда РФ от 10 июня 1998 г., 14 ноября 2005 г. // Вестн. Конституционного Суда РФ. 1998. № 3; 2005. № 6.

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 2006 г. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> *Исаков В. Б.* Конституция и бюрократия // Конституция Российской Федерации: доктрина и практика: материалы науч.-практ. конф. / отв. ред. В. Д. Зорькин. М., 2009. С. 131–133.

<sup>7</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с изменением порядка формирования Совета Федерации Федерального Собрания РФ: Федеральный закон от 14 февраля 2009 г. // Рос. газ. 2009. 17 февр. С. 5.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4950.

<sup>9</sup> О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» и Федеральный закон «О политических партиях»: Федеральный закон от 5 апреля 2009 г. // Рос. газ. 2009. 8 апр.

<sup>10</sup> Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ 12 ноября 2009 г. // Рос. газ. 2009. 13 нояб. С. 2–3.

<sup>11</sup> *Уваров А.* Некоторые подходы к унификации системы законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 2. С. 94–95.

Д. М. Худолей\*  
К. М. Худолей\*\*

## ПРОЕКТ РЕФОРМИРОВАНИЯ ИЗБИРАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Анализируются действующая избирательная система Российской Федерации и различные варианты ее реформирования. Разработан проект избирательной системы «совокупного списка кандидатов».*

*Ключевые слова: избирательное право, избирательная система, принципы избирательного права, реформирование избирательной системы*

В 2005 г. в России была проведена реформа избирательного законодательства, в частности принят новый Федеральный закон «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»<sup>1</sup> (далее — Закон о выборах депутатов). Основные положения данного Закона следующие: выборы всего состава (450 депутатов) нижней палаты российского парламента проводятся в едином общенациональном избирательном округе по пропорциональной системе, к распределению мандатов допускаются списки кандидатов политических партий, преодолевших 7 %-й «заградительный барьер», при условии, что они вместе набрали более 60 % голосов избирателей (в противном случае «заградительный барьер» подлежит уменьшению, т. е. он «плавающий»).

Отказ от смешанной избирательной системы мотивировался недостатками мажоритарной избирательной системы и достоинствами пропорциональной. Главный довод авторов нового Закона о выборах депутатов сводится к тому, что при избрании депутатов по мажоритарной системе не учитывается значительное число голосов избирателей. В науке избирательного права неучтенные голоса избирателей называются «потерянными». Например, для победы на выборах депутатов Государственной Думы в одномандатном округе кандидату иногда вполне хватало 20 % голосов от числа избирателей, принявших участие в голосовании<sup>2</sup>, следовательно, 80 % голосов «терялось». Таким образом, степень учета голосов избирателей в мажоритарных системах невысока. Значит, при проведении выборов по мажоритарной системе не всегда избирается кандидат, пользующийся популярностью избирателей. При этом появление вакантного места требует проведения дополнительных выборов и соответственно бюджетных средств.

Необходимо также отметить, что при использовании мажоритарной системы на выборах депутатов парламента возможны ситуации, когда большинство мест получает «партия меньшинства» (партия, не набравшая большинства голосов избирателей). Например, мажоритарная система относительного большинства используется в Великобритании. В XX в. эта система дважды «давала сбои» (в 1951 и 1974 гг.), когда большинство мест в парламенте получали партии, которые набирали меньше голосов, чем их основные конкуренты<sup>3</sup>.

Нельзя забывать и о том, что при «нарезке» одномандатных округов на выборах депутатов Государственной Думы не соблюдалось их примерное равенство по числу избирателей. Так, в 2003 г. в самом малочисленном избирательном округе (Эвенкийском) было зарегистрировано 12 тыс. избирателей, а в самом многонаселенном (Мур-

\* Худолей Дмитрий Михайлович — кандидат юридических наук, ассистент кафедры конституционного и финансового права Пермского государственного университета (Пермь). E-mail: dmitry-hudoley@yandex.ru.

\*\* Худолей Константин Михайлович — кандидат юридических наук, ассистент кафедры конституционного и финансового права Пермского государственного университета (Пермь). E-mail: dmitry-hudoley@yandex.ru.

манском) – 731 тыс. Теперь же выборы всего состава депутатов должны проводиться в едином округе, поэтому эта проблема «избирательной геометрии» устраняется.

Кратко рассмотрим главные достоинства пропорциональной избирательной системы. Проведение выборов по партийным спискам помогает сэкономить средства бюджета, так как при появлении вакантного места оно замещается другим кандидатом в списке. Пропорциональные системы также позволяют повысить степень учета голосов избирателей и исключают вероятность победы на выборах «партии меньшинства». Впрочем, установление высокого «заградительного барьера», наоборот, приводит к искажению пропорционального представительства партий и действительной воли избирателей.

Приведем пример. На выборах в едином округе участвуют 12 партий. Замещению подлежит 100 мандатов. Итоги голосования следующие: партия А получила 42 тыс. голосов избирателей, партия Б – 21 тыс., партия В – 6,1 тыс., партия Г – 4,9 тыс., партия Д – 4,7 тыс., партия Е – 4,6 тыс., партии Ж и З – по 4 тыс., партия И – 3,4 тыс., партия К – 2,3 тыс., партия Л – 2 тыс., партия М – 1 тыс. Всего проголосовало 100 тыс. избирателей, следовательно, если «заградительный барьер» не установлен, то одному мандату соответствует 1 тыс. голосов избирателей (избирательная квота, определенная по методу Т. Хэйра, равна 1 тыс. голосов). Таким образом, если за партию проголосовало 5 тыс. избирателей (5 % от числа избирателей, принявших участие в выборах), то эта партия должна получить 5 мест (5 % от общей численности мест в парламенте)<sup>4</sup>.

В случае установления «заградительного барьера» указанная пропорция нарушится, так как партии, не преодолевшие барьер, не допускаются к распределению мандатов. Очевидно, что установление «заградительного барьера» приводит к уменьшению доли голосов избирателей, полученных партиями, которые допускаются к распределению депутатских мандатов. Указанное обстоятельство ставит под сомнение легитимный и представительный характер сформированного по пропорциональной системе парламента.

Искажение пропорционального представительства партий условно можно называть погрешностью избирательной системы. Чтобы оценить погрешность, продуцированную установлением «заградительного барьера», необходимо определить сумму модулей отклонений представительства партий в парламенте. При этом в качестве контрольных показателей необходимо использовать результаты выборов, определенные без использования «заградительного барьера». В процентном отношении к общей численности парламента сумма модулей отклонений и будет отражать погрешность избирательной системы. Очевидно, что чем больше погрешность, тем меньше степень учета голосов избирателей. Результаты проведенного исследования представлены в таблице 1.

Таблица 1

Учет голосов избирателей при проведении выборов с различным «заградительным барьером»

Партия	Представительство партий в случае проведения выборов без установления барьера, мандатов	Представительство партий в случае установления 3 %-го барьера, мандатов	Представительство партий в случае установления 5 %-го барьера, мандатов	Представительство партий в случае установления 7 %-го барьера, мандатов
1	2	3	4	5
А	42	44	61	67
Б	21	22	30	33
В	6	7	9	0
Г	5	5	0	0
Д	5	5	0	0
Е	5	5	0	0
Ж	4	4	0	0

Окончание табл. 1

1	2	3	4	5
З	4	4	0	0
И	3	4	0	0
К	2	0	0	0
Л	2	0	0	0
М	1	0	0	0
Избирательная квота	1 : 1000	1 : 947	1 : 691	1 : 630
Доля голосов избирателей, полученных партиями, допущенными к распределению мандатов	100 %	95 %	69 %	63 %
Погрешность системы	—	10 %	62 %	74 %

Очевидно, что при установлении «заградительного барьера» голоса, поданные за маленькие партии, не учитываются при определении избирательной квоты. Однако де-факто эти голоса не игнорируются, а передаются крупным партиям, происходит так называемая кража голосов. Чем выше «заградительный барьер», тем больше голосов маленьких партий «украдут» крупные партии. В примере партия А получила 42 тыс. голосов (42 %). Однако в случае установления 7 %-го барьера 42 % голосов избирателей превращаются в 67 мандатов (67 % от общего числа мест в парламенте). Понятно, что «лишние» 25 % не появились из воздуха, это голоса маленьких и средних партий. В связи с этим согласимся с утверждением В. А. Четвернина о том, что высокий «заградительный барьер» искажает саму суть пропорциональной системы<sup>5</sup>.

Анализируя результаты, изложенные в таблице, можно прийти к выводу, что установление 3 %-го барьера не приводит к значительному искажению действительной воли избирателей. В этом случае погрешность избирательной системы равна 10 %. Однако в случае повышения барьера до 5 % резко искажается действительное соотношение политических сил, погрешность возрастает до 62 %. Возникает вопрос: можно ли считать выборы демократическими, если при определении результатов допускается искажение пропорционального представительства партий и действительной воли избирателей более чем на 50 %?

Многие ученые сходятся во мнении, что установление «заградительного барьера» допустимо. Он выполняет санирующую функцию и способствует образованию работоспособного парламента с крупными фракциями. Однако размер «заградительного барьера» должен быть разумным; на наш взгляд, он не должен быть более 3 % (именно такой размер установлен в большинстве стран Европы). При этом к распределению мандатов должны допускаться партии, которые в совокупности получили более 75 % голосов избирателей (в этом случае погрешность системы не превысит 50 %).

При проведении федеральных выборов по партийным спискам в едином округе также возникает новая проблема: игнорируется мнение избирателей, проживающих в отдельных регионах. Так, на выборах депутатов Государственной Думы партия может получить большинство голосов избирателей в отдельном регионе, но если она не преодолеет 7 %-й барьер по всей стране, то все равно окажется без представительства. Эту проблему не может решить и предусмотренное Законом о выборах депутатов обязательное дробление списка на региональные группы. Голоса региональных групп учитываются при распределении мандатов *внутри* списка, а не при распределении мандатов между партиями. Например, на выборах в 2003 г. партия СПС набрала в Пермской области

Свердловского округа 34 тыс. голосов избирателей, уступив лишь «Единой России»<sup>6</sup>, однако не получила ни одного мандата, в отличие от иных партий и блоков, преодолевших 5 %-й барьер по все стране («Единая Россия», КПРФ, ЛДПР, «Родина»).

Мнение избирателей, проживающих в отдельных регионах, может быть не учтено и по другой причине: в Законе не установлено минимальное количество депутатов в региональной группе. Следовательно, возможны ситуации, когда региональная группа, состоящая всего из двух кандидатов, получит, скажем, право на пять мест в парламенте. В этом случае оставшиеся мандаты будут переданы другим региональным группам. Это, безусловно, нарушит волю избирателей, проживающих в данной части единого избирательного округа<sup>7</sup>.

Новый порядок избрания депутатов Государственной Думы не устраняет и вероятность того, что какие-то отдельные региональные группы останутся без представительства в нижней палате Федерального Собрания (у партии менее 83 мандатов, этих мест не хватит, чтобы каждая региональная группа получила хотя бы один мандат). В итоге голос избирателя, который он подал, в том числе за депутатов конкретной региональной группы (а их фамилии, как и фамилии членов общенациональной части списка, указываются в бюллетенях), будет проигнорирован, передан депутатам иных региональных групп этой партии. Так произошло на парламентских выборах в 2007 г.: партии КПРФ, ЛДПР, «Справедливая Россия» получили незначительное число мандатов, отдельные региональные группы в списках этих партий вообще остались без представительства.

На наш взгляд, целиком проблему учета мнения избирателей, проживающих в отдельных регионах, не может решить обязательное дробление списка кандидатов на региональные группы. Установление минимальной численности региональных групп также не поможет. Единственный вариант — проводить выборы не в едином округе, а в нескольких территориальных округах<sup>8</sup>.

В тех случаях, когда выборы по партийным спискам проводятся в нескольких округах, большое значение для обеспечения равенства избирательных прав граждан приобретает число замещаемых мандатов. Например, при избрании по пропорциональной системе небольшого числа депутатов возможны ситуации, когда одинаковое число мандатов получают партии, набравшие существенно отличающееся число голосов избирателей. Так, на выборах в Калининградскую областную Думу, прошедших 5 ноября 2000 г., пять партий и избирательных блоков, за которые проголосовало от 11,29 % до 16,34 % избирателей, получили по одному мандату (тогда по пропорциональной системе замещалось лишь 5 мест). В силу этого ЦИК РФ в Модельном законе «О выборах депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации»<sup>9</sup> рекомендовала замещать по партийным спискам не менее 30 мандатов в каждом избирательном округе.

Также нельзя забывать о том, что при проведении выборов по пропорциональной системе в нескольких округах может не соблюдаться равный «вес» голосов избирателей при вычислении избирательной квоты отдельно для каждого округа. Чтобы устранить такой недостаток, в некоторых странах устанавливается единая для всего государства избирательная квота (так называемый метод единого числа)<sup>10</sup>. Конечно, при проведении выборов по партийным спискам в нескольких округах значительно увеличивается число нераспределенных мандатов, в этом случае оставшиеся мандаты распределяются дополнительно. Как известно, дополнительное распределение мандатов связано с искажением воли избирателей. Однако этот недостаток устраняется в случае использования квоты Д'Ондта, позволяющей распределять мандаты между списками без остатков. Таким образом, проблема учета мнения избирателей, проживающих в отдельных регионах, может быть решена при проведении выборов в нескольких округах, в которых должно избираться, как правило, не менее 30 депутатов, при использовании метода единого

числа<sup>11</sup>. В этом случае даже не имеет смысла устанавливать «заградительный барьер», так как партии, набравшие менее 3 % голосов в округе, вряд ли получают мандаты.

Некоторые ученые выделяют еще один недостаток пропорциональной системы: при проведении выборов по этой системе не соблюдается равенство прав кандидатов (чтобы участвовать в выборах, кандидат обязательно должен быть членом партии, по сути, устанавливается ценз партийности, это ущемляет права независимых кандидатов). Однако Верховный Суд РФ установил, что проведение выборов по пропорциональной системе вполне допустимо, так как законом устанавливается возможность включения в партийные списки и независимых кандидатов<sup>12</sup>. Мы не согласны с этой позицией. В ст. 10 Конвенции о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах-участниках Содружества Независимых Государств от 7 октября 2002 г.<sup>13</sup> закреплено, что граждане обладают правом выдвинуть свою кандидатуру непосредственно. Выдвижение кандидата (списка кандидатов) партиями — только *факультативный* способ выдвижения. Это гарантирует соблюдение принципов свободных и справедливых выборов. Мы считаем, что новый порядок избрания депутатов Государственной Думы не соответствует принципу свободных выборов, так как реализация избирательных прав в этом случае связана с императивным решением руководящего органа партии о включении того или иного лица в список кандидатов. Это говорит о том, что весь состав парламента не должен избираться по партийным спискам, наиболее оптимальны смешанные и полупропорциональные системы.

Смешанная система, которая ранее применялась на парламентских выборах, как выяснилось, суммировала недостатки мажоритарной и пропорциональной систем. Так, имела место «избирательная геометрия», устанавливался высокий 5 %-й барьер. Более того, существовала проблема, связанная с возможностью кандидатов баллотироваться одновременно в одномандатном округе и по партийным спискам. Впрочем, эти недостатки можно скорректировать. При этом смешанная система выгодно отличается от пропорциональной, так как по данной методике разрешается свободное и равное участие в выборах партийных и независимых кандидатов.

Ранее применявшаяся на выборах депутатов Государственной Думы смешанная система являлась несвязанной, поскольку голоса, поданные за кандидатов-одномандатников, не учитывались при распределении депутатских мест по партийным спискам. Именно этим и объяснялось ее свойство аккумулировать недостатки мажоритарной и пропорциональной систем. Более справедливы, на наш взгляд, так называемые связанные смешанные системы, в которых голоса избирателей, поданные за кандидатов-одномандатников, учитываются и при распределении мандатов среди партийных списков. Подобная система применяется, например, в ФРГ, Мексике.

Мы считаем, что голоса, поданные за кандидатов-одномандатников, проигравших выборы в своем округе, не должны «теряться» (напомним, что таких голосов может быть даже более 80 %!). Такие голоса партийных кандидатов должны суммироваться с голосами, полученными их партиями. В этом случае степень учета голосов повысится, небольшие и средние партии получат дополнительные мандаты. Таким образом, применение предложенной системы позволит защитить права оппозиционных партий.

Также полагаем, что вполне допустимо на выборах депутатов российского парламента использовать полупропорциональные системы<sup>14</sup>, которые, как известно, допускают незначительное искажение воли избирателей. Авторами разработан проект полупропорциональной системы — системы «совокупного списка кандидатов» (далее — ССК).

Суть системы заключается в следующем: вся территория государства делится на избирательные округа с примерно равной численностью избирателей. При этом число этих округов должно быть в 1,5 раза меньше, чем число замещаемых в ходе выборов мандатов. Каждая партия вправе выдвинуть лишь одного своего кандидата в каждом округе, причем партийный депутат не может быть выдвинут в порядке самовыдвижения.

Допускается свободное участие в выборах независимых кандидатов. Каждый избиратель имеет только один голос и отдает его за какого-то кандидата.

После проведения голосования избирательные комиссии определяют «индивидуальный рейтинг популярности» каждого кандидата по следующей формуле:  $I = N / Q$ , где  $I$  – рейтинг,  $N$  – количество голосов, полученных данным кандидатом,  $Q$  – количество зарегистрированных избирателей в округе<sup>15</sup>. Эта процедура необходима для выравнивания положения кандидатов, так как численность округов различная, поэтому такой рейтинг (в отличие от количества полученных голосов) справедливо отражает популярность кандидата в округе. Затем ЦИК составляет «совокупный список кандидатов» (перечень всех кандидатов, принимавших участие в выборах), ранжируя в нем кандидатов в порядке убывания их «рейтингов популярности». Наиболее популярные кандидаты (имеющие наибольший рейтинг), численность которых равна числу замещаемых мандатов, получают места в парламенте (как при проведении выборов в едином многомандатном округе).

При использовании на выборах данной системы кандидаты, получившие относительно небольшое число голосов при низкой явке избирателей, скорее всего, не получат мандаты. Вместе с тем система ССК позволяет пройти в парламент лицам, которые, хотя и получили значительное количество голосов, но уступили победителю в своем округе. Фактически все кандидаты соревнуются друг с другом (по сути, мы имеем единый многомандатный округ), в выборах побеждают наиболее авторитетные кандидаты во всей стране, а не только в отдельно взятом округе.

По системе ССК выборы проходят в избирательных округах, количество которых меньше, чем мандатов. Это означает, что в каком-нибудь округе будет избрано два или даже три кандидата<sup>16</sup>. Значит, теперь кандидаты будут заинтересованы в высокой явке избирателей (в этом случае претендент может занять второе или даже третье место, но все равно получит мандат). Как правило, избиратели проявляли низкую активность при использовании кандидатами нечестных методов ведения избирательной кампании. Следовательно, система ССК ставит заслоны для кандидатов, использующих «грязные» PR-технологии. Возможно, выборы, проводимые по этой системе, станут более честными.

Достаточно высокая степень учета голосов избирателей данной системы обеспечивается тем, что выборы проходят в округах, число которых в 1,5 раза меньше, чем число замещаемых мандатов. Это препятствует появлению однопартийного парламента; как минимум, треть мест будет принадлежать оппозиционным партиям или независимым кандидатам (если кандидаты отдельной партии победят во всех округах, оставшиеся мандаты получат лица, имеющие иную партийную принадлежность).

Как показала практика, мажоритарные системы «дают сбои» в тех случаях, когда в большинстве округов кандидаты двух партий набирают примерно равное наибольшее число голосов. При применении системы ССК кандидаты, которые получили значительное число голосов, но уступили победителю, скорее всего, будут представлены в парламенте. Нетрудно заметить, что применение указанной системы обеспечивает подведение справедливых результатов выборов<sup>17</sup>.

Для подтверждения этого тезиса приведем следующий пример. Выборы проводятся в 10 округах, численность избирателей в каждом округе – 100 тыс., распределяется 15 мандатов. В выборах принимают участие кандидаты от нескольких партий, в том числе от двух «крупных»: А и В. Итоги голосования представлены в таблице 2. Голоса кандидатов-победителей в одномандатных округах выделены жирным шрифтом.

Таблица 2

Распределение голосов избирателей по округам, тыс.

Округ Партия	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	Всего голосов
А	50	51	52	53	54	55	10	10	10	10	355
Б	44	43	42	41	40	39	70	71	72	73	535
В	5	5	5	5	5	5	8	8	8	8	62
Г	1	1	1	1	1	1	5	5	5	5	26

Вычислим «рейтинг популярности» кандидатов и сформируем «совокупный список кандидатов» на основе итогов голосования:

- 1) кандидат от партии Б, округ 10, «рейтинг популярности» – 0,73;
- 2) кандидат от партии Б, округ 9, 0,72;
- 3) кандидат от партии Б, округ 8, 0,71;
- 4) кандидат от партии Б, округ 7, 0,70;
- 5) кандидат от партии А, округ 6, 0,55;
- 6) кандидат от партии А, округ 5, 0,54;
- 7) кандидат от партии А, округ 4, 0,53;
- 8) кандидат от партии А, округ 3, 0,52;
- 9) кандидат от партии А, округ 2, 0,51;
- 10) кандидат от партии А, округ 1, 0,5;
- 11) кандидат от партии Б, округ 1, 0,44;
- 12) кандидат от партии Б, округ 2, 0,43;
- 13) кандидат от партии Б, округ 3, 0,42;
- 14) кандидат от партии Б, округ 4, 0,41;
- 15) кандидат от партии Б, округ 5, 0,40.

Таким образом, партия А получила 6 мандатов, партия Б – 9 мандатов, что вполне отражает их популярность.

Авторы системы ССК проводили ее моделирование, применяя к результатам голосования на выборах депутатов Государственной Думы четвертого созыва<sup>18</sup>. В частности, была определена погрешность указанной системы. Для проведения всестороннего анализа также определено представительство партий в процентном отношении к числу замещаемых мандатов в случае проведения выборов по различным избирательным системам (по мажоритарной, пропорциональной с «заградительным барьером» в 5 % и 7 %)<sup>19</sup>. Результаты проведенного сравнительного анализа представлены в таблице 3.

Таблица 3

Представительство партий  
при использовании различных избирательных систем, %

Партии и блоки	Доля голо- сов избира- телей	Представительство партий при проведении вы- боров по пропорцио- нальной системе с 5 %-м барьером	Представительство партий при прове- дении выборов по пропорциональной системе с 7 %-м барьером	Представительство партий при проведении выборов по системе ССК	Представительство партий при проведе- нии выборов по мажоритарной системе
1	2	3	4	5	6
КПРФ	15	22,5	24	16	3
Само- выдвиженцы	9	13,5	15	5	3

Окончание табл. 3

1	2	3	4	5	6
Яблоко	6	9	0	6	7,5
НП	4,5	0	0	7	5
ЛДПР	4,5	0	0	0	0
Родина	4,5	0	0	5	7,5
СПС	4	0	0	5	3
Аграрии	4	0	0	4	1,5
ПВР-РПЖ	3,5	0	0	4	3
Великая Россия	1,5	0	0	1	1,5
РПП	1,5	0	0	1	0
Русь	1	0	0	0	0
Развитие предпри- мательства	1	0	0	1	0
Новый курс	1	0	0	1	1,5

Погрешность составила: по пропорциональной системе: при 5 %-м барьере – 60,5 %, при 7 %-м барьере – 70 %; по системе ССК – 20,5 %, по мажоритарной системе – 57,5 %.

Таким образом, степень учета голосов избирателей системы ССК оказалась весьма высокой (погрешность чуть более 20 %). Анализируя результаты выборов, можно прийти к выводу, что указанная система не продуцирует чрезмерную раздробленность парламента, поскольку в нем должны быть сформированы две крупные фракции партий «Единая Россия» и КПРФ.

Кроме того, разработанная нами система исключает возможность проведения дополнительных выборов. В случае появления вакантного места мандат передается кандидату в «совокупном списке» в порядке очередности (т. е. аналогично положениям пропорциональной системы).

Вместе с тем у системы ССК есть и недостатки. Во-первых, процедура распределения мандатов может быть проведена только после полного подсчета голосов во всех округах. Во-вторых, не исключены ситуации, когда какой-нибудь округ останется без представительства. Такое возможно при низкой явке избирателей в данном округе. Впрочем, мы считаем, что в любом случае недопустим допуск к власти лиц, получивших незначительное число голосов избирателей. Избранные по данной системе депутаты представляют скорее не избирателей, проживающих в отдельных округах, а население страны в целом.

Итак, мы полагаем, что оптимально использовать на выборах депутатов связанные смешанные и полупропорциональные системы. В силу этого, на наш взгляд, вполне допустимо избирать 300 депутатов Государственной Думы по пропорциональной системе с использованием единой квоты Д'Ондта в 10 территориальных округах, в каждом

из которых должно избираться, как правило, 30 депутатов. В этом случае не имеет смысла устанавливать «заградительный барьер», так как партии, набравшие менее 3 % голосов избирателей, вряд ли получат мандаты в округе. Оставшуюся часть депутатского корпуса (150 депутатов) следует избирать по мажоритарной системе. Также мы полагаем, что голоса партийных кандидатов, проигравших в своем одномандатном округе, должны суммироваться с голосами списка кандидатов своей партии в данном регионе.

Как показала практика проведения выборов в зарубежных государствах, наиболее высокий уровень учета голосов обеспечивается при использовании полупропорциональных систем. Разработанная нами система ССК является полупропорциональной, она имеет определенные достоинства: ее применение позволит избежать проведения дополнительных выборов и чрезмерной «потери голосов» избирателей, а также обеспечит равное и свободное участие в выборах партийных и независимых кандидатов (т. е. устраняются практически все недостатки мажоритарной и пропорциональной систем). Конечно, в нынешней политической обстановке бессмысленно настаивать на ее официальном признании, однако она в любом случае заслуживает права быть доведенной до сведения научного сообщества.

<sup>1</sup> О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации: Федеральный закон от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ (с изм.) // СЗ РФ. 2005. № 21. Ст. 1919.

<sup>2</sup> Например, на выборах депутатов Государственной Думы по одномандатным округам в 2003 г. шесть кандидатов получили мандаты, набрав менее 20 % голосов избирателей, принявших участие в голосовании (Выборы депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. 2003. Электоральная статистика. М., 2004. С. 199–230).

<sup>3</sup> Бромхед П. Эволюция Британской Конституции. М., 1978. С. 255.

<sup>4</sup> Методика Т. Хэйра имеет один недостаток: как правило, невозможно сразу распределить все мандаты между партийными списками. В этом случае оставшиеся мандаты обычно замещаются по правилу наибольших остатков.

<sup>5</sup> Конституция Российской Федерации: Проблемный комментарий / отв. ред. В. А. Четвернин. М., 1997. С. 75.

<sup>6</sup> Официальные результаты выборов в Государственную Думу // URL: [http://www.cikrf.ru/\\_1/kniga2.xls](http://www.cikrf.ru/_1/kniga2.xls) (дата обращения: 25.04.2004).

<sup>7</sup> В целях устранения подобной ситуации при проведении выборов депутатов Законодательного собрания Пермского края первого созыва было установлено следующее правило: список кандидатов должен дробиться на восемь субрегиональных групп, в каждой группе должно быть не менее трех кандидатов (Положение о проведении выборов депутатов Законодательного собрания Пермского края первого созыва. Утв. Указом Президента РФ от 19 апреля 2006 г. № 402 (с изм.) // Рос. газ. 2006. 21 апр.).

<sup>8</sup> Именно в целях надлежащего представительства населения при проведении выборов по пропорциональной системе в зарубежных государствах обычно образуются единые общетерриториальные и территориальные многомандатные округа или вообще только территориальные округа (Сравнительное конституционное право / под ред. В. Е. Чиркина. М., 2002. С. 209).

<sup>9</sup> О выборах депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации: Модельный закон. Одобрен ЦИК РФ 26 мая 2003 г. // Вестн. ЦИК РФ. 2003. № 5. С. 98–128.

<sup>10</sup> Зарубежное избирательное право / под ред. В. В. Маклакова. М., 2003. С. 129–130.

<sup>11</sup> В этом случае количество избранных депутатов в округах может быть неравным. Но мы считаем, что это допустимо, так как использование единой для всей страны квоты фактически означает образование «виртуального» единого избирательного округа (партийные списки кандидатов конкурируют не только со списками в своем округе, но вообще со всеми списками партий во всех округах).

<sup>12</sup> Определение Верховного Суда РФ от 1 августа 2000 г. № КА00-312. Официально не опубликовано // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>13</sup> Конвенция о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах-участниках Содружества Независимых Государств от 7 октября 2002 г. // Рос. газ. 2003. 5 июля.

<sup>14</sup> В науке избирательного права под полупропорциональными системами понимаются избирательные системы, которые, будучи основанными на мажоритарном принципе, т. е. на требовании большинства голосов для избрания, все же дают определенные возможности представительства меньшинству. А. А. Вешняков к таким системам относит систему единственного передаваемого голоса, систему единственного непередаваемого голоса, систему кумулятивного голосования, систему ограниченного

вотума (Вешняков А. А. Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации. М., 2003. С. 124–127).

<sup>15</sup> Рейтинги — дробные числа, для удобства их можно умножить на 100 или 1000 и производить дальнейшее ранжирование. Также следует отметить, что данная система может применяться и в случаях установления порога явки избирателей, наделения граждан правом голосовать против всех кандидатов. В этом случае рейтинги кандидатов, которые получили меньше голосов, чем было отдано графе «против всех кандидатов» в соответствующем округе, не определяются, такие лица лишаются права претендовать на мандаты. Также лишаются права претендовать на мандаты кандидаты в округах, где выборы не состоялись по причине низкой явки избирателей.

<sup>16</sup> Эту ситуацию мы считаем допустимой. Избранные по такой системе кандидаты фактически представляют все население государства, поскольку образуется «виртуальный» единый избирательный округ.

<sup>17</sup> Вместе с тем, если в большинстве округов примерно равное наибольшее число голосов получают более двух кандидатов, выдвинутых различными партиями, система ССК допускает теоретические шансы победы партии меньшинства (вероятность такой ситуации крайне мала, ею можно пренебречь).

<sup>18</sup> В 2007 г. выборы проходили по пропорциональной системе, в силу этого использовать итоги голосования на этих выборах для сравнительного анализа не представляется возможным.

<sup>19</sup> Для анализа были использованы официальные итоги голосования в 67 одномандатных округах, примерно равных по численности избирателей (округа 1, 3, 5, 6, 22, 33, 35, 38, 40, 41, 43, 46, 51, 54, 55, 67, 72, 75–77, 80, 81, 101, 102, 111, 113, 118, 120, 121, 124, 126, 140, 143, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 153, 156, 157, 161, 164, 166–168, 175, 178, 188, 191, 192, 195–201, 204, 205, 208–210, 212, 213, 222). По системе ССК замещалось 100 мандатов, по мажоритарным и пропорциональным системам распределялось только 67 мандатов. Поскольку в случае проведения выборов по различным избирательным системам подлежит замещению различное число мандатов, постольку представительство партий определено в процентном отношении к общей численности депутатского корпуса. Голоса кандидатов-самовыдвиженцев суммировались, чтобы не допустить значительной «потери голосов» избирателей.

О. Н. Ванеев\*

## ПРОБЛЕМА БЮРОКРАТИЗАЦИИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

*Анализируется проблема бюрократизации местного самоуправления. Автор исследует общие и специфические негативные черты бюрократии. Рассматриваются явления персонификации и фетишизации муниципальной власти, говорится о необходимости борьбы с бюрократизацией местного самоуправления.*

*Ключевые слова: местное самоуправление, бюрократия, персонификация и фетишизация власти, коррупция, местное сообщество, общественный контроль*

Одним из элементов демократии в Российской Федерации выступает местное самоуправление. По сути, местное самоуправление — это право населения осуществлять публичную власть на местном уровне. Местное самоуправление, если оно реальное, действенное, а не эрзац местного самоуправления, как это было в недавнем прошлом, обязательно становится одним из важнейших элементов гражданского общества, стимулируя активность всех других его элементов: политических партий, общественных организаций, СМИ и т. д. Такая взаимосвязь и взаимозависимость обусловлена прежде всего тем, что каждый человек живет, реализует свой потенциал в первую очередь в «зоне влияния» местного самоуправления.

Существенным моментом для развития местного самоуправления как публичной власти является реальная возможность для граждан на деле опробовать свои властно-правовые полномочия, проявить политическую активность. По мнению А. К. Черненко, «сами граждане должны стать контролерами соблюдения законов органами публичной власти, соблюдения принципа юридического равноправия»<sup>1</sup>.

Граждане должны иметь право на осуществление местного самоуправления во всех сферах местной жизни, применительно ко всем функциям местного самоуправления, во всех муниципальных образованиях на территории их проживания. Реализация людьми своих прав в сфере функционирования органов местного самоуправления должна обеспечиваться условиями для осуществления ими управленческой деятельности, т. е. принятия управленческих решений на основании учета всех местных обстоятельств. Такое участие граждан может происходить на общественных или профессиональных началах. Однако необходимо учитывать, что «люди, живущие в демократическом обществе... лишены привычных и обязательных социальных связей, охотно замыкаются в себе и полагают себя свободными от общества. Люди почти всегда с трудом отрывают себя от личных дел, чтобы заняться делами общественными, поэтому естественно их стремление переложить эти заботы...»<sup>2</sup>. Это особенно ярко проявляется в крупных городах. Возникает, как замечал в начале XX в. Л. А. Тихомиров, «власть передаточная в виде иерархии лиц и учреждений, образующих нисходящую лестницу бюрократии»<sup>3</sup>. Иначе говоря, на местном уровне (как, впрочем, и на любом другом) бюрократия заменяет первичного субъекта власти (население), непременно подменяя интересы этого субъекта своими собственными, эгоистическими групповыми интересами.

«Забюрократизированность» властно-управленческих структур — вечная болезнь нашего Отечества. Однако современные конституционные установки (рыночная экономика, демократическая государственность, права и свободы граждан и др.) вошли в явное противоречие с привычно-бюрократическим типом властвования на региональном и местном уровнях. Не случайно бывший глава государства В. В. Путин так много

\* Ванеев Олег Николаевич — кандидат юридических наук, советник Экспертно-правового управления Законодательного Собрания Красноярского края (Красноярск). E-mail: olvaneev\_24@mail.ru.

внимания уделял демократизации и рационализации управления, постоянно говорил о необходимости содействия развитию всех элементов гражданского общества, в том числе местного самоуправления. Именно при нем был принят Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>4</sup>. Неудивительно, что и действующий Президент РФ Д. А. Медведев говорит о значении сильного гражданского общества для будущего страны и о необходимости «тотальной войны против коррупции», которая разрушает саму государственность, доверие народа к властям всех уровней, включая местное самоуправление. Бюрократический тип властвования и коррупция неотделимы друг от друга: одно порождает другое и порождается другим.

К сожалению, очень часто можно наблюдать смешение бюрократического стиля управления (что есть негатив, препятствующий развитию) и бюрократии как самого аппарата управления (это необходимо). Если самоуправление не просто декларировать, а последовательно проводить в жизнь, то нужно понять истину, подтвержденную всей историей демократии: при демократическом строе первичным субъектом власти должно быть население самоуправляемой территории. Для осуществления своей властной воли народ (население территории, например города) наделяет полномочиями специально созданные (коллегиальные или единоличные) органы местного самоуправления, которые выступают носителями власти. Субъект не делит власть с ее носителями, функции их всегда вторичны, производны от властных полномочий субъекта. Любое нарушение данного типа субординации есть момент разрушения демократии, шаг к отчуждению граждан от власти. В основе правового государства и стабильной политической системы должно лежать прежде всего участие общества в формировании механизма власти на местном уровне. Однако можно согласиться с мнением В. В. Пылина, что в России в последние годы идет опасный процесс отчуждения граждан от государственной и муниципальной власти, возрастают масштабы и глубина манипулирования обществом и личностью, происходит разочарование граждан<sup>5</sup>.

Современная Россия — высоко урбанизированная страна, в ней сформировалось 128 агломераций, в границы которых входят 1330 городских поселений, где проживает 97,2 млн человек (66 % населения страны)<sup>6</sup>. Можно вести речь о переходе городов от развития в условиях «урбанизационного бума» в состояние эволюции, при опоре на внутригородской, в первую очередь человеческий, потенциал.

По нашему мнению, на уровне городского самоуправления, особенно в городах — административных центрах субъектов РФ, произошла подмена власти местного сообщества (населения, проживающего в городе) властью муниципальной бюрократии. Исходя из опыта работы в администрации Красноярска можем заявить, что единственно значимой политической реальностью в управлении крупного города стала муниципальная бюрократия, так называемый административный ресурс.

Особенно актуальны и сейчас сказанные около века назад слова Л. А. Тихомирова: «Бюрократия по мере своего всевластия сама понижается. Причины этого состоят в том, что главное требование от чиновника состоит в дисциплине, исполнении приказаний и знании формы. Все это совместимо с очень ограниченными умственными способностями и даже лучше достигается у человека малоэнергичного и не самостоятельного по природе... Борьба за существование, которая характеризует ее высшие сферы, основана не на победе сильнейшего, а на системе монополии власти, на системе недопущения до власти людей способных, которые могли бы низвергнуть монополиста, уже захватившего место. Еще более эти монополисты опасаются допустить людей честных, которые не пойдут на компромиссы, на продажу себя...»<sup>7</sup>

Можно утверждать, что на муниципальном уровне, особенно в крупных городах, происходит персонификация и фетишизация муниципальной власти.

Персонификация власти означает, что конкретные органы и должностные лица местного самоуправления (носители власти) воспринимаются людьми как сама власть: городская администрация — власть, муниципальный служащий — власть. Подобные широко распространенные представления (сами по себе вполне понятные и привычные в повседневной жизнедеятельности людей) очень часто ведут к наделению носителя власти качествами ее субъекта: независимость властного волеизъявления, окончательность и бесспорность властных решений и т. п. В сознании людей субъект власти подменяется ее носителем. Если население не ощущает себя субъектом власти, не видит в деятельности муниципальных органов реализации своего права, своих личных свобод, не видит инструмента воплощения своих повседневных интересов, то налицо ликвидация муниципальной демократии.

Персонификация власти непосредственно связана с ее фетишизацией, понимаемой как наделение конкретного органа власти или управления качествами некоего «абсолютного суверена» (в рамках данной территории): его повеления есть истина в последней инстанции, влияние граждан на его деятельность исключено, а критика его действий бесполезна или даже абсурдна. Следует особо подчеркнуть, что обыденное представление о власти, ее субъектах и носителях, ее персонификация и фетишизация особенно опасны на муниципальном уровне, поскольку в подобных случаях должностное лицо местного самоуправления неизбежно отрывается от интересов субъекта власти, т. е. жителей муниципального образования, хотя формально может весьма пунктуально выполнять предписания и рекомендации в плане «связей с массами». Обыденное понимание власти должностным лицом может привести к гипертрофированному представлению о собственной значимости, следовательно, к потере способности верно оценивать свои и чужие достоинства и недостатки. Персонификация и фетишизация власти должностными лицами как бы возносит их в собственном воображении над людьми, а выполнение служебных функций приобретает для них значение самодовлеющего фактора.

Что же касается граждан, то такое положение неизбежно приводит к ущемлению ощущения значимости личности в системе местного самоуправления, к представлению о полной непричастности к организации местных дел и соответственно к прогрессирующей пассивности людей, вплоть до абстрактно-нигилистического отношения к муниципальной демократии. Гражданин (горожанин) воспринимает местное самоуправление как власть местных чиновников. Это как раз те условия, при которых любые усилия высших властей по «внедрению», расширению, развитию демократии бесшумно и неизменно гибнут в недрах чиновной иерархии в той же мере, в какой и в неподготовленной для этого стихии обыденности.

Бюрократическое правление расточительно, неэффективно, неповоротливо и полностью игнорирует интересы конкретного человека. Муниципальной бюрократии присущи общие негативные черты.

1. Увеличение численности чиновников, независимость аппарата от населения, формальное выполнение обязанностей чиновниками, сосредоточение ими в своих руках всех управленческих рычагов, присвоение права на принятие управленческих решений, использование служебного положения в собственных интересах, прежде всего для личного обогащения. Все это негативно сказывается на самом процессе управления: снижается качество принимаемых решений, они медленно претворяются в жизнь, происходит дублирование в решении задач, увеличивается количество циркуляров, расширяется документооборот, возрастают финансовые затраты на решение по существу простых вопросов. На 1 января 2008 г. в органах местного самоуправления России работали 328,3 тыс. муниципальных служащих<sup>8</sup>.

2. Законничество (И. Ильин) — преобладание формализма, буквы. Местные нормы права формируются бюрократией как не связанные с иными социальными нормами,

как произвольно сконструированная схема юридических норм. Именно эта схема, преследующая эгоистические интересы бюрократии, навязываются местному сообществу. Оно как бы загоняется в данную сконструированную схему правовых отношений.

3. Коррупция – продажность, личное обогащение, использование ресурсов власти в корыстных целях. «Коррупция ведет к политическому рабству»<sup>9</sup>. В современной ситуации должностные лица освободились не только от общественного контроля, но и от государственного правового контроля. Как точно подметил А. Токвиль, «в демократических странах простые граждане видят, как вышедший из его среды человек в короткий срок оказывается у власти и становится богатым... и тогда основная причина его успеха относится за счет его пороков, и часто это бывает правдой. Вот так происходит отвратительное соединение понятий власти и низости...»<sup>10</sup>. По мнению Президента РФ Д. А. Медведева, «коррупция превратилась в системную проблему»<sup>11</sup>.

При отсутствии действенного контроля наблюдается огромный разрыв между декларируемыми принципами равенства всех граждан перед законом, реальной политикой и столь же реальным уровнем коррупции, что свидетельствует о масштабах национального лицемерия в той или иной стране. Характерными признаками коррупции являются скрытое принятие решений, нарушающих закон или общественные нормы, действия «соучастников» по обоюдному согласию и получение незаконных выгод и преимуществ. Среди них: участие должностных лиц в коммерческой деятельности для извлечения прибыли; использование служебного положения для «перекачки» бюджетных средств в коммерческие структуры с целью получения личной выгоды с привлечением для этого подставных лиц и родственников; предоставление должностным лицам льгот коммерческими структурами; предоставление финансовых и иных ресурсов в избирательные фонды.

4. Клановость, т. е. кадровая политика, построенная на родственных, дружеских и иных связях, без учета интересов местного сообщества, на личной преданности, формировании местной бюрократической элиты.

Кроме общих, можно выделить и специфические негативные черты муниципальной бюрократии:

1) она является наиболее приближенной к населению и своекорыстным поведением отчуждает человека от власти, т. е. формирует идеологический негатив к публичной власти государства в целом;

2) муниципальной бюрократии подвержены многочисленные служащие и управленцы, т. е. формируется психологическая ущербность (поведенческий негатив) по отношению к службе как виду человеческой деятельности;

3) в связи с коррупцией муниципальные ресурсы истощаются или неэффективно используются (например, земля, собственность, местные финансы), а это несет экономический ущерб местному сообществу и государству в целом;

4) неэффективное управление и использование муниципальных ресурсов приводит к тому, что ресурсы не идут на воспроизведение и развитие городского хозяйства; в связи с низкой зарплатой части муниципальных служащих и лиц, зависимых от муниципальных ресурсов (врачи, учителя, управленческий персонал и работники муниципальных организаций), имеет место использование ими служебного положения для улучшения материального благосостояния. Иначе говоря, формируется криминологический негатив по отношению к муниципальной (городской) собственности как достоянию всего населения города;

5) блокируется инициатива граждан, т. е. формируется негатив к самоорганизации и самодеятельности населения (организационный негатив).

Главная черта «бюрократического самоуправления на местах» – безответственность. Местные бюрократы принимают все меры к тому, чтобы население никогда не стало са-

мостоятельным субъектом местной власти и всегда зависело от своих «покровителей». Применяется экономическое, идеологическое, политическое и правовое воздействие. Манипулирование сознанием жителей осуществляется в едином комплексе мер, но непременно вместе с более или менее последовательным соблюдением правил «политической игры»: выборы и референдумы, свобода слова и печати, равенство всех перед законом, социальные форумы и карнавалы и т. п. Все это необходимо для сохранения легитимности системы, самой власти местной бюрократии. Бюрократ-избиратель и лица, находящиеся под его влиянием (большая часть бюджетной сферы города), имитируют выборы и другие демократические процедуры, создают «бюрократическое самоуправление». Например, в публичных слушаниях по проекту бюджета Красноярска в 2006 г. участвовало 124 человека, в 2007 г. – 116 человек, в 2008 г. – 118 человек. Большинство участников публичных слушаний – руководители муниципальных предприятий и учреждений, муниципальные служащие и депутаты городского Совета, а также депутаты Законодательного Собрания. Можно говорить о формализме публичных слушаний, которые проводятся местной бюрократией и контролируются ей, а не о реальном институте муниципальной демократии.

Возникает главная проблема: человек (горожанин) чувствует себя одиноким, отчужденным от формирования благоприятной городской среды. Он вынужден принять за аксиому «бюрократическое самоуправление» и согласиться с нестабильностью и ненадежностью своего статуса на уровне местного самоуправления как с нормой существования в городе. Поэтому у гражданина возникает потребность найти опору, «буфер» между ним и местной бюрократией. Такой опорой должно выступать местное сообщество или, иначе говоря, городская община. Однако можно утверждать, что существующие сегодня в городах России местные сообщества объективно не способны претендовать на политическую самобытность.

Поэтому, определив субъект, узурпировавший власть в городе, мы должны найти критические точки самой этой власти: «теплые места» и «каналы информации». Причем нужно понимать, что свойство бюрократа – сделать любое место «теплым», «доходным». Главные способы борьбы с муниципальной бюрократией, по нашему мнению: выявление и распространение информации о деятельности властей, общественный контроль за деятельностью местных чиновников. Следовательно, важнейшими задачами выступают: накопление и распространение негативной информации о муниципальной бюрократии; накопление и распространение положительной информации о борьбе с ней, о ресурсах, людях, которые ведут эту борьбу; создание общественных организаций, связанных с этой борьбой, осуществление деятельности этих организаций как своеобразных адвокатов общественных интересов горожан. Национальный план противодействия коррупции<sup>12</sup>, утвержденный 31 июля 2008 г. Президентом РФ Д. А. Медведевым, как раз предполагает «развитие института общественного контроля за соблюдением антикоррупционного законодательства Российской Федерации».

Необходимо объединить общественный и профессиональный подход в противодействии местной своекорыстной бюрократии. Путем сочетания этих подходов возможно привести российские города в состояние, максимально благоприятное для наибольшего числа людей. Время ставит нас перед необходимостью борьбы с бюрократизацией местного самоуправления.

<sup>1</sup> Черненко А. К. Философия права. Новосибирск, 1998. С. 95.

<sup>2</sup> Токвиль А. Демократия в Америке / пер. с фр. М., 1994. С. 484.

<sup>3</sup> Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. СПб., 1992. С. 548.

<sup>4</sup> Рос. газ. 2003. 8 окт.

<sup>5</sup> Пылин В. В. Некоторые аспекты реформирования муниципальной службы // Государственная власть и местное самоуправление. 2006. № 7; СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> Таболов В. В. Город как субъект муниципального права // Конституционное и муниципальное право. 2003. № 5. С. 17.

<sup>7</sup> Тихомиров Л. А. Указ. соч. С. 566–569.

<sup>8</sup> О состоянии законодательства в Российской Федерации в 2007 г.: Доклад Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации // URL: <http://www.council.gov.ru/report> (дата обращения: 07.08.2008).

<sup>9</sup> Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества. М., 2000. С. 367.

<sup>10</sup> Токвиль А. Указ. соч. С. 177.

<sup>11</sup> Вступительное слово Президента РФ на совещании по проблемам противодействия коррупции (19 мая 2008 г.) // URL: [http://medvedev-da.ru/about/news/index/php?ELEMENT\\_ID=4243](http://medvedev-da.ru/about/news/index/php?ELEMENT_ID=4243) (дата обращения: 07.08.2008).

<sup>12</sup> URL: <http://www.kremlin.ru/text/docs/2008/07/204857.shtml> (дата обращения: 07.08.2008).

В. Н. Борков\*

## О НОВЫХ ПОДХОДАХ К КОНСТРУИРОВАНИЮ ЗАПРЕТОВ НА СОВЕРШЕНИЕ КОРРУПЦИОННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

*Статья посвящена поиску подходов к установлению уголовной ответственности за создание коррупционной группы и незаконное обогащение. При криминализации незаконного обогащения предстоит снять два противоречия: конструкция состава коррупционного обогащения не должна создавать предпосылок для нарушения принципа презумпции невиновности, предлагаемая норма должна согласовываться с ч. 1 ст. 14 УК РФ, т. е. описывать преступное деяние.*

*Ключевые слова: незаконное обогащение, коррупционное обогащение, публично-правовой порядок оплаты труда, должностное лицо*

Изучение судебной практики по коррупционным преступлениям показывает, что извлечение коррупционером незаконной имущественной выгоды из своего должностного положения, как правило, осуществляется не без участия лиц, заинтересованных в предательстве чиновником публичного интереса. При этом наиболее разрушительны не «бытовое» взяточничество, а организованные коррупционные отношения, понижающие экономику. Помимо склонных к предательству интересов службы должностных лиц, участниками коррупционных связей часто выступают недобросовестные предприниматели. «Стремлению бизнесменов подкупить лиц, принимающих решения, соответствует фактор их продажности»<sup>1</sup>. По данным Фонда ИНДЕМ, сумма взяток, получаемых чиновниками от предпринимателей (деловая коррупция), оценивается в 33,5 млрд долл. (чуть меньше доходной части бюджета), а от граждан (бытовая коррупция) — почти в 3 млрд долл.<sup>2</sup>

Исследуя экспертные оценки российской коррупции, М. П. Клейменов пишет о распространении коррупционных сетей. Наряду с государственными чиновниками, обеспечивающими принятие «нужных» решений, в их состав входят коммерческие или финансовые структуры, которые реализуют полученные выгоды и льготы, превращая их в деньги<sup>3</sup>. По данным МВД РФ, «в некоторых регионах России в коррупционные отношения вовлечены две трети предпринимателей...»<sup>4</sup>.

Коммерсанты стремятся получить незаконные льготы и преимущества по сравнению с другими участниками экономических отношений, избежать наказания за совершенные правонарушения. Иногда предпринимателями движет нежелание возмещать ущерб, который они причинили своим партнерам и клиентам. Так, начальник таможенного поста А. признан виновным в получении взятки в крупном размере от предпринимателя П. за «ускорение процедуры таможенного оформления товаров, поступающих в адрес представляемого П. ООО „Автолюкс“»<sup>5</sup>. Должностное лицо местного самоуправления Б. получал деньги от А. и К. за «быстрое и успешное прохождение процедур оформления и согласования с администрацией города пакета документов на право предоставления транспортных услуг населению города»<sup>6</sup>. Полковник У., курирующий взаимодействие военного ведомства с компаниями, получившими в доверительное управление средства армейской ипотеки, по сговору с ними за взятку не реагировал на причинение деятельностью этих компаний крупного материального ущерба государству<sup>7</sup>.

Опасность коррупционной связи между властью и бизнесом осознается законодателем. Первым в ряду запретов, связанных с гражданской службой, стоит запрет «участвовать

\* Борков Виктор Николаевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Омской академии МВД России (Омск). E-mail: borkovv@mail.ru.

на платной основе в деятельности органа управления коммерческой организацией...»<sup>8</sup>. Заметим, что это требование распространяется на должностных лиц правоохранительных органов<sup>9</sup>, а также лиц, занимающих государственные должности Российской Федерации. Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»<sup>10</sup> налагает ряд ограничений, связанных с трудоустройством бывших чиновников в коммерческие организации (ст. 12). В ст. 19.29 КоАП РФ предусмотрена ответственность для юридических лиц и их управленцев за «незаконное привлечение к трудовой деятельности государственного служащего (бывшего государственного служащего)».

Считаем возможным дополнить УК РФ нормой следующего содержания:

«Организация коррупционной группы

1. Создание коррупционной группы, объединяющей должностное лицо с физическим или юридическим лицом для использования должностным лицом своих полномочий или положения в целях извлечения членами группы незаконной имущественной выгоды, а равно руководство такой группой, — ...

2. Участие в коррупционной группе, — ...»

Опасность коррупционной группы не ограничивается тем, что сговор предшествует совершению ряда корыстных посягательств на власть и экономические основы государства. Предлагаемый к включению в УК РФ состав предполагает необходимое соучастие, объединение в преступных целях недобросовестных чиновников с другими лицами. В нем отражен такой существенный признак коррупции, как заинтересованность в ней определенной части общества. Коррупцию (лат. *corruptio* — подкуп) постоянно подпитывают те, кто побуждает должностных лиц к предательству публичного интереса, поэтому они также должны выступать субъектами предлагаемого к криминализации преступления. Так, глава администрации закрытого административно-территориального образования «город Заозерск» в нарушение федерального законодательства (без проведения конкурсных процедур) заключал договоры на строительство жилья для «переселенцев» с коммерческой организацией своего знакомого. При этом несколько раз заключались дополнительные соглашения, которыми увеличивалась стоимость одного квадратного метра жилья, ухудшалось место застройки, размеры площадей, затягивались сроки исполнения договора. Действия главы администрации были квалифицированы как злоупотребление должностными полномочиями<sup>11</sup>, оснований для уголовного преследования недобросовестного предпринимателя нет.

Развивая идею ответственности как самих коррупционеров, так и потребителей коррупционных услуг, следует отметить, что по отношению к последним действующий закон необоснованно либерален. Мэр Элисты обвинялся в незаконном участии в предпринимательской деятельности. Он обеспечил победу в конкурсе на поставку горюче-смазочных материалов коммерческой организации, учредителями которой были его супруга и отец. В результате завышения фирмой цен муниципальному бюджету был причинен ущерб в размере более 800 тыс. руб.<sup>12</sup> Очевидно, что причинение крупного ущерба бюджету не было бы возможным без активного участия учредителей коммерческой организации.

Правильное представление о содержании предлагаемого к включению в УК РФ состава невозможно без установления его соотношения с уже имеющимися нормами о должностных преступлениях. Прежде всего речь идет о корыстных посягательствах должностных лиц и тех, кто им предоставляет выгоды материального характера. Характерный пример этого — получение и дача взятки (ст. 290 и 291 УК РФ). Создание коррупционной группы не является общей нормой по отношению к названным посягательствам, она также не может выступать в качестве нормы «целого», которая бы включала запреты на совершение уже предусмотренных в УК РФ корыстных должностных преступлений.

Подобно тому как при бандитизме (ст. 209 УК РФ) опасно само по себе создание вооруженной группы, которая имеет цель — совершать нападения на граждан и организации, коррупционное объединение должностных лиц с другими гражданами для извлечения незаконной имущественной выгоды создает реальную угрозу разрушения власти. Существенное усиление ответственности за организованную коррупцию в сравнении с ситуативными преступлениями (дача взятки преподавателю, врачу, сотруднику ГИБДД и т. д.) социально обоснованно. Участники коррупционной группы, заинтересованные в предательстве чиновниками служебного долга, в отличие от нерадивого студента, родственника больного, невнимательного водителя, намереваются извлекать незаконную имущественную выгоду из должностных преступлений, которые предполагается совершать в будущем. Поэтому в качестве посягательств, которые бы могли образовывать реальную совокупность с созданием коррупционной группы, выступают злоупотребление должностными полномочиями, их превышение, получение и дача взятки, хищения с использованием служебного положения и т. д.

Для повышения эффективности противодействия наиболее опасным преступлениям УК РФ уже формулирует запреты на деятельность, которая угрожает причинением вреда важнейшим интересам личности, общества, государства. Противодействие терроризму не ограничивается запретом на «совершение взрыва, поджога или иных действий, устрашающих население и создающих опасность гибели человека, причинения значительного имущественного ущерба...» (ст. 205 УК РФ). Статья 205<sup>1</sup> УК РФ запрещает содействие террористической деятельности, которое заключается в склонении, вербовке или ином вовлечении лица в совершение преступлений террористической направленности. Более того, ввиду значительности угрозы преступлением признаны публичные призывы к осуществлению террористической деятельности и публичное оправдание терроризма (ст. 205<sup>2</sup> УК РФ).

Предупредительный потенциал подобных норм состоит не только в упреждении непосредственного разрушения общественных отношений, но и в возможности за счет их применения значительно усилить ответственность виновных. В качестве отдельных составов определены: организация незаконного вооруженного формирования и участие в нем (ст. 208 УК РФ), бандитизм (ст. 209 УК РФ), организация преступного сообщества и участие в нем (ст. 210 УК РФ). Заметим, что перечисленные нормы трудно назвать «мертворожденными». По данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в 2008 г. за совершение преступлений, предусмотренных ст. 208, 209, 210 УК РФ, осуждено соответственно 169, 286 и 181 человек (Форма № 10-а).

Приведенные составы в основном описывают деятельность, направленную на поиск соучастников, их подготовку для совершения особо тяжких преступлений, планирование посягательств. Таким образом, речь идет о наиболее опасных формах организованной преступной деятельности. Учитывая изложенное, идею уголовного преследования потребителей коррупционных услуг, которые стремятся нажиться на предательстве должностным лицом интересов граждан, общества и государства, считаем перспективной.

Предупреждение коррупционных преступлений должно быть эшелонированным. Нужно сочетать нормы, уже ставшие традиционными в российском уголовном законодательстве, с новыми составами, образующими «дополнительные линии обороны» интересов власти и службы. Предпринимаемым коррупционерами мерам конспирации, усилиям, направленным на сокрытие преступной деятельности, необходимо противопоставить новые подходы к конструированию уголовно-правовых запретов. Задача состоит в выявлении признаков, которые бы неопровержимо свидетельствовали о коррумпированности чиновника, степени предательства им интересов службы, характерной для преступления. Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.<sup>13</sup> предполагается «усиление ответственности за пра-

вонарушения, связанные с коррупцией и злоупотреблением служебным положением, в том числе на основании косвенных признаков коррупции (принцип незаконного обогащения)».

В связи с ратификацией 8 марта 2006 г. Российской Федерации Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 г.<sup>14</sup>, подписанной от имени РФ в Мериде (Мексика) 9 декабря 2003 г., актуализируется вопрос о криминализации незаконного обогащения. Статья 20 Конвенции содержит следующие рекомендации: «При условии соблюдения своей конституции и основополагающих принципов своей правовой системы каждое государство-участник рассматривает возможность принятия таких законодательных и других мер, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать в качестве уголовно наказуемого деяния, когда оно совершается умышленно, незаконное обогащение, т. е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать».

Основной аргумент противников уголовно-правовой борьбы с незаконным обогащением основан на необходимости соблюдения принципа презумпции невиновности, которому якобы противоречит вменение должностному лицу обязанности обосновывать законность обогащения. Действительно, в соответствии с ч. 2 ст. 49 Конституции РФ «обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность». Это конституционное положение получило развитие в ч. 2 ст. 14 УПК РФ: «Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения».

Заметим, само по себе предложение нарушителю запрета обосновывать правомерность его поведения выглядит несколько странно. Традиционно описание преступлений производится посредством указания на их объективные и субъективные признаки, а признак «не может разумным образом обосновать» — негативный, характеризующий посткриминальное поведение.

Правильно считать, что любое правонарушение, тем более преступление, есть категория объективная. Наличие или отсутствие незаконного обогащения не может зависеть от объяснений коррумпированного должностного лица. При этом, вне всяких сомнений, должны быть исследованы все обстоятельства дела. Чиновник, который обоснованно был заподозрен в незаконном обогащении, должен иметь возможность представить доказательства того, что имущество нажито честно. В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ «презумпция невиновности, так же как и право не свидетельствовать против самого себя, не исключает возможности проведения — независимо от того, согласен на это подозреваемый или обвиняемый либо нет, — различных процессуальных действий с его участием (осмотр места происшествия, опознание, получение образцов для сравнительного исследования), а также использования документов, предметов одежды, образцов биологических тканей и пр. в целях получения доказательств по уголовному делу»<sup>15</sup>.

Статья 49 Конституции РФ и ст. 14 УПК РФ, в соответствии с которыми обвиняемый и подозреваемый не обязаны доказывать свою невиновность, не запрещают опрашивать данных участников судопроизводства, предлагать им ответить на вопросы, которые имеют значение для правильного разрешения дела. «Сам обвиняемый, — пишет И. Л. Марогулова, — имеет право доказывать свою невиновность, однако это только его право, которое он может использовать, но отнюдь не обязанность»<sup>16</sup>.

Между тем нам известны случаи, когда общее право для некоторых категорий граждан перерастает в юридическую обязанность. Так, предупреждение и пресечение преступлений для обычных граждан является правом, а для сотрудников правоохранительных органов — обязанностью. Врачи должны оказывать медицинскую помощь больным.

Иногда права граждан ограничиваются в связи с особым родом их деятельности. Например, государственным и муниципальным служащим запрещено заниматься предпринимательской деятельностью, хотя право «на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской... деятельности» (ст. 34 Конституции РФ), как и право на признание презумпции невиновности гражданина, является конституционным. Нормативные акты ряда других государств, регламентирующие порядок прохождения службы, «говорят о необходимости добровольного ограничения чиновника, отказа от некоторых прав и преимуществ по сравнению с рядовым гражданином»<sup>17</sup>.

Достаточно показательна правовая позиция Конституционного Суда РФ: «Конституционное право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию не исключает возможность закрепления в законе определенных требований к лицам, осуществляющим деятельность в органах государственной власти и местного самоуправления...

Гражданин Российской Федерации, пожелавший реализовать указанное конституционное право, добровольно принимает условия, ограничения и преимущества, с которыми связан приобретаемый им публично-правовой статус, и выполняет соответствующие требования согласно установленной законом процедуре. Из этого вытекает, что запреты и ограничения, обусловленные специфическим статусом, который приобретает лицо, не могут рассматриваться как неправомерное ограничение конституционных прав этого лица. Данная правовая позиция неоднократно была выражена Конституционным Судом Российской Федерации в его решениях»<sup>18</sup>.

Практически невозможно заработать крупные суммы преподавательской, научной или творческой деятельностью. Источником несоразмерного официальным доходам увеличения активов должностного лица может быть только торговля публичными полномочиями и положением. Установление факта сверхприбылей чиновника порождает серьезные сомнения в том, что он не коррумпирован. Процессуальное законодательство позволяет применять меры государственного принуждения к лицу, только заподозренному в совершении преступления, и к тому, чья вина в общем доказана, но судом виновным он еще не признан.

Действительно, каждый человек изначально невиновен, недопустимо обвинять лицо в совершении преступления только потому, что отсутствуют доказательства его непричастности. Но при наличии фактических данных, свидетельствующих о совершении лицом преступления, можно говорить о презумпции сомнения в его невиновности. Именно обнаружение признаков преступления обязывает уполномоченных лиц принимать все необходимые меры по установлению события преступления и изобличению лица, виновного в его совершении (ст. 21 УПК РФ).

Нельзя презумпцию невиновности рассматривать в качестве преграды для привлечения к уголовной ответственности лиц, представляющих повышенную опасность для общества. Она выступает основой для создания процедурных гарантий от необоснованного преследования лиц, не совершавших преступления. Рассматривая проблему соотношения истины и процедуры в судопроизводстве, В. В. Лунеев пишет: «Давно известно, что процедура всемогуща. Она может способствовать решению самых сложных проблем или загубить поиск даже очевидной истины. Но как бы ни относились мы к процессуальным проблемам, процедура никогда не может быть выше искомой истины по делу»<sup>19</sup>. Аналогично процедура не может быть препятствием для разработки новых подходов к криминализации общественно опасного поведения.

В противном случае любой конституционный принцип можно довести до абсурда. Например, ст. 105 УК РФ, устанавливающую ответственность за умышленное убийство, можно признать противоречащей Конституции РФ в силу того, что она запрещает стрелять на поражение в каждого, кто без согласия хозяина переступил порог его квартиры, так как жилище неприкосновенно (ст. 25 Конституции РФ).

Возможно, некоторые противоречия между ст. 20 Конвенции и принципами российского законодательства будут не так очевидны, если мы не будем в диспозиции нашей нормы предлагать должностному лицу обосновывать возникшую диспропорцию между его активами и законными доходами. Значение объяснений и оправданий коррумпированных должностных лиц тем меньше, чем больше разница между их фактическими и официальными доходами. Связанность количественного признака с денежным содержанием конкретного должностного лица позволит распространить предупредительное воздействие на все уровни власти.

Важно отметить, что уголовная ответственность должна наступать не за сам факт несоответствия фактических и официальных доходов чиновника, а за его коррупционное поведение, которое привело к подобному дисбалансу. Конструируя уголовно-правовой запрет на незаконное обогащение, нужно подчеркнуть, что оно стало следствием коррупционного поведения самого виновного, а не третьих лиц. Превышение общих доходов над законными следует рассматривать одновременно как деятельность виновного и ее результат.

Последний тезис показывает наличие еще одной серьезной проблемы, связанной с криминализацией незаконного обогащения. Это вопрос о соответствии предлагаемой в Конвенции нормы и ч. 1 ст. 14 УК РФ, в соответствии с которой преступление — это всегда деяние. В процессуальном законодательстве указывается, что при производстве по уголовному делу подлежат доказыванию «событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления)» (п. 1 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Незаконное обогащение состоит в значительном превышении фактических активов должностного лица над законными. Если для привлечения к ответственности за предлагаемое к криминализации посягательство будет необходимо устанавливать конкретные способы обогащения: эпизоды хищений, получения взяток, корыстных злоупотреблений и т. д., — то дополнение УК РФ запретом на незаконное обогащение теряет смысл.

Возможно, проблему криминализации незаконного обогащения следует решать с учетом развивающегося отечественного антикоррупционного законодательства. Статья 8 Федерального закона «О противодействии коррупции» обязала государственных служащих предоставлять сведения о доходах. Эти сведения служащий предоставляет работодателю (руководителю), который осуществляет их проверку как самостоятельно, так и посредством правоохранительных или контролирующих органов. В качестве санкции за невыполнение служащим обязанности предоставлять сведения о доходах определено освобождение от замещаемой должности и иные виды дисциплинарной ответственности (ч. 8 ст. 8). В Законе отмечается, что для служащих «могут устанавливаться более строгие запреты, ограничения, обязательства, правила служебного поведения» (ч. 9 ст. 8).

Закон не объясняет, как поступать в ситуации, когда чиновник скрыл свои реальные «необъяснимые» доходы и они были выявлены правоохранительными органами. Очевидно, необходимо сформировать логическое продолжение нормы и реализовать пожелания, заложенные в преамбуле, где декларируется, что Законом «О противодействии коррупции» устанавливаются «...правовые и организационные основы предупреждения коррупции и борьбы с ней...». Получается, что основы созданы, а реальной борьбы нет. Поэтому предлагаем дополнить УК нормой следующего содержания:

«Коррупционное обогащение

1. Непредоставление должностным лицом сведений о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера и о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей, а равно предоставление заведомо ложных сведений в случае превышения активов указанных лиц над законными доходами в крупном размере, — ...

2. Те же деяния, совершенные в случае превышения активов над законными доходами в особо крупном размере, — ...

Примечание. Крупным размером превышения активов над законными доходами признается сумма, превышающая среднемесячное денежное содержание должностного лица в пятьдесят раз, а особо крупным размером — в двести раз».

Деяние в предлагаемой норме состоит в непредоставлении должностным лицом сведений о доходах либо в предоставлении ложных сведений. В качестве обязательного признака объективной стороны выступает обстановка превышения активов субъекта и его близких родственников над законными доходами в значительном размере. Заметим, обстановка складывается до совершения преступления и может создаваться как самим виновным, так и другими лицами. Существенно то, что наличие такой обстановки должно осознаваться преступником. Поэтому при вменении должностному лицу превышения активов, а равно активов близких родственников над законными доходами в крупном размере, следовало бы исключать возможность «оговора». Создание видимости совершения чиновником преступления может выразиться, например, в переводе на счет должностного лица денежных средств без его согласия.

Подводя краткие итоги, повторим, что предпринимаемым коррупционерами мерам конспирации, усилиям, направленным на сокрытие преступной деятельности, необходимо противопоставить новые подходы к конструированию уголовно-правовых запретов. Как поясняет В. В. Лунев применительно к острым проблемам противодействия преступности в целом: «Речь идет не о попрании важнейших и выстраданных принципов уголовного правосудия и неотъемлемых прав человека. Речь идет об острой необходимости нахождения правового выхода из опасной криминологической ситуации»<sup>20</sup>.

Повышенная опасность коррупционных преступлений свидетельствует о необходимости формирования трех рубежей охраны публичных отношений и оптимизации системы норм. Первый рубеж охраны предполагает пресечение возникновения коррупционных связей. Он может быть выражен в запрете на создание коррупционной группы, которая представляет собой сговор чиновника и других лиц с корыстной целью. Второй рубеж представляют ныне действующие нормы о должностных преступлениях, которые предусматривают конкретные случаи хищений, получения взятки, злоупотреблений должностными полномочиями и их специальных видов. Третий рубеж могло бы обеспечить установление уголовной ответственности за коррупционное обогащение. Важно понимать, что оборотной стороной «благоприятной» для чиновника обстановки, когда его активы существенным образом превышают законные доходы, является причинение им вреда публичному интересу. При этом величина суммы незаконно нажитых коррупционером денежных средств прямо пропорциональна мере предательства интересов личности, общества и государства.

<sup>1</sup> Клейменов М. П. Экспертные оценки коррупции в мире и России // Меры противодействия коррупции: проблема разработки и реализации: материалы науч.-практ. семинара с приложением междунар. правовых актов и проектов федеральных законов / под ред. С. В. Землюкова. Барнаул, 2009. С. 100.

<sup>2</sup> Лунев В. В. Преступность в России: тенденции, эффективность борьбы, прогноз // URL: [http://www.iggran.ru/public/publicsite/luneev\\_prestupnost\\_in\\_russia.doc](http://www.iggran.ru/public/publicsite/luneev_prestupnost_in_russia.doc) (дата обращения: 10.07.2009).

<sup>3</sup> Клейменов М. П. Указ. соч. С. 99.

<sup>4</sup> Пименов Н. А. Коррупция — угроза экономической безопасности предприятий и государства: науч.-практ. изд. М., 2009. С. 24.

<sup>5</sup> Определение Верховного Суда РФ по делу Ю. Е. Александрова от 20 октября 2008 г. № 9-008-53 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>6</sup> Определение Верховного Суда РФ по делу В. А. Бородина от 22 сентября 2008 г. № 9-008-19 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>7</sup> Рос. газ. 2008. 6 июня.

<sup>8</sup> О государственной гражданской службе Российской Федерации: Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

<sup>9</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона «О противодействии коррупции»: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ // СЗ РФ. 2008. № 52. Ч. I. Ст. 6235.

<sup>10</sup> СЗ РФ. 2008. № 52. Ч. I. Ст. 6228.

<sup>11</sup> Следственный комитет при прокуратуре Российской Федерации: противодействие коррупции // URL: <http://www.sledcomproc.ru/corruption/inquest/detail> (дата обращения: 21.12.2009).

<sup>12</sup> Генпрокуратура России утвердила обвинительное заключение по уголовному делу в отношении бывшего мэра Элисты // URL: <http://forsmi.ru/node/8139/print?printversion=normal> (дата обращения: 09.06.2009).

<sup>13</sup> СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

<sup>14</sup> О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции: Федеральный закон от 8 марта 2006 г. № 40-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1231.

<sup>15</sup> Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Черкесского городского суда Карачаево-Черкесской Республики о проверке конституционности пункта 2 части четвертой статьи 46 и пункта 3 части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2004 г. № 448-О // Вестн. Конституционного Суда РФ. 2005. № 3. С. 14.

<sup>16</sup> Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. Л. А. Окунькова. М., 1996. С. 156.

<sup>17</sup> Волженкин Б. В. Коррупция. СПб., 1998. С. 17.

<sup>18</sup> Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Королевой Александры Евгеньевны на нарушение ее конституционных прав статьей 13 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»: Определение Конституционного Суда РФ от 18 июля 2006 г. № 191-О // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>19</sup> Лунеев В. В. Проблемы юридических наук криминального цикла // Государство и право. 2007. № 5. С. 51.

<sup>20</sup> Лунеев В. В. Социальные последствия, жертвы и цена преступности // Государство и право. 2009. № 1. С. 38.

В. Н. Васецкий\*

## ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ЗАЩИТЫ В ПЕРИОД СТАНОВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ. НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ИСТОРИИ ФОРМИРОВАНИЯ

*Сегодня очевидна актуальность понимания роли правильной классификации и степени влияния тех или иных средств гражданско-правовой защиты. Для более глубокого изучения данного вопроса необходимо четко представлять механизм его реализации, а также процессы его возникновения и развития, так как общество далеко не сразу пришло к современному развитому инструментарию защиты гражданских прав и законных интересов, цивилизационный путь развития составил тысячелетия. В статье рассматривает поэтапный процесс становления гражданско-правовых средств в историческом процессе формирования государственности.*

*Ключевые слова: гражданско-правовые средства защиты, становление и формирование права и юриспруденции, развитие института защиты прав и свобод*

Формирование чего бы то ни было, как правило, занимает некоторое время. Иногда начало формирования того или иного процесса или явления невозможно отследить по причине ограниченности источников и методов познания. В любом случае при изучении любого предмета нужно предельно четко представлять его сущность. Для разговора об истории формирования гражданско-правовых средств защиты следует ясно определить, что именно в рамках данной статьи понимается под гражданско-правовыми отношениями.

В качестве таковых мы рассматриваем не всякие отношения, а лишь такие, которые отвечают перечисленным признакам:

являются общественными, т. е. складывающимися между людьми. Например, нельзя отнести к числу общественных отношения между предметами материального мира (природные, стихийные и т. д.), между объектами животного мира, между психически больными людьми и т. д.;

урегулированы нормами социально значимого поведения в обществе, установленными и гарантированными этим обществом (родом, общиной, государством и т. п.), в части приобретения, использования и отчуждения любого имущества, т. е. в сфере распределения материальных благ, а также в части некоторых общественных отношений, возникающих по поводу благ, не относящиеся напрямую к имуществу, в которых проявляются индивидуальные особенности субъекта (неимущественные отношения). Так, не урегулированы такими нормами потребление людьми объемов и ассортимента пищи, спиртных напитков и т. д., а поэтому такие отношения нельзя отнести к предмету нашего исследования;

урегулированы гражданско-правовыми нормами. Например, нельзя включать в число исследуемых нами отношений налоговые, семейные, трудовые и иные отношения, поскольку они регулируются нормами не гражданского права, а административного, семейного, трудового и иных отраслей законодательства.

Исходя из данного определения следует отметить два фактора.

1. Нормы поведения должны быть общепринятыми и обязательными для исполнения лицами, для которых они установлены.

\* Васецкий Владимир Николаевич — начальник службы внутреннего контроля Управления ЗАО КБ «НАЦ-ПРОМБАНК» (Москва). E-mail: vnv@npb.ru.

2. В случае неисполнения указанных норм в обществе должен иметься аппарат принуждения к их исполнению или наложения наказания за нарушение установленных правил.

Гражданско-правовые нормы, как и нормы любых иных отраслей права, отличаются от неправовых норм (норм морали, нравственности, технических и иных норм), как правило, двумя особенностями:

принудительностью их соблюдения, выражающейся в наличии средств правовой защиты в случае несоблюдения (нарушения) этих норм,

наличием государственного принудительного аппарата, способного осуществить принуждение к соблюдению данных норм и защиту от нарушения данных норм.

В юридической науке многие ученые придают одним и тем же категориям разное значение или же вкладывают в них разный объем содержания. Подобная ситуация возникла и с гражданско-правовыми средствами защиты. Многие юристы, в том числе ученые-теоретики, путают понятия «средства защиты» и «способы защиты», что является категорически неверным подходом, хотя бы потому, что гражданско-правовые способы защиты перечислены в ст. 12 Гражданского кодекса РФ, а гражданско-правовые средства защиты не имеют такой прямой нормативной регламентации. При этом следует учитывать, что правильный выбор и правильное соотношение средств, способов и форм защиты — одна из основных составляющих успешной реализации гражданских прав субъекта (лица).

Используя методы общего сравнительного анализа, исследуем с общепонятийной точки зрения термины «средство» и «способ».

Исследователи русского языка определили, что «способ — это действие или система действий, применяемые при исполнении какой-нибудь работы, при осуществлении чего-нибудь»<sup>1</sup>, а «средство — это либо прием, способ действия для достижения чего-нибудь; либо орудие (предмет, совокупность приспособлений) для осуществления какой-нибудь деятельности»<sup>2</sup>. Из этих заслуживающих одобрения определений можно сделать вывод, что способ — это система действий для достижения цели, а средство — это прием действия, орудие, приспособление или их совокупность, необходимые для достижения цели.

Исходя из данных определений гражданско-правовые средства защиты можно определить как совокупность инструментов (инструментарий) для защиты нарушенных прав субъекта (лица) в сфере распределения материальных благ, а также в части некоторых общественных отношений, возникающих по поводу благ, не относящихся напрямую к имуществу, в которых проявляются индивидуальные особенности субъекта (неимущественные отношения).

Очевидна актуальность понимания роли правильной классификации и степени влияния тех или иных средств гражданско-правовой защиты. Для более глубокого изучения данного вопроса необходимо выявить механизм его реализации, а также процессы его возникновения и развития, так как общество далеко не сразу пришло к современному развитому инструментарию защиты гражданских прав, цивилизационный путь развития составил тысячелетия.

Обобщающий анализ доступных источников информации позволяет с уверенностью утверждать, что право и законотворчество в Древнем мире полностью базировалось на мифологической, религиозной составляющей, регулируемой нормами родоплеменного (обычного) права. Закон расценивался как нечто, данное богом. Особенно ярко это видно на примере Древнего Востока.

Вместе с тем древние Греция и Рим пришли к развитой юриспруденции, со светскими, а не божественными законами, а также разветвленной системой правосудия, значительно позже.

Рассмотрим подробнее особенности формирования гражданско-правовых средств защиты в Шумере, Древнем Египте, на Аравийском полуострове, в Вавилоне, Древней Индии, Древнем Китае и сопоставим данный процесс со становлением указанного института права в Древней Греции и Древнем Риме.

#### Формирование гражданско-правовых средств защиты в Шумере

Наиболее ярким и самым ранним представителем классического религиозно-общинного права выступает Древний Шумер. Понятие божественного права было неотделимо от права в широком понимании этого слова. В Шумере бог считался единственным источником санкционированных государством норм права. За нарушение религиозной традиции, естественно, следовало наказание, при этом наличие умысла (вины) далеко не всегда бралось в расчет. Таким образом, за нарушение гражданских прав одного из членов общины можно было поплатиться жизнью. Основными гражданско-правовыми средствами защиты на данном этапе исторического развития являлось обращение пострадавшего с жалобой к вождю (старейшине, жрецу и т. п.) или восстановление нарушенного права собственными силами (самооборона, самосуд).

Иногда решение о наказании принимало собрание общинников, но в основном именно вождь или совет старейшин решал вопрос о правоте пострадавшего и делал это по собственному субъективному усмотрению, принимая во внимание действующие в данном обществе обычаи.

Примером подобного разрешения гражданско-правовых споров служит древняя шумерская легенда 3-го тысячелетия до н. э. о том, как Эбани постоянно мешал некоему человеку пасти скот и охотиться. Тот пошел жаловаться царю Гильгамешу. Суть жалобы заключалась в следующем: «О, царь! Человек, что с горы спустился, в твоих владеньях свободно бродит. Я вырыл ловушки, он их засыпал. Я сети поставил, он их вырвал. Он мне не дает трудиться в пустыне»<sup>3</sup>. Гильгамеш решил вопрос по собственной логике, не стесняя себя никакими нормами или обычаями, как говорится, мудростью правителя. Такой подход в тот период был практически повсеместным. При этом следует отметить, что многие не доводили дело до суда, а пытались возникшую проблему решить самостоятельно, путем применения силы или ведения переговоров. Таким образом, оба этих элемента также можно отнести к гражданско-правовым средствам защиты Шумера.

Из сказанного следует, что в Шумере отсутствовала не только развитая система гражданско-правовых средств, но и вообще нормативно санкционированный институт защиты прав граждан как таковой. Защита осуществлялась крайне примитивно, главенствовала доктрина божественности родоплеменного образования, по сути во многом аналогичная первобытнообщинному строю.

#### Формирование гражданско-правовых средств защиты в Древнем Египте

Происхождение закона от бога можно проследить и в Древнем Египте, где утверждалось, что «справедливость и правосудие олицетворяла богиня Маат. Судьи носили изображение этой богини и считались ее жрецами. Божественный характер земной власти (фараонов, номархов, жрецов и чиновников) и официально одобренных правил поведения, в том числе и основных источников тогдашнего права (обычаев, законов, судебных решений), означал, что все они должны соответствовать требованиям Маат»<sup>4</sup>.

Рассмотрим древнеегипетскую легенду 3–2-го тысячелетий до н. э. о тяжбе Хора (Гора) и Сета. Хор считал, что трон Осириса, его отца, и сан владыки Египта по праву принадлежат ему. Сет же (брат Осириса) отказывался сложить корону. Сет и Хор решили обратиться к суду богов: пусть Ра (единоличный вождь) и Великая девятка (совет старейшин) решат спор, длившийся, к слову, уже 80 лет. Таким образом, мы здесь имеем нечто, похожее на современное исковое производство, где средством защиты гражданских прав выступает обоснованное требование, обращенное к суду и базирующееся

на нормах права (в данном случае – наследственного обычного права). Во время суда в поддержку Хора выступили Шу и Тот (здесь средство защиты – свидетельские показания). Совет богов полностью поддержал Хора. Но в этот момент Ра сильно разгневался: «Что это значит, что вы судите одни, не спросив меня, величайшего из богов, словно меня и нет здесь?! Око Уаджет следует отдать Сету. Хор, сын Исиды, еще слишком молод для того, чтоб быть царем. К тому же он незаконный сын Осириса, ибо родился уже после его смерти»<sup>5</sup>. Великая девятка исходит из эмоций, а Ра – из норм права, которые, судя по всему, к тому времени в общих чертах были уже сформированы, так как Ра ссылается на возраст и незаконнорожденность истца. Образовалось напряженное противостояние между Великой девяткой и Ра, которое можно расценить как начало перехода от ситуационного решения спорного вопроса к правовому, базирующемуся на конкретной норме. С определенной долей уверенности констатируем, что указанный процесс правовой регламентации общественной жизни в Древнем Египте проходил не совсем гладко.

Попытка решить спорное дело поединком была запрещена: «Нет, этот способ не годится! – возразил справедливый Тот. – Правосудие должно быть превыше силы!»<sup>6</sup> Затем в качестве средства гражданской защиты было использовано, говоря современным языком, мнение экспертов: бога плодородия Банебдждет и богини Нейт. В результате этого Великой девяткой было повторно принято решение: отдать трон Осириса Хору, а Сету взамен в жены отдать двух дочерей Ра и удвоить его владения на земле. Таким образом, перед нами некий прообраз возможного мирового соглашения. Но Ра опять был против. Затем Хор и Сет каждый говорил за себя. Далее как средство защиты гражданских прав все же был использован поединок, затем состязание и т. д. Суд длился очень долго, Ра даже в какой-то момент воскликнул: «До каких же пор вы будете заседать без толку? Так вы заставите этих юношей кончить дни свои в суде»<sup>7</sup>. В конечном счете было решено обратиться к самому Осирису, т. е. в суд наивысшей инстанции, так как Осирис после своей земной смерти был неподвластным даже Ра. По его решению и решению суда Египет отошел Хору.

В этой серии мифов о судебном процессе Хора и Сета хорошо прослеживается весь арсенал возможных на тот момент средств гражданской защиты, таких как: обращение к вождю (старейшинам), призвание свидетелей, мнение мудрейших, которые не являются стороной, поединок и состязание. Также можно сделать вывод о некоторых нормах права, общепринятых в тот период, в частности о праве наследования, возрасте лица, наделенного правом, праве владения и собственности и др.

Таким образом, в Древнем Египте также отсутствовала развитая система гражданско-правовых средств защиты, хотя определенный прогресс по сравнению с Шумером был. Образовавшееся государство еще не могло отказаться от многих пережитков первобытнообщинного строя. Ряд эволюционных процессов права привел к возникновению новых средств защиты гражданских прав, но говорить о наличии гражданского права (в современном понимании этого слова) не приходится. Это относится не только к Египту или Шумеру, но и ко всем государствам Древнего Востока. В Египте такому положению во многом способствовала централизация всей полноты власти вокруг жестко замкнутой внутри себя элиты (окружение фараона и жречество), взявшей в качестве основной доктрины божественное происхождение фараона.

#### **Формирование гражданско-правовых средств защиты на Аравийском полуострове**

Пример различных семитских народов лишней раз подтверждает, что формирование гражданско-правовых средств защиты происходило еще до появления всех признаков государства, таких как, например, территория, определенная жесткими границами, суверенитет и др.

Законотворчество, тесно переплетенное с религиозной традицией, – неотъемлемая черта того времени. Ярким примером служит, в частности, Ветхий Завет (Танах), являвшийся источником не только религиозного культа, но и права целого ряда аравийских кочевых племен. В данном источнике устанавливаются обязательные нормы поведения для каждого члена общества. Период написания Ветхого Завета – 1700–400 гг. до н. э. Хотя в тот период была распространена устная традиция, указывалось, что заповеди были даны на каменных скрижалях, в которых наряду с религиозными темами представлены общегражданские: не кради, не прелюбодействуй, не говори ложного свидетельства (Исход 20 : 16), устанавливаются обязательный выходной день (суббота), неприкосновенность имущества («не возжелай дома ближнего своего... ни вола его, ни осла его... ничего, что у ближнего твоего» (Исход 20 : 17)). Кроме десяти заповедей, данных Моисею Богом, имеются в Завете и другие постулаты, принявшие статус закона, например обрезание крайней плоти у всего мужского населения, сожжение женщины за блуд, наказание за увиденную наготу родителя и т. д. В данном источнике описываются возможные кары заслушивание. Средствами защиты гражданских прав в данном случае выступали свидетельства по принципу «слово против слова», которые являлись основными средствами защиты; всевозможные испытания, клятвы и другие относительно примитивные средства. Широко использовался такой инструмент, как примирение сторон, что в данном контексте тоже можно рассматривать как одно из средств защиты гражданских прав того времени.

Следует отметить, что принципы обычного права согласно самому же Ветхому Завету нередко нарушались. Так, законы, установленные Моисеем, признавались священными, а один из данных законов гласил, что отцы за детей не в ответе, как и дети не отвечают за деяния отцов (Второзаконие 24 : 16). Однако Ахана за допущенное нарушение религиозного запрета казнили со всей семьей (женой и детьми), а также был истреблен весь его скот (Иисус Навин 7 : 24–25).

Отсутствие на протяжении длительного времени централизованной власти, сконцентрированной в руках вождя (царя), привело к укреплению среди семитских племен доктрины родового права. Уровень развития гражданско-правовых средств защиты на первом этапе формирования государственности на Аравийском полуострове был крайне низок, не сильно отличался от Шумера. Толчок к расширению прав граждан, в том числе в части их защиты, можно наблюдать после столкновения семитских племен с иными, более развитыми народами (например, египетским, вавилонским, ассирийским и др.). Тогда средства защиты стали более жестко санкционироваться нормами божественного права, в отдельных случаях даже обрели строгую ритуальную (процессуальную) атрибутику.

#### Формирование гражданско-правовых средств защиты в Вавилоне

Серьезной вехой в формировании гражданско-правовых средств защиты является период Вавилонского царства и Законы Хаммурапи, которые состояли из 282 статей (по крайней мере, именно столько их было на дошедшем до наших времен базальтовом столбе). Законы Хаммурапи датированы примерно 1780 г. до н. э. и считаются одним из древнейших сводов правовых норм в более или менее современном понимании. Утверждалось божественное происхождение Законов.

Законы – это уже жесткий регламент должного поведения человека в обществе, за нарушение которого неотвратимо ждала конкретно определенная кара. В Вавилоне хозяйственное общество получило серьезное развитие: «Законы Хаммурапи свидетельствуют о значительной хозяйственной активности древневавилонского общества: продажа земли и строений, аренда пахотного поля и сада, наем быков для работы в поле, заклад имущества при сделках найма – денежного и натурального»<sup>8</sup>.

Нужно отметить, что Вавилонский кодекс, назовем его так, не отличался особой лояльностью к нарушителю, но уже устанавливал то, что сейчас мы называем презумпцией невиновности, а также необходимость доказывания вины обвинителем, при этом ложное обвинение каралось очень сурово: «Если человек выступил в суде для свидетельства о преступлении и слово, которое он сказал, не доказал, а это дело — дело о жизни, то человек этот должен быть убит»<sup>9</sup>. Закрепляется строгая необходимость договора: «Если человек купил из рук сына человека или раба человека либо серебро, либо золото... либо же что бы то ни было без свидетелей или договора или же принял на хранение, то этот человек — вор, он должен быть убит»<sup>10</sup>.

Следует оговориться, что полными правами обладали только авилумы, т. е. свободные собственники земли. Мушкенумы (свободные люди, как правило, не имевшие значительной собственности) обладали меньшим спектром прав, а вардуны (по сути, рабы) практически приравнивались к имуществу. Таким образом, наказание в зависимости от социального статуса за одни и те же провинности изменялось: чем выше по иерархии обвиняемый, тем мягче наказание.

Какие же средства защиты гражданских прав существовали в Законах Хаммурапи? Можно назвать прямое обвинение пострадавшего перед судьей. При этом пострадавший должен был доказать свою правоту, например представить договор или свидетелей. Клятва (свидетельство перед богом) широко применялась как средство доказывания и восстановления нарушенного права: «Если грабитель не был схвачен, то ограбленный человек может показать перед богом все свое пропавшее, а община и староста, на земле и территории которых было совершено ограбление, должны ему возместить все его пропавшее»<sup>11</sup>. За ложную клятву полагалась смерть.

В качестве средства защиты гражданского права в Вавилоне широко использовалось объявление о бегстве раба, и любой вернувший этого раба хозяину имел право на вознаграждение (два сикля серебра). Предъявление права на имущество уже было известно в Древнем Вавилоне и широко применялась, поэтому его также можно считать гражданско-правовым средством защиты: «Если редум или баирум в крепости царя был взят в плен, и после его поле и его сад отдали другому, и тот нес его службу, то если он вернулся и достиг своего поселения, ему должны вернуть его поле и его сад»<sup>12</sup>. В Законах Хаммурапи появляется такое понятие, как «форс-мажор», которое неразрывно связывается с исполнением обязательств и защитой прав: «Если человек имеет на себе процентный долг, а Адад побил поле, или половодье унесло урожай, или же из-за безводья зерно не появилось на поле, то в этом году он не обязан вернуть зерно своему заимодавцу»<sup>13</sup>. Вещественные доказательства также уже были известны в Вавилоне, в частности украденная или не переданная по договору вещь, найденная у ответчика.

Как мы видим, в Древнем Вавилоне значительно расширен выбор инструментов для защиты нарушенного права. Этот инструментарий был зафиксирован и обеспечен государством и царем. Несмотря на разделение общества на три социальные группы, одна из которых была фактически бесправной, все же можно констатировать существенное усиление гарантий защиты гражданских прав. Развитие гражданско-правовых средств защиты в государствах Древнего Востока, если можно так выразиться, достигло своего апогея в Вавилоне, где мы находим первый письменный полностью санкционированный государством закон, в наиболее близком к современному значению данного слова. Расширение спектра инструментов для защиты прав обусловило не только рост экономической составляющей, но и укрепление централизованной власти. Однако доктрина божественности права, исходящей от царя, все же преобладала.

### Формирование гражданско-правовых средств защиты в Древней Индии и Древнем Китае

Древние Индия и Китай являются яркими представителями государств Древнего Востока как по политической, так и по юридической формации. В целом инструментарий защиты прав в данных государствах был во многом идентичен любому другому государству Древнего Востока. Имелись, конечно, и особенности, связанные в основном с национально-культурной составляющей, такие как наличие четырех варн в Индии, принадлежность к которым определялась по праву рождения, или постепенное слияние традиционного ритуального конфуцианства и легизма, базирующегося на строгой регламентации норм общепринятого поведения в Китае. Но в обоих рассматриваемых государствах право являлось частью Божественного провидения, в Индии восходившего к древним Ведам (2-е тысячелетие до н. э.), а в Китае выраженного основной идеей о «тань-мин» – праве Неба (древнейшие части «Шуцзин» также датированы примерно 2-м тысячелетием до н. э.).

В Китае, как и в Индии, основой являлся состязательный процесс со всеми его инструментами, в том числе в части защиты гражданских прав. При этом, как и в остальных государствах Древнего Востока, там можно выделить следующие главные средства защиты: обращение к вождю (жрецу, судье и т. п.), свидетельские показания, различного рода испытания, поединки и клятвы, состязательность по принципу «слово против слова» и др. Следует отметить появление таких инструментов, как письменное оформление договоров и завещаний, представительство в суде, а также возможность применения пыток в качестве средства защиты, например в случае изменения показаний свидетеля в ходе процесса.

Как мы видим, в древних Индии и Китае у правоспособного населения имелся достаточно широкий арсенал средств защиты, не меньший, чем в Вавилоне. При этом ярко выраженная кастовость «по рождению» в Индии и принадлежность к знатному древнему роду в Китае прямо влияли на спектр инструментов защиты нарушенного права. Законодательная регламентация, как и во всех государствах Древнего Востока, практически полностью базировалась на доктрине божественности власти и права.

### Формирование гражданско-правовых средств защиты в Древней Греции

Особое место в становлении права занимает Древняя Греция и ее полисы (города-государства), которые были сформированы в XI–IV вв. до н. э., в основном во время Минойской и Микенской цивилизаций. В рассматриваемый период занятая эллинами территория дробилась примерно на две тысячи мелких государств, обыкновенно состоявших из одного города с примыкающими к нему полями или деревенскими поселениями, имевшего все выраженные атрибуты власти. Тем не менее многочисленные разветвления эллинского народа были национально едины, что выражалось в единстве имени, языка, в общности религиозных верований и, наконец, в обособлении себя от прочих народов. Также все эллины признавали общие празднества, периодически заключали союзы племен, осуществляли общенародные предприятия и т. д. Нечто подобное мы можем увидеть в средневековой Руси, когда при общей феодальной раздробленности на удельные независимые княжества целостность нации и культурно-религиозной традиции сохранялась долгие века.

На этом фоне происходило формирование древнегреческого права. Постепенно на смену обычному религиозному праву, толкование которого осуществлялось зачастую произвольно, что, как указывалось, было характерной чертой государств Древнего Востока, приходит закон, имеющий светский характер и выраженный обычно в письменных источниках. Как мы видим, каждый полис мог устанавливать собственные законы, при этом они опирались на общую для всего региона культурную и религиозную традицию. Серьезных различий в законотворчестве в целом быть не могло, и высшая судебная

власть была сосредоточена либо у царя, либо у совета общины (например, ареопаг в Афинах) в зависимости от формы правления. Таким образом, в Древней Греции, как и во всем Древнем мире, первоначально не имелось никакого представления о разделении судебной, законодательной и исполнительной власти, которая, как правило, была сосредоточена в одних руках, хотя позже в Афинах законы стали приниматься народными собраниями.

Древнейшим считается законодательство Залевка, принятое в Локрах Эпизефирских (VII в. до н. э.). Его законы, направленные на установление нравственного порядка в частной жизни и общественных отношениях, по словам Эфора, были составлены из законоположений критских, лаконских и афинского ареопагов и очень строги. «Важнейшим нововведением Залевка Эфор считал установление определенных наказаний за каждое преступление, что прежде было предоставлено на усмотрение судей»<sup>14</sup>. Необходимо отметить, что «гражданские законы были, по-видимому, мало развиты в законодательстве Залевка, и важнейшую часть его составляли законы уголовные»<sup>15</sup>.

К VI в. до н. э. в Афинах развитие товарно-денежных отношений привело к социальному расслоению свободного населения. На этом фоне Солон провел ряд экономических и правовых реформ, целью которых была попытка примирения разных слоев общества. Одним из нововведений являлась сисахфия, или долговая реформа. Задолженность обнищавших граждан была аннулирована. Афиняне, попавшие в рабство за долги, освобождались, а проданные за долги за границу – выкупались. Долговое рабство в Афинах отменялось.

Солон впервые допустил завещание для бездетных, а также дарение с оговоркой, что даритель не подвергался чьему-либо принудительному влиянию. Он постановил, что сын не обязан содержать отца, если отец не обучил его какому-либо ремеслу, и т. д. Таким образом, гражданско-правовыми средствами защиты в случае нарушения законных интересов гражданина в данном контексте могли быть: выкуп раба, предъявление долгового обязательства для дальнейшего его аннулирования, предъявление оформленного завещания или договора о дарении, т. е. письменные документы, и др.

Все население было поделено на четыре разряда (по примеру варн в Индии) с одним отличием: разделение происходило по материальному признаку. Естественно, в зависимости от разряда изменялось количество прав, например четвертому разряду (самые бедные, но свободные граждане) «он не позволил исполнять никакой должности; они участвовали в управлении лишь тем, что могли присутствовать в народном собрании и быть судьями»<sup>16</sup>. Отсюда вытекает и разный спектр возможных средств защиты прав. В ареопаге могло быть представлено только сословие первого разряда, хотя Солон создал новый судебный орган – гелиэю, куда мог быть избран любой свободный гражданин независимо от его имущественного положения. Она стала высшим судебным органом по ряду дел. Гелиэя была судом первой инстанции по делам о государственных преступлениях и о злоупотреблениях должностных лиц и апелляционной инстанцией по делам, рассмотренным иными судами. Например, гражданско-правовые споры об имуществе подлежали рассмотрению в третейском суде диэтетов и (по мелким делам) коллегии сорока. Отсюда вытекают и гражданско-правовые средства защиты, которые можно было уже осуществлять в судах двух инстанций, что значительно усилило реализацию гражданами своих законных прав и свобод. Относительная независимость судей также позволяла более эффективно использовать средства защиты. В частности, оценка доказательств судом во все времена носила субъективный характер, не говоря уже о свидетельских показаниях, где часто использовался принцип «слово против слова».

Клисфен продолжил демократические реформы Солона и отменил деление общества на четыре сословия, уравнил всех в правах, а также усилил и упрочил централизацию власти. Важным средством обеспечения стабильности было право любого участника народного собрания, сославшись на незаконность предложенного законопроекта,

потребовать снятия его с обсуждения или голосования под угрозой привлечения автора к суду. Появилось еще одно важное гражданско-правовое средство защиты — представительство: «Всякий, кто был чем-нибудь обижен или оскорблен, мог сам или через посредника преследовать обидчика по суду»<sup>17</sup>.

Следует отметить, что само гражданство города Афины могло выступать самостоятельным гражданско-правовым средством защиты. Так, кроме прочего, граждане обладали правом участвовать в народном собрании (которое принимало законы), правом быть избранными на различные должности, в том числе судебные, правом на получение различного рода пособий от государства, на участие в производившихся государством раздачах и т. д. Здесь в качестве средства защиты достаточно было предъявить доказательства своего гражданства. Ограничение прав гражданина могло быть допущено только по суду за какие-либо совершенные преступления.

В Древней Греции, в частности в Афинах, широко использовался иск как одно из основных средств защиты. Нарушенное право защищалось несколькими видами исков. Первоначально предъявлялся иск о доходах с участка или дома, истребуемых от владельца. После — иск о собственности. Здесь истец обращался к доказательству своего права, к установлению титула, на котором покоится его требование о признании за ним права собственности. Вероятно, в первом случае доказывание для истца было легче, он мог ограничиться таким средством, как предъявление свидетельских показаний. Хотя, возможно, для собственника последовательность использования различных средств судебной защиты была обязательна. Наконец, у собственника был еще один способ восстановления нарушенного права: спор о нарушенном владении в порядке особого иска, который, по-видимому, помимо удовлетворения требований иска влек за собой для проигравшей стороны штраф в пользу государства. Существовал ряд иных исков, например иск к соседу, причинившему вред, иск к собственнику раба, иск к родителю ребенка и т. д.

В Афинах широко использовались средства гражданско-правовой защиты не только для восстановления нарушенного права, но и для предотвращения оно. Так, для обеспечения обязательства широко использовались такие средства защиты, как поручительство, задаток и залог (заклад). Также сюда можно причислить внесение в договор найма условия, в соответствии с которым запрещалось наймодателю продавать вещь до истечения срока найма.

Возбуждались судебные дела только полноправными гражданами. За женщин и несовершеннолетних действовали главы их семей. Вызов ответчика в суд производился самим истцом, который перед свидетелями призывал обвиняемого или ответчика явиться в суд в назначенный день. Итак, вызов в суд можно назвать гражданско-правовым средством защиты, поскольку именно он обеспечивал явку сторон. В Афинах имелось и такое средство защиты, как захват имущества, который допускался в случае, если данное имущество было присуждено истцу, а ответчик в установленный срок не расплатился.

В целом в Древней Греции произошли значительное усиление светского законодательства и отделение его от религии. В результате расширились возможности свободных граждан по защите своих законных интересов, что неизбежно привело к появлению и укреплению значительного числа принципиально новых средств гражданско-правовой защиты, жесткой их регламентации, однозначной трактовке и соблюдению.

#### **Формирование гражданско-правовых средств защиты в Древнем Риме**

Закономерное развитие древнегреческое право получило в Древнем Риме, который сформировал свою юриспруденцию на основе философских направлений, перенесенных из Греции. Во многом благодаря развитой системе права, а не только силе своей военной машины, Рим смог несколько веков сохранять в подчинении огромную территорию и поддерживать централизованную власть. При этом надо отметить, что наиболее

яркое развитие рабовладельческого строя можно наблюдать именно в Древнем Риме, а следовательно, мы опять сталкиваемся с тем, что всем спектром прав обладало меньшинство: «За исторически короткий срок Рим превратился из государства-полиса с республиканским правлением в крупнейшую рабовладельческую империю»<sup>18</sup>.

Первая кодификация законов была проведена в Риме в V в. до н. э.: создали так называемые Законы 12 таблиц, по словам Тита Ливия, признаваемые даже спустя несколько веков как источник всего публичного и частного права. Полный текст Законов до наших дней не сохранился, мы имеем только 140 точно признанных норм, систематизированных по 12 разделам («о вызове в суд», «о вершении исков», «о долгом рабстве» и т. д.). Однако законодательство в Риме не остановилось в своем развитии только на Законах 12 таблиц.

Наиболее крупной фигурой римского права республиканского периода можно назвать Цицерона, который исходил все из тех же принципов божественности власти и права и утверждал, что закон должен соответствовать установленному в природе божественному порядку, иначе он не имеет силы. Вместе с тем Цицерон утверждал, что все люди равны, а имущественные различия возникают из сложившихся в обществе обычаев. Кроме того, он говорил, что «частной собственности не бывает от природы», источниками ее возникновения служат внешние факторы, например наследование, завоевание и т. д.

В дальнейшем развитии права Древнего Рима приняли участие Гай, Папиниан, Цельс и другие юристы, которые придерживались доктрины естественного права (*ius naturale*), права народов (*ius gentium*) и права граждан (*ius civile*). Естественное право было присуще всем людям и даже животным (браки, рождение и воспитание детей, по рождению все свободны). Право народов и право граждан уже проводит разделение между людьми, наделяя их разным объемом возможностей и обязанностей, а также различными средствами защиты. Право народов относилось к покоренным территориям и провинциям, а право граждан — к свободным гражданам Рима. «Разграничение права народов и права граждан, проведенное в римской юриспруденции, имело цель оправдать рабство, агрессивные войны и неравенство завоеванных народов по отношению к римлянам»<sup>19</sup>. В Древнем Риме уже разделялись публичное (государственное) и частное (отдельных лиц) право.

Римскому праву присуща жесткая процессуальность: «Известна характерная особенность римской юриспруденции представлять правоотношения преимущественно в процессуальных категориях, что выразилось в известной формуле „от иска к праву“ в отличие от современного порядка защиты „от права к иску“»<sup>20</sup>. Данная процессуальность не могла не отразиться на разновидностях средств защиты прав. Можно констатировать, что процессуальные средства защиты в римском праве в какой-то мере преобладали над материальными. В римском праве было развито понятие лиц, существовал перечень необходимых условий для лица, которое намерено защищать свои права, при этом одним из основных условий являлась дееспособность (*status familiae*). Широко были разработаны понятия наследственного, обязательственного и вещного права, в том числе добросовестное владение вещью, ограниченное владение (сервитут), узуфрукт и эмпфитевзис, наследование по закону и др., которые повсеместно используются и в современной юриспруденции и законотворчестве.

Положительные эволюционные процессы формирования системы средств защиты законных интересов в древнем праве получили наибольшее развитие именно в Риме. Спектр указанных средств был очень широк, поэтому здесь приведем выборочно лишь несколько.

Иск — важнейшее средство защиты нарушенного права в Риме. Иски были различных видов, например иск «доброй совести», иск публицианов, виндикационный и негативный иски (актуальные по сей день) и др. Иск в зависимости от обязательства мог

предъявляться к одному или нескольким ответчикам. Широко использовалось такое средство защиты, как вызов в суд. Одним из основных процессуальных средств защиты считались возражения в суде, неявка ответчика в суд по уважительной причине или иное обстоятельство, исключающее возможность ответчика удовлетворить иск, — *эксцепция (exceptio)*. «К материально-правовым средствам защиты должника относятся, в частности, положения римского права о распределении риска (*periculum*) между сторонами договорного обязательства и о последствиях просрочки кредитора»<sup>21</sup>.

В Риме уже прямо рассматривался вопрос с точки зрения наличия вины. Приказы и распоряжения претора — интердикты (*interdictum*) являлись немаловажным средством защиты имущественных прав граждан. «При условии „не тайного, не насильственного и не по аренде“ обладания вещь претор предоставлял владельцу правовую защиту посредством интердиктов (приказов претора, носивших административный характер и выносившихся без судебного разбирательства)»<sup>22</sup>.

Оригинальным средством защиты гражданских прав была ситуация, когда должник отсутствовал при исполнении своего обязательства или в суде по причине того, что принимал друзей. Такой должник не считался допустившим просрочку. В Риме получило широкое применение такое средство защиты имущественных прав, как залог вещей и залог обязательств. Заключение договора (контракта; *contractus*), в том числе в письменной форме, — также важнейшее средство защиты гражданских прав по римскому праву.

В институте семьи и наследования привод невесты в дом жениха сразу же порождал право первой на определенные имущественные претензии. Таким образом, средством защиты могло выступить любое подтверждение факта привода женихом невесты в свой дом. Средством защиты имущественных интересов супруга являлось всего лишь наличие факта об изменении социального статуса другого супруга, например утраты им личной свободы. В римском праве средство защиты при разводе выбиралось в зависимости от форм заключения брака. Высвобождение детей из-под власти родителем-домовладельцем (как добровольное, так и по закону) было распространенным средством защиты гражданских прав лиц, не достигших совершеннолетия (сродни современной акселерации). Очень своеобразным средством защиты прав членов семьи можно считать норму, которая устанавливала правовую ничтожность брака мужчины, чей возраст превышал 80 лет. Правом завещательного распоряжения обладали далеко не все жители Рима, поэтому завещание — средство защиты имущественных прав еще более узкого круга лиц, нежели остальные средства защиты, предоставленные свободным гражданам.

Как мы видим, система гражданско-правовых средств защиты в Риме имела прочную регламентацию как в процессуальном, так и в материальном проявлениях. Инструментарий по защите ущемленных интересов значительно вырос и усложнился. Если ранее ответчик мог в основном самостоятельно защитить свои права, то теперь без помощи опытного юриста сделать это было сложно, что, с одной стороны, ограничивало действия лица (особенно малоимущего), а с другой — позволяло наиболее полно реализовать весь спектр прав, предоставленных лицу законом. Если проводить аналогии, можно с полной уверенностью утверждать, что система гражданско-правовых средств защиты Древнего Рима по своей развитости и функциональности ближе к современности, нежели к реалиям Древнего Востока.

\* \* \*

На основании изложенного можно заключить, что в период формирования государственности, а также в период расцвета государств Древнего Востока провозглашалась доктрина божественности происхождения закона. Данная доктрина позволяла наиболее эффективно контролировать народ без разъяснения ему причин необходимости тех или

иных общеобязательных норм. Защита гражданских прав в общем и средства защиты в частности на данном этапе исторического развития находились на относительно примитивном уровне. Но со временем, в результате расширения границ обитаемых территорий, роста численности общества, увеличения числа объектов и субъектов права, усиления роли государства, а также иных цивилизационных процессов, увеличивалось число лиц (элиты), обладающих достаточными экономическими ресурсами для оказания непосредственного влияния на структуры государственной власти, и происходила модернизация гражданско-правовых средств защиты. Поэтапное развитие институтов гражданского права, которое стало формироваться как самостоятельная отрасль, даже разделяясь на публичную и частную, привело к значительному изменению средств гражданско-правовой защиты, существенному увеличению их числа и степени влияния отдельно взятых средств защиты на решение судьбы. Доктрины обычного, в большей части ритуального, права трансформировались в правовые доктрины, жестко установленные и санкционированные государством, имеющие строго определенную нормативную регламентацию и четко оговоренную систему наказаний.

В Древней Греции и особенно в Древнем Риме гражданско-правовые средства защиты получили развитие и в основном были отделены от религиозной составляющей в пользу светской структуры организации, что способствовало улучшению реализации прав свободного населения. Акцент на свободное население сделан не зря, так как отсутствие прав у несвободного населения (рабов) является яркой особенностью рассмотренного этапа развития государственности. Можно констатировать, что правами было наделено меньшинство тогдашнего цивилизованного общества, следовательно, средствами защиты своих прав также могло воспользоваться то же самое меньшинство, обладающее гражданскими правами.

Развитие средств защиты со времен Шумера до периода расцвета юриспруденции Древнего Рима было столь значительно, что и в современной правовой науке используются многие категории древнеримского права, например понятия сервитута, акцепта, оферты, кондоминиума, в том числе категории, непосредственно связанные со средствами защиты законных интересов граждан (реституция, распределение контрактного риска, имущественных последствий просрочки должника и кредитора, учет обстоятельств, освобождающих причинителя вреда от ответственности и др.). Некоторые статьи действующих законов близки не только по смыслу, но и по формулировкам к тексту римских норм, в частности ст. 406, 705, 1079 Гражданского кодекса РФ. Такая преемственность была объективно обоснована и в период первых веков нашей эры (так называемый период правового упадка), и в средние века, и в настоящее время.

Подводя итог данному историческому анализу, можно сделать вывод, что и в древности наблюдалась пропасть между наличием средств гражданско-правовой защиты и реальными возможностями потерпевших защитить этими средствами свои права. В глубочайшей древности свои права могли защитить лица, наделенные властью и (или) финансовыми ресурсами, и с меньшей вероятностью – основная часть населения, не относящаяся к властвующим и богатым.

Эти исторические уроки указывают на то, что проблема представляет собой не случайное, а типичное и закономерное явление, а значит, законодатель должен предусматривать дополнительные правовые средства, которые могли бы устранить разрыв в уровне возможностей указанной защиты и сегодня.

<sup>1</sup> Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1992.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Эпос о Гильгамеше. Таблица первая // URL: [http://godsbay.ru/orient/myth\\_meso.html](http://godsbay.ru/orient/myth_meso.html).

<sup>4</sup> Ирхин Ю. В. Политическая мудрость Древнего Востока: взгляд из XXI века на политические идеи Древнего Египта, Вавилона, Индии и Китая. М., 2000. С. 5.

- <sup>5</sup> Рак И. В. Мифы Древнего Египта. СПб., 1993 // URL: <http://www.artprojekt.ru/Civilization/0085.html>.
- <sup>6</sup> Там же.
- <sup>7</sup> Там же.
- <sup>8</sup> Ирхин Ю. В. Указ. соч. С. 8.
- <sup>9</sup> Законы вавилонского царя Хаммурапи // Электронная библиотека исторического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова. URL: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/hammurap.htm>.
- <sup>10</sup> Там же.
- <sup>11</sup> Там же.
- <sup>12</sup> Там же.
- <sup>13</sup> Там же.
- <sup>14</sup> Латышев В. В. Очерк греческих древностей. СПб., 1899. С. 58.
- <sup>15</sup> Там же. С. 59.
- <sup>16</sup> Хрестоматия по всеобщей истории государства и права: учеб. пособие / под ред. М. Черниловского. М., 1994. С. 79.
- <sup>17</sup> Знаменитые греки. Солон // URL: <http://greek.kulichki.com/solon.htm>.
- <sup>18</sup> Лейст О. Э. История политических и правовых учений. М., 2000. С. 63.
- <sup>19</sup> Там же. С. 69.
- <sup>20</sup> Бычкова Г. П. Защита должников в римском праве: На материалах Дигест Юстиниана // Сибирский юрид. вестн. 2001. № 1.
- <sup>21</sup> Там же.
- <sup>22</sup> Романовская В. Б., Курзенин Э. Б. Основы римского частного права. Н. Новгород, 2000 // URL: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1136998>.

К. М. Беликова\*

А. О. Иншакова\*\*

## ВЕКТОРЫ РАЗВИТИЯ КОРПОРАТИВНОГО ПРАВА ЕС

*Рассматриваются основные векторы развития корпоративного права ЕС сквозь призму анализа основных положений проектов пятой, девятой и четырнадцатой директив, направленных на сближение некоторых положений законодательства стран-участниц ЕС, регламентирующего деятельность акционерных обществ.*

*Ключевые слова: европейское корпоративное право, векторы развития права, директивы, проекты*

Европейский Союз добился значительных успехов в деле унификации и гармонизации законодательства и разработки наднациональных актов в области корпоративного регулирования. Результатом унификации и гармонизации стало появление корпоративного права ЕС<sup>1</sup>. Оно, будучи частью единого европейского частного права, развивалось постепенно и совместно с ним, претерпевая определенные трудности и коллизии. Вместе с тем развитие его не прекратилось, и в настоящее время можно также проследить вектор развития корпоративного права ЕС посредством директив, положений ряда проектов таких актов.

Начнем с *Проекта пятой директивы*. Он был разработан еще в середине 80-х гг. прошлого столетия, когда органы ЕС предприняли попытку унификации норм, регулирующих отношения внутри торговых товариществ: норм о внутренней структуре управления публичными компаниями, их компетенции, участии наемных работников в управлении делами компаний, в частности на основании того, что предприятие представляет собой объединение занятых на производстве лиц. Последние являются «двигателем» предприятия и в этом качестве хотят, чтобы их права и интересы находили законную (а также договорную, конвенциональную) защиту.

С этой точки зрения вопрос решается зарубежным законодателем посредством создания на предприятиях наряду с профсоюзами органов представительства персонала предприятия, избираемых всеми работниками независимо от профсоюзного членства.

Конкретные формы организации и функционирования органов представительства трудовых коллективов различны и зависят от страны. В литературе преобладает мнение, в известной мере базирующееся на законодательстве, что профсоюзы осуществляют прежде всего и главным образом защитные функции, используя для этих целей коллективные переговоры и стачки, а органы представительства коллективов предприятий являются по преимуществу инструментом соучастия работников в управлении (*cogestión*), налаживания сотрудничества с администрацией<sup>2</sup>.

При этом понятие «управление компанией» не синонимично понятию «корпоративное управление», поскольку имеет более узкое значение. Так, *управление компанией* — это деятельность менеджеров, которые осуществляют руководство текущими делами компании, а *корпоративное управление* — это взаимодействие широкого круга лиц по всем аспектам деятельности компании. Последнее — это система взаимодействия, которая отражает интересы органов управления компании, акционеров, заинтересованных лиц

\* Беликова Ксения Михайловна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права юридического факультета Российского университета дружбы народов (Москва). Рабочий телефон (495) 433-14-28.

\*\* Иншакова Агнесса Олеговна — доктор юридических наук, профессор кафедры международного права юридического факультета Российского университета дружбы народов (Москва). E-mail: rudn\_mp@mail.ru.

и направлена на получение максимальной прибыли от всех видов деятельности компании в соответствии с законодательством и с учетом международных стандартов<sup>3</sup>. Российский правовед М. И. Кулагин отмечал, что для обозначения привлечения трудящихся к управленческой деятельности используются различные термины, причем далеко не тождественные. В литературе ФРГ применяется выражение *Mitbestimmung*, т. е. «соучастие» или «совместное решение»; во французском законодательстве и доктрине – термины *participation* («участие») и *cogestion* (можно перевести как «со-руководство» или «соуправление»), в Великобритании – выражение *codetermination* («совместное решение»)<sup>4</sup>.

В странах ЕС встречаются разные системы управления компаниями.

Так, наиболее развитая система «участия» издавна сложилась в ФРГ. Закон об участии нанимателей в наблюдательных советах и правлениях предприятий горнодобывающей и металлургической промышленности 1951 г. установил, что в обществах с числом работающих по найму свыше 1000 человек создается паритетное представительство акционеров и нанимателей в наблюдательных советах. Кроме того, в соответствии с § 13 указанного акта представители наемных работников простым большинством избирали одного из членов правления, так называемого рабочего директора. Остальные члены правления избирались простым большинством голосов всех членов наблюдательного совета. Рабочий директор – полноправный член правления. Он не мог быть освобожден от должности без согласия большинства представителей трудящихся в наблюдательном совете общества. Согласно же положениям Закона об участии в управлении предприятием 1976 г. наблюдательные советы в акционерных обществах и товариществах с ограниченной ответственностью формировались акционерами и трудящимися на паритетной основе. Число членов наблюдательного совета зависело от количества работающих по найму (от 12 до 20 человек). В число представителей, работающих по найму, должен был включаться, по крайней мере, один высший служащий: федеральный суд по трудовым делам в решении от 5 марта 1974 г. определил высших служащих как лиц, которые «выполняют значительную часть типичных для предпринимателя обязанностей, относящихся к принятию решений».

Основы французской модели соуправления были заложены положениями Ордонанса от 22 февраля 1945 г. № 45-280. В отличие от ФРГ, здесь был выбран не путь включения представителей трудящихся в органы акционерных обществ и товариществ с ограниченной ответственностью, а расширение контрольных прав комитетов предприятий. Эти комитеты создаются на всех предприятиях, в учреждениях и организациях с числом работающих по найму не менее 50 человек. Они призваны выражать и защищать коллективные интересы работников предприятия. В редакции Закона № 46-1065 1946 г. комитету предприятия было предоставлено право требовать сообщения ему всех документов, которые оглашаются в собраниях акционеров. Кроме того, два представителя комитета допускались на заседания административного совета акционерного общества с правом совещательного голоса<sup>5</sup>.

Возвращаясь к положениям Проекта, следует сказать, что он трижды подвергался изменениям, последние – в 1991 г.<sup>6</sup> В мае 2003 г. Европейской комиссией был опубликован План действий по совершенствованию права компаний и корпоративного управления в ЕС<sup>7</sup>. В соответствии с этим Планом Проект пятой директивы должен быть доработан и принят до конца 2010 г.

Проект пятой директивы предусматривает порядок подготовки и проведения общего собрания, утверждения и проверки годовой отчетности. Изначально относительно организационной структуры акционерного общества он исходил из трехзвенной структуры органов<sup>8</sup>. Здесь разработчики и столкнулись с открытым противодействием ряда стран-участниц, которые не считали для себя приемлемым резко изменять сложившиеся нормы национального права для достижения единообразного правового регулирова-

ния. Эту проблему удалось решить Регламенту Совета ЕС № 2157/2001, посредством которого утвержден ныне действующий Устав Европейской компании<sup>9</sup>. Поскольку в мире не существует единой модели корпоративного управления (единого принципа построения структуры органов управления компании), то Регламент в разд. 3 «Структура SE (Societas Europaea)» учел особенности систем органов управления акционерным обществом англо-американской и романо-германской систем права и предусмотрел возможность создания дуалистической (англ. *two-tier system*) и монистической (англ. *one-tier system*) систем органов. Теперь государствам-членам предоставляется право выбирать между дуалистической и монистической системами управления<sup>10</sup>, а также между различными моделями участия работников. Таким образом, посредством принятия пятой директивы планируется разрешение внутриорганизационных вопросов, но лишь в самом общем виде.

Проект девятой директивы был разработан в 1984 г. и направлен на урегулирование правовых связей между материнскими и дочерними компаниями. Его положения предусматривают, что любые участия в уставном капитале другой компании, превышающие 10 % от общего размера уставного капитала, должны официально объявляться и публиковаться в приложении к годовым отчетам<sup>11</sup>. Невыполнение данного требования влечет потерю прав, вытекающих из такого участия в уставном капитале другой компании. Основной задачей, которую поставили перед собой разработчики девятой директивы, было создание правового механизма для опосредования экономических взаимоотношений внутри группы компаний. Проект долгое время находился «в подвешенном состоянии» по причине отсутствия поддержки со стороны большинства государств-членов.

Данная директива пыталась воспроизвести нормы, подобные праву концернов (*Konzernrecht*) – кодифицированному законодательству о группах компаний, применяемому только в Германии и Португалии, которая переняла путем рецепции германские нормы. Общий смысл права концернов состоит в защите кредиторов и меньшинства акционеров зависимого общества. Так, при прекращении договора о подчинении или договора об отчислении прибыли (одной из сторон. — К. Б., А. И.) другая сторона должна предоставить обеспечение кредиторам общества или товарищества, требования которых возникли до даты, в которую запись о регистрации прекращения договора в торговом реестре согласно § 10 Торгового уложения считается опубликованной, если кредиторы в течение шести месяцев после публикации заявили о себе другой стороне с этой целью. Это право должно быть указано для кредиторов в публикации записи о регистрации (п. 1 § 303 Закона об АО)<sup>12</sup>. В остальных государствах-членах таких положений в законодательстве нет, а в случаях, когда предусмотрена при определенных условиях ответственность материнского общества по долгам дочернего, обосновывается позиция, согласно которой интересы меньшинства участников и кредиторов дочернего общества могут быть защищены с помощью общих институтов гражданского и корпоративного права. Таким образом, предварительный Проект девятой директивы виделся большинству государств-членов «слишком перфекционистским» или «слишком немецким»<sup>13</sup>. Однако сегодня появилась возможность предполагать, что Проект может быть принят, причем в ближайшее время. С 1 января 2005 г. вступили в силу изменения, внесенные в эту директиву Еврокомиссией. В соответствии с положениями директивы дивиденды освобождались от налога у источника, если участие в капитале дочерней компании составляло не менее 25 %. Вступившие в силу изменения вводят поэтапное снижение доли участия с 25 % до 20 % с 1 января 2005 г., 15 % – с 1 января 2007 г. и, наконец, 10 % – с 1 января 2009 г. Также изменения содержат определение постоянного представительства с уточнением, что трансграничные дивиденды, получаемые и выплачиваемые постоянным представительством, также подпадают под действие директивы. Расширен и список организационно-правовых форм юридических лиц,

на которые распространяются положения директивы, включающий такие формы, как кооператив, компании с неограниченной ответственностью, компании, основывающиеся на системе взаимных частей, и т. д.<sup>14</sup>

Проект четырнадцатой директивы создавался с целью воплощения в жизнь «права на учреждение компаний», обозначенного в Римском договоре как одно из принципиальных положений единого экономического пространства Европы.

В деле *Daily Mail* Суд ЕС указал, что, для того чтобы обеспечить компаниям возможность свободного перемещения по Европе, необходимо либо заключение соответствующего международного договора, либо принятие директивы ЕС. В 1997 г. Комиссия ЕС представила Проект такой директивы<sup>15</sup>.

Проект вызван, таким образом, необходимостью создания действительной правовой базы для переноса уставного и фактического места нахождения компании с сохранением правоспособности, но со сменой применимого к компании права. В настоящей редакции Проект распространяется на все компании, но уже при его обсуждении было предложено ограничить круг компаний хозяйственными обществами<sup>16</sup>. В ряде же случаев анализ текста Проекта позволяет сделать вывод о том, что он обращен лишь к акционерным обществам<sup>17</sup>.

Не получил достаточного урегулирования в Проекте четырнадцатой директивы и давний спор между теорией инкорпорации — *theory on incorporation* (применяется в Нидерландах, например) — и теорией административного центра (оседлости — *real seat theory* — в Великобритании; *sitztheorie* — в Германии; *théorie du siége réel* — во Франции; *theoria della sede (effetiva)* — в Италии и т. д.). Согласно первой теории применению к отношениям с участием компании подлежит право, в соответствии с которым она была создана. Суть всех подходов в рамках теории оседлости заключается в том, что местонахождение компании трактуется в свете фактического места нахождения ее административного центра и контроля, в котором осуществляется постоянное и ежедневное управление ее делами<sup>18</sup>. Обе теории представлены в Проекте как равноценные и оставляют выбор в пользу какой-либо из них за государствами-членами ЕС<sup>19</sup>, хотя уже в 1988 г. в упомянутом деле *Daily Mail* Суд ЕС, с одной стороны, расценил проблему перенесения компаниями своего места нахождения из одного государства-члена ЕС в другое как неурегулированную в тогдашней ст. 43 Договора о ЕС, «учитывая состояние права компаний на тот период времени», с другой — косвенно признал теорию административного центра как не противоречащую целям европейской интеграции, хотя и подчеркнул ее временный характер<sup>20</sup>.

Изложенное позволяет заключить, что многие ранее поставленные перед ЕС вопросы в области совершенствования регулирования торгового оборота, точнее, законодательства о компаниях, до сих пор не нашли своего решения, несмотря на предпринимаемые в этом направлении шаги. Особенность механизма, используемого при решении этих вопросов, — актов вторичного права ЕС, Директив, направленных на создание унифицированных правил, — состоит в том, что средства и способы достижения провозглашаемых в них результатов остаются в исключительной компетенции национального законодателя. Вместе с тем продолжающаяся в означенных направлениях работа свидетельствует о решимости европейского законодателя и не оставляет сомнения в том, что на этом пути ожидается достижение ощутимых результатов.

<sup>1</sup> Термин «корпоративное право» является условным, но довольно часто употребляемым, так как правовое регулирование юридических лиц все еще характеризуется фрагментарностью относительно национального права. См., например: Право Европейского Союза / под ред. С. Ю. Кашкина. М., 2002. С. 502. Подробнее см.: статьи К. М. Беликовой и А. О. Иншаковой о директивах ЕС как универсальном средстве гармонизации для создания режима публичности и открытости деятельности компаний и о роли директивного метода ЕС в регулировании вопросов слияния, поглощения и разделения компаний.

<sup>2</sup> См., например: *Киселев И. Я.* Зарубежное трудовое право: учеб. для вузов. М., 2000. С. 142–143; *Vida Soria, José.* Acción sindical en la empresa // *Diálogos sobre la empresa.* 1972. P. 164.

<sup>3</sup> Подробнее о вопросах понятия и международных стандартов корпоративного управления см.: сайт Элитарного клуба корпоративного поведения // URL: <http://www.elitclub.ru>.

<sup>4</sup> *Кулагин М. И.* Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо // *Избранные труды по акционерному и торговому праву.* 2-е изд., испр. М., 2004. С. 125.

<sup>5</sup> Там же. С. 125–127, 129.

<sup>6</sup> Proposal for a Fifth Directive // *OJ.* 1972. P. 131; 1991. P. 321.

<sup>7</sup> Communication of 21 May 2003 «Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward»; *Право Европейского Союза: учеб. пособие / под ред. С. Ю. Кашкина.* М., 2008. С. 188.

<sup>8</sup> Подробнее см.: *Алиева К. М.* Совет директоров (наблюдательный совет) акционерного общества // *Адвокат.* 2006. № 2. С. 59–66.

<sup>9</sup> Council Regulation (EC) № 2157/2001 of October 2001 on the Statute for European Company (SE) // *Official Journal.* № L 294. 2001. P. 001–0021. Подробнее см.: работа К. М. Беликовой и А. О. Иншаковой «Об унификации корпоративного регулирования ЕС: пути развития наднациональных форм хозяйствования».

<sup>10</sup> Подробнее о дуалистической и монистической системах управления см.: *Максименков Е. И.* Органы управления Европейского акционерного общества (Societas Europae) // *Российское право в Интернете.* 2009. № 1. <http://www.rpi.msal.ru>.

<sup>11</sup> Такая система предусмотрена, в частности, в латиноамериканских странах: законодательство обязывает в случае приобретения компанией определенного финансового участия в капитале других товариществ информировать их о величине такого участия. Положения аргентинского Закона о торговых товариществах 1984 г., например, обязывают одно из связанных предприятий, участие которого в капитале другого предприятия превышает 25 % капитала последнего, информировать его участников об этом на следующем очередном общем собрании (ст. 33, п. 6 ст. 66). Согласно ст. 247 бразильского Закона об АО контролирующая компания обязана сообщать об инвестировании более 10 % своих активов в контролируемые общества. В случае, когда размер инвестиций превышает 30 % активов контролирующей компании, на последнюю налагается обязанность раскрытия «финансовой консолидации» посредством указания размера участия контролирующего товарищества в контролируемых; операций, совершенных внутри группы, и их экономических результатах для каждого из товариществ, входящих в группу, по итогам каждого финансового года и т. д.

<sup>12</sup> Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответственностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах (по состоянию на 1 января 2005 г.) / сост. В. Бергман; пер. с нем. Е. А. Дубовицкая. М., 2005 // *Сер. Германские и европейские законы.* Кн. 2. С. 422.

<sup>13</sup> *Hopt K.* Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht: Status quo, Probleme, Perspektiven // *ZGR.* 1992. S. 265.

<sup>14</sup> Официальный сайт аудиторской компании ROCHE & DUFFAY. URL: <http://www.roche-duffay.ru>.

<sup>15</sup> Подробнее см.: *Corporations in Private International Law. A European Perspective / gen. ed. P. B. Carter QC.* Oxford, 2001. P. 296–313. Принципы, составившие основную концепцию проекта и являющиеся руководящими началами для деятельности институтов ЕС в процессе разработки Проекта четырнадцатой директивы, опубликованы на официальном сайте Комиссии ЕС (URL: <http://europa.eu.int>).

<sup>16</sup> *Neye H.-W.* Die Vorstellungen der Bundesregierung zum Vorschlag einer 14. Richtlinie // *ZGR.* 1999. S. 13–14.

<sup>17</sup> *Иншакова А. О.* Унификация корпоративного регулирования в Европейском Союзе и Содружестве Независимых Государств: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2008.

<sup>18</sup> Подробнее см.: *Калашников Г. О.* Свободное перемещение местонахождения компании по праву ЕС // *Международное публичное и частное право.* 2006. № 6. С. 8–13; *Дубовицкая Е. А.* Европейское корпоративное право. Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. М., 2004. С. 17–20; *Манукян М. А.* Определение личного закона юридического лица в европейском праве: проблемы применения теории «реального места нахождения» // *Журн. зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* 2009. № 2. С. 62–70; *Кох Х., Магнус У., Линкер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 216–219 и др.

<sup>19</sup> Подробнее см.: *Аухатов А. Я.* Правоспособность компаний при перенесении местонахождения правления за границу (по материалам права ЕС и ФРГ) // *Юрист.* 2006. № 1–2. С. 23–27.

<sup>20</sup> *Кох Х., Магнус У., Линкер фон Моренфельс П.* Указ. соч. С. 219. Подробнее о применении доктрины «реального местонахождения юридического лица» см.: *Манукян М. А.* Указ. соч.

## К 165-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ Ф. Ф. МАРТЕНСА

*В 2010 г. исполняется 165 лет со дня рождения выдающегося российского ученого, общественного деятеля, дипломата, международного арбитра и консультанта Ф. Ф. Мартенса. «Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами» в 15 томах и оригинальный двухтомный курс профессора Мартенса «Современное международное право цивилизованных народов» являются яркими жемчужинами в научном юридическом наследии. При вступлении на кафедру международного права в Санкт-Петербургском университете Ф. Ф. Мартенсом была прочитана лекция, текст которой предлагается вниманию читателей.*

*Ключевые слова: международное право, университетская наука, дипломатическая работа, вступительная лекция*

Имя Федора Федоровича (Фридриха-Фромгольда) Мартенса (1845–1909) давно и прочно вписано в историческую летопись российской и мировой юридической науки. Удивительны многогранность этой личности, масштаб его таланта, профессионализма, работоспособности. Профессор императорского Санкт-Петербургского университета, преподававший также в Училище правоведения и Александровском лицее, активный общественный деятель, член совета министра иностранных дел Российской империи, представитель России на различных международных конференциях (в Гааге, Портсмуте, Женеве и др.), член Постоянной палаты (с 1899 г.) Третейского суда, активный сотрудник созданного в 1873 г. в Генте Института международного права, член многих российских и иностранных научных обществ, учреждений, академий — вот далеко не исчерпывающий перечень сфер деятельности Ф. Ф. Мартенса. Послужной список Ф. Ф. Мартенса свидетельствует, к примеру, что в 1888 г. он также принимал участие в работе Комиссии для пересмотра действующих в империи законов о евреях, в 1890 г. представлял Россию в Брюсселе на конференции по борьбе с работоторговлей.

Студент юридического факультета И. Э. Грабарь в марте 1893 г. писал своему брату (В. Э. Грабарю) о профессоре Ф. Ф. Мартенсе: «Сам он питомец университета и ровно 30 лет тому назад вступил в эти самые стены бедняком и круглым сиротой, и, несмотря на то, знаниями, приобретенными в этих же стенах, и характером, выработанным в этих же самых аудиториях и коридорах, он пробил свою дорогу и сделал то, что считал нужным сделать. Мы, выходя из университета, в большинстве случаев не имеем ни бабушек, ни тетушек, влияющих на сильных мира, и можем полагаться только на свои силы, знания и труд. Он, Мартенс, знает, что такое труд, энергия, надежды и вера в свои силы, и вот почему мы, студенты университета, для него в тысячу раз дороже привилегированных питомцев „заведений“ (Училища правоведения и Александровского лицея. — Н. З.)».

Научное наследие Мартенса составляет около ста работ (монографии, учебники, сборники, доклады, статьи, рецензии и пр.); многие из них переведены на иностранные языки. Его кандидатское сочинение (в то время — выпускная студенческая работа) было посвящено отношениям между Россией и Османской империей в правление Екатерины II, магистерская диссертация называлась «О праве частной собственности во время войны» (СПб., 1869), докторская — «О консулах и консульской службе на Востоке» (СПб., 1873). Огромную известность и признание автору принесло издание «Собрания трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами» с историческими справками и пояснениями в 15 томах (СПб., 1874–1909). По праву первым самостоятельным и полным руководством по международному праву называют его курс «Современное международное право цивилизованных народов» в двух томах (СПб., 1882–1883), переиздававшийся впоследствии несколько раз, в том числе за рубежом.

Концептуально Ф. Ф. Мартенс был близок позитивистам, однако своими задачами он видел не только констатирование и описание действовавших норм и учреждений, но и историческую реконструкцию их развития, а также выяснение их социальной обусловленности. Перспективным изучение межгосударственных отношений он находил только в их естественной связи с юридическими учреждениями отдельных государств и разнообразными (духовными, экономическими и др.) интересами и потребностями общества. Мерилом интенсивности участия государства в международных отношениях для ученого выступала степень свободы личности: только государство, в котором личность получила признание своих прав, может стать членом правильно организованного международного общения.

Публикуемая работа Ф. Ф. Мартенса представляет собой лекцию, прочитанную 28 января 1871 г. при вступлении на кафедру международного права Санкт-Петербургского университета. Она была напечатана в «Журнале министерства народного просвещения» (1871. № 6) – существовавшем с 1834 г. официальном издании этого ведомства.

*Публикацию подготовила  
кандидат юридических наук, доцент кафедры  
истории государства и права УрГЮА  
Н. Н. Зипунникова.  
E-mail: zipunnikowa@yandex.ru*

**Ф. Ф. Мартенс**

## **О ЗАДАЧАХ СОВРЕМЕННОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА**

Милостивые государи! Не без некоторого смущения приступаю я в настоящее время к преподаванию науки международного права. Когда два из наиболее цивилизованных народов Европы находятся в ужасной войне между собою, когда накопленные в течение веков плоды мирного труда и соревнования на поприще торговли и промышленности погибают в вихре возбужденных до крайнего ожесточения народных страстей, когда, наконец, общепризнанные начала международного права часто попираются ногами, – тогда многие идеи о мирном и прогрессивном развитии народов, кажется, должны пасть пред симптомами противоположного порядка вещей. Право, определяющее международные отношения и служащее гарантией развитию народов, по-видимому, лишилось всякого авторитета. Когда, таким образом, на наших глазах совершается глубокий переворот в международной жизни, у всякого мыслящего человека понятным образом возникает вопрос: где найти мерило для уразумения современных международных отношений и столкновений и что говорит та наука, которая избрала своим предметом международную жизнь? Предвидела ли наука международного права те коренные изменения, которым подвергались в течение настоящего столетия международные отношения, и подготовила ли она те формы, в которые, естественным образом, может вылиться современная международная жизнь? К сожалению, я должен сказать, что наука международного права далеко отстала в своем развитии от быстротекущей международной жизни и от других политико-юридических наук. Причина тому заключается отчасти в самом существе международного права, но главным образом в тех приемах и в том методе, которым

следовали до сих пор представители этой науки. Поэтому, приступая к предмету наших занятий, мне кажется необходимым представить вам, милостивые государи, краткий очерк исторического развития международных отношений и права; затем я обращусь к истории науки и, наконец, на основании всего предыдущего выясню мой собственный взгляд на ее значение и современное положение.

## I

В государстве человек находит действительную гарантию для своей безопасности и условия полного своего развития. Недостаточность индивидуальных сил и невозможность для неделимого устоять в борьбе с ограничивающими его влияниями окружающего внешнего мира указали на необходимость общения с другими и привели человека к организованной государственной жизни, под одну верховную власть. Государство охватывает всю народную жизнь, и государственная власть устраняет все препятствия, встречаемые человеком на пути к достижению разумной цели своей жизни: всестороннему развитию физических, интеллектуальных и духовных своих способностей. Однако государства никогда не были и не могут быть вполне изолированными друг от друга, хотя внешняя форма общежития человечества заключается именно в разделении народов, и только при таком распаде человечества на отдельные, друг от друга независимые народы может совершаться культурное развитие человеческого рода. Но, как мы увидим впоследствии, это множество народов, составляющее *форму* человеческого общежития, не может существовать в ущерб его внутреннему *содержанию* и *цели*. Содержание же общения народов есть международная их жизнь, и цель его развивается из цели человеческой жизни. А так как цель жизни есть также высшая цель всего права, то очевидно, что и сущность международная права заключается в совокупности юридических норм, определяющих условия разумного и целесообразного существования народов в их внегосударственной или международной жизни.

Иначе относились к факту существования множества народов культурные народы Древнего мира. *Односторонность* и *исключительность* – вот основной принцип их жизни и истории. Они не имели понятия о существовании государств в мирном обществе народов; между народами не существовало тогда ни духовных, ни материальных связей и интересов.

Государство было исключительным центром всей народной жизни, и человек только как член государства имел право на свое человеческое достоинство и свободу. Кто не был гражданином, был врагом, и в римском праве имелось только одно слово – *hostis* – для выражения понятия врага и иноземца. Античное государство не знало современных, роскошно развивающихся социальных отношений, и потому политическая жизнь древних народов была все-таки весьма узка и одностороння. Для Сократа в Афинах не было места. Очевидно, что при господстве подобных идей о государственной жизни и при таком отрицании необходимости международных отношений война должна была явиться нормальным и естественным состоянием древнего мира, и потому, говоря словами Огюста Конта, «мораль древних, как и их политика, были в высшей степени воинственны». Только посредством войн и завоеваний народы приходили в более близкие отношения, и в них заключались те пути, по которым культура распространилась в древнем мире от одного народа к другому. Войною жили классические народы древности, и *сила* была господствующим началом древнего мира.

Римскому народу, в частности, было предназначено возвести в принцип право грубой силы и разрушить таким образом этическую основу международного права. Стремление римлян к всемирному владычеству, непризнание за другими народами никакого права на самостоятельное и своеобразное преследование своих индивидуальных целей вызвали их на нескончаемые войны, в которых они всегда проявляли беспощадную жестокость и насилие. Самое стремление Рима к абсолютному господству над всеми народами мира

заключает в себе отрицание международного права в самом принципе. Все народы были только материалом для осуществления заветной мысли, зародившейся и осуществившейся в стенах Вечного города. Поэтому нечего искать правил для определения современных международных отношений у народа, в жизни и праве которого господствует один основной принцип – всепоглощающий эгоизм. Римляне действительно знали *jus gentium (quod commune omnium hominum)*, но нет сомнения, что они не имели понятия о *jus inter gentes*, или о международном праве в современном смысле. Однако международное право, как и право вообще, коренится, в конце концов, в человеческой природе, и присущие человеку идеи правды и справедливости никогда совершенно не исчезают под подавляющим влиянием внешнего мира. И если нет в складе окружающей государственной жизни действительной опоры для ограничения произвола, если право состоит в силе, тогда только религия и знание выступают за уважение человеческой личности и требуют смягчения варварских обычаев войны. Поэтому в религиях древних народов мы встречаем действительно несколько зачатков идеи гуманности и сознания общечеловеческой связи; а стоицизм, развивавшийся перед падением всемирного владычества Рима, выражается в словах поэта: «*Homo sum – humani nil a me alienum puto*».

На развалинах Римской империи воздвигнуто было мозаичное здание государственной жизни средних веков. Руководящими его строителями были, с одной стороны, юные народы, пришедшие с севера Европы и положившие конец римскому могуществу, а с другой – христианство и впоследствии Римско-католическая церковь. Отличительным признаком этих народов был индивидуализм, то есть полнейшая автономия индивидуума и признание во всяком человеке, к какому бы он народу ни принадлежал, права на личное, самостоятельное развитие, на жизнь и честь. В последовательном своем развитии этот индивидуализм привел к феодальной системе, в которой единство государства приносилось в жертву единичной воле индивидуумов, где неделимые имели больше значения, чем все целое. Феодализм, зная только лицо как субъект права, нарушение которого оно преследовало самоуправно, должен был привести к раздроблению государства на самые мелкие единицы, в которых опять выступает на первый план личная необузданная воля. Одним словом, полное самоуправство является результатом господства принципа индивидуализма и феодальной системы. Понятно, что при таком состоянии государственной жизни международные отношения выражались в постоянных войнах, и война является, по словам Лорана, законом феодализма.

Другим фактором средневековой жизни был католицизм. Между тем как государства Древнего мира считали войну естественным состоянием между народами, христианство, не отрицая справедливой войны, восхваляет мир и настаивает на сознании единства человеческого рода. Следовательно, основные идеи христианства о мире, человеколюбии и т. п. заключают в себе отрицание односторонности и осуждение чувства самоудовлетворения, которыми отличались античные народы. Но ошибочно было бы искать дальнейшего развития этих великих идей в каноническом праве Римско-католической церкви. Католицизм знал только верующих в его непогрешимость; против иноверцев им были разрешаемы и применяемы всякого рода жестокости и пытки. Вечная война была объявлена еретикам и неверующим со стороны могущественной Римско-католической церкви.

Вся средневековая жизнь исчерпывается, наконец, борьбой между Римским Папою и германским императором; в течение этой борьбы как папа, так и император стремились к уничтожению национальной независимости народов. Когда в конце средних веков католическая церковь потерпела полную неудачу в своем стремлении к верховному владычеству над миром, когда религия превратилась в санкцию всякого варварства и угнетения, тогда сама жизнь должна была представить элементы для дальнейшего развития права. И вот основание феодальной системы – уважение индивидуальности человека и его свободной воли – легло в основание поступательного выяснения право-

сознания народов в их государственной международной жизни. Подобно тому, как отношения вассалов к сюзеренам определялись договорами, договорное начало водворялось также в международных отношениях. Таким образом возникли многочисленные торговые трактаты и развивались торговые и промышленные отношения между народами, и современному торговому праву положено было прочное основание. После Крестовых походов торговые и международные сношения итальянских республик принимают все большие размеры; на Востоке учреждаются консульства и купеческие конторы; с магометанскими народами заключаются замечательные соглашения или капитуляции. Мир христианских народов, очевидно, оказался слишком тесным для удовлетворения всех человеческих потребностей, и баснословные богатства Индии сделались, наконец, доступными европейским народам. Таким образом расширился кругозор народов и поприще их мирного соревнования. На севере Европы учреждается могущественная Ганза, соединявшая посредством материальных интересов народы в общих социальных и международных стремлениях.

В то же время в государственной жизни верховная власть воевала против самоуправления и феодального порядка. Государство неудержимо стремилось к осуществлению своей идеи – к соединению неделимых в одно органическое целое; религиозные, духовные и промышленные связи и интересы, напротив того, сближали народы и постоянно расширяли круг их сношений для удовлетворения их потребностей. Реформационное движение XVI столетия привело к торжеству верховной власти, к уничтожению разлагающего влияния католицизма и, наконец, к ужасной Тридцатилетней войне. В Вестфальском мире 1648 г. государства соединяются в первый раз для определения их территориальных прав и взаимных международных отношений. И это фактическое согласие народов легло в основание *положительного* международного права.

В течение XVII и XVIII столетий развитие международной жизни и международного права продолжается хотя медленно, но неудержимо и осознанно, согласно тому как развивался поступательно государственный строй европейских народов. Из этого следует, что временный застой и неправильное понимание государством своей разумной цели непременно должны были отразиться на международных отношениях и определяющем их праве. Выйдя победителем из вековой борьбы против феодальной системы, государство заимствовало у последней ее основание и возвело индивидуализм в верховный принцип своей внутренней и международной жизни. В этом начале выражается, конечно, присущий всякому государству личный и индивидуальный характер, с его правом на полную самостоятельность и уважение. Но если суверенитет государства признать верховным и исключительным принципом международной жизни, как это сделали государства XVII и XVIII столетий, тогда мы дойдем последовательно до такого отрицания международных отношений, в котором погибли классические народы древности. Государство, нет сомнения, представляется личностью, имеющей право и обязанность поддерживать и в случае надобности защищать свою самостоятельность и разумную цель народной жизни. Но так как человеческая жизнь не ограничивается пределами государства, а цель государства состоит в предоставлении человеку всех условий культурного его развития, то, очевидно, всякое государство или народ обязаны принимать участие в международной жизни, и поэтому *международное общение* является высшей задачей международного права. Сознание этой задачи коренится в правосознании цивилизованных народов, и выяснить его, найти формы, в которые оно могло бы вылиться, и подготовить таким образом путь для мирного прогресса международного общения – вот в чем заключается задача науки международного права.

## II

Зародыш всякой науки коренится в тех поражающих явлениях окружающего мира, которые заставляют человека недоумевать и вызывают его любознательность. Человек

удивляется, прежде всего, покрытому звездами небу, страшным явлениям в окружающей его природе и, не успев еще убедиться в ограниченности своих мыслительных способностей, делает попытку обобщать в одном начале всю сущность и необозримую жизнь вселенной. Этим объясняется, что физика вселенной явилась раньше других естественных наук и что первые греческие философы желали вывести из одного начала, которым было или вода, или воздух, или огонь, все существа и явления вселенной. Только впоследствии, и обыкновенно весьма поздно, обращается человечество к исследованию составляющих обыденную жизнь явлений, и химия считается младшей в семье естественных наук, а политической экономии немногим более ста лет от роду.

Такой же ход развития представляет нам наука международного права; разница между нею и другими науками заключается лишь в том, что она и до настоящего времени не принималась за *исследование элементов и явлений действительной жизни*, не сделала даже попытки исследовать внутренние законы общения государств и международных отношений. Первые писатели по международному праву были поражены ужасными последствиями войн, и *войне* были посвящены их труды. Сюда относятся сочинения Виктории и Гентилиса (Vittoria and Gentili) о праве войны, появившиеся в XVI столетии. Но что служило им средством и основанием для уразумения существовавших в их время международных отношений и столкновений? Они заимствовали свои определения из римского и канонического права, следовательно, из источников, не признающих необходимости международных отношений.

Бесспорным основателем науки международного права считается ученый голландец Гуго Гроций, и в его сочинении «О праве войны и мира» война стоит на первом месте. В самом деле, Гроций, живший во время ужасной Тридцатилетней войны, был именно ею побужден сделать международные отношения предметом своих изысканий. Проникнутый истинно гуманным духом и любовью к справедливости, Гроций требовал смягчения варварских обычаев войны, хотя некоторой пощады для беззащитных и мирных подданных неприятельского государства. Из общежительного характера человеческой природы и основываясь на бесчисленных изречениях замечательных людей Древнего мира, Гроций выводит существование естественного права. Добытые таким путем истины он применил к международным отношениям. В этом заключается сущность его естественного (названного впоследствии философским) международного права. Рядом с естественным Гроций признает еще так называемое положительное международное право, основывающееся на выраженном согласии народов.

По этим двум направлениям разрабатывалось до сих пор международное право: у одних, как, например, у Пуфендорфа, преобладает исключительно естественное право, с полным отрицанием положительного; другие же, как, например, Вольф и Ваттель, следовали Гроциевой методе и соединяли предписания естественного права с проявившеюся в международных трактатах и обычаях волею государств. Далее такого соединения принципов естественного права с постановлениями международных договоров и обычаев еще не развилась, в течение 200 лет, наука международного права. И чем несноснее, замечает один современный писатель, становилось на земле, тем больше и больше в облаках парили представители этой науки. Непосредственной причиной этого явления было преобладание так называемого естественного права во всех рассуждениях писателей. Естественное право основывается на неизменяемости человеческой природы, и всякий почти писатель приступает к науке со своеобразными о ней понятиями и выводит, разумеется, своеобразные заключения.

Не отрицая нисколько, что в человеческой природе коренится источник всей общественной жизни, мы все-таки думаем, что и наука международного права не может ограничиться *только* выставлением начал, логически вытекающих из человеческой природы, но должна (как это уже и сделала, в отношении экономических отношений, наука политической экономии) обратиться к исследованию законов исторического раз-

вития народов в их международной жизни. Впрочем, правда, что наука наша — одна из младших отраслей в системе политико-юридических наук, и международная жизнь естественно должна отстать в своем развитии от других сфер человеческого общежития. «Ведь годы в жизни людей, — говорит Фаллати, — суть дни в бытии государств, а столетия в жизни народов — только год в жизни человечества». Однако при всем том мы того мнения, что причина застоя и недостаточного влияния науки международного права на международные отношения скрыта гораздо глубже. Даже самый пессимистический взгляд на современные международные отношения не может не усмотреть огромного прогресса. Между народами установились беспрестанные сношения; множество торговых трактатов предоставляют иностранным подданным почти те же права, какими пользуются собственные граждане; трактаты о литературной собственности, о регулировании эмиграции и натурализации, о выдаче преступников, об исполнении решений иностранных судов — все это доказывает, что действительно существует международное общение, в котором выказываются зачатки международной администрации. Но, странно сказать, представители науки почти не касаются всех этих важных вопросов.

Приступая к изучению международного права, юристы большею частью и не думали обращаться к исследованию существующих международных отношений. По привычке находить в источниках римского права ключ ко всем вопросам частной жизни, они признают до сих пор римское право главным основанием международного. Между тем мы видели, что вся римская история не что иное, как полное отрицание международной жизни и права. Но Римская империя пала, а римское право снова завоевало себе мир, и господство его оказалось в высшей степени пагубным для международного права. В области частного быта римское право оказало человечеству действительно огромные услуги, и великое его значение для гражданского права не подлежит никакому сомнению. Но в науке международного права оно привело к тому, что вместо исследования жизни и условий ее развития писатели занялись насильственным подведением развивающихся международных отношений под узкие понятия *Corpus juris*.

Вообще, пока в рассуждениях писателей будет просвечивать римское право, окружающая их жизнь останется для них непонятною и будет ими считаться отступлением от их предвзятых идей. Наука международного права должна обратиться к уразумению международной жизни, исследовать законы ее развития, чтобы затем, соответственно прогрессу жизни, выяснить поступательное развитие международного права и определить наконец согласно идее права тот юридический порядок, который необходим для мирного сожития народов. Поэтому, приступая к изучению международного права, мы должны разрешить прежде всего вопрос: в чем состоит международная жизнь?

### III

Нет сомнения, что правильно постановкою многих вопросов современной политической жизни государственное право обязано выяснению понятия об обществе. Только в весьма недавнее время внимание науки было обращено на тот знаменательный факт, что люди, составляющие конкретный государственный организм, не представляются только совокупностью неделимых, находящихся в известных политических отношениях, охраняемых принудительною властью государства, но что в то же самое время они состоят между собою в общении, основанном на известных связях, возникающих из общих материальных и духовных интересов. Это общение или общество, связывающее людей стремлением к удовлетворению их материальных и духовных потребностей, не замыкается пределами одного государства, но распространяется на многие государства и может охватить, наконец, все народы. Таким образом, социальные или общественные отношения переходят в область международной жизни. Установление же общественных связей между людьми вытекает из врожденных человеку потребностей и стремления к полному развитию своих способностей, а следовательно, и не зависит непосредственно

от государства. Всякий же человек, будучи членом одной или нескольких общественных групп, думает найти в них возможность преследовать свои личные интересы. Однако принадлежность к конкретному общественному слою зависит не только от свободного выбора, но также и от слепого случая и общего происхождения. Влияние связей, соединяющих людей одинакового национального происхождения, очевидно и редко ограничивается пределами конкретного государства. Рассматривая внутреннее содержание установившихся общественных отношений, нельзя не видеть, что кроме племенных связей, соединяющих народы к социальной жизни, элементами являются: религиозные, этические или нравственные, духовные и экономические интересы и стремления.

Огромное влияние религии и тесные связи, устанавливаемые ею между людьми, рельефно выступают из истории культурного развития человечества. Вся история доказывает, что первые зачатки цивилизации и культуры коренятся в религиях народов. Религия соединяла семьи в одно целое рода, роды — в племя, племена — в один народ, и, наконец, христианство связывает все народы в необозримое единство человечества. В религии человек находил нравственную опору для борьбы с подавляющими силами внешнего мира, и потому религиозные связи между людьми были в то же самое время нравственными или этическими. Согласно присущей человеку природе он стремится к наилучшему развитию своих сил, и все, что удовлетворяет действительным и разумным потребностям человека, составляет его этическое благо. А так как идея блага есть всеобщий и объективный принцип всех человеческих деяний, то очевидно, что в стремлении к достижению блага сходятся все неделимые, и возникающая таким образом этическая связь бывает или шире, или уже, благодаря ограничивающему влиянию пространства и разнообразию культурного развития человечества.

Рядом с религиозными и этическими стремлениями и в тесной связи с ними развиваются духовные или научные интересы, сближающие людей и оказывающие непосредственное влияние на их взаимные отношения. На поприще науки встречаются люди всех вероисповеданий и национальностей, а крепкую связь соединения и дружного соревнования является общее стремление к истине. Исследуя законы бытия и условия его развития и подводя разнообразные явления физической и духовной жизни под общие понятия и идеи, наука распространяет повсюду свое благотворное влияние и продолжает свое дело просвещения даже во время возбужденных до ожесточения народных страстей и международной вражды. Так, наука политической экономии исследует законы человеческой деятельности, обращенной к присвоению себе материальных средств, необходимых для достижения жизненных целей. Она показывает нам человека в естественном стремлении удовлетворять своим физическим и духовным потребностям и свидетельствует, что промышленные и торговые интересы сближают людей и устанавливают между ними прочные социальные связи независимо от воли и действия государственной власти. До какой степени сильны экономические интересы, неопровержимо показывает нам опыт. Несмотря на индивидуальное понимание своих интересов и стремлений, все-таки экономическая деятельность одного человека включает в себе зародыш зависимости другого.

Но человека, преследующего свои экономические интересы, нельзя выделить от религиозных, этических и духовных его понятий и стремлений, и потому все рассмотренные нами отношения и связи, составляющие содержание социальной жизни, постоянно соприкасаются и обуславливаются. А так как эти связи возникают и часто существуют помимо государственной власти, простираясь далеко за границами данного государства, то очевидно, что пред нами открылась новая, необъятная область международных сношений и жизни. Мы называем социальные связи и отношения *новой* сферой международной жизни, потому что до сих пор писатели по международному праву не обращали на них почти никакого внимания. Преобладающим предметом их рассуждений были юридические отношения государств друг к другу. Таким образом то, что собственно

составляет международную жизнь и чем народы тесно и неразрывно связаны между собой, было ими большею частью оставлено в стороне.

Однако, при нашем взгляде на международную жизнь, весьма естественно возникает вопрос: в каком же отношении должно находиться государство к этим общественным и международным связям и интересам? Если все разнообразие общественных отношений, в которых складывается человеческая жизнь, сосредоточится в одном юридическом и политическом организме, и притом будет соединено правом и одною властью, то мы получаем понятие государства. Государство представляется обществом в его единой и правильной организации, под одною верховною властью. Оно охватывает всю народную жизнь, ограничивает эгоистичные стремления неделимых и общественных групп; определяет посредством *права* их соотношения и *силой* охраняет установившийся таким путем юридический порядок. Следовательно, общественные стремления и связи обратились в содержание государственной жизни народов, заключающейся в постоянном взаимодействии между обществом и государством.

Но в государственном строе, в который уложились социальные группы, они не только не отказываются от преследования своих интересов, но неумолимо стремятся к завладению государственной властью для лучшего их удовлетворения. Поэтому преобладающие в конкретном государстве общественные связи и интересы налагают печать своей особенности на политическую ее жизнь и на международные отношения. Из правильного понятия о государстве и культурной жизни выходит, что ни государство, ни право не составляют, вообще, творческих и причинных сил народной жизни, но как право, так и государство являются, с одной стороны, продуктом окружающей природы, а с другой — национальных, религиозных, этических, духовных и экономических сил и элементов. Народ же есть субъект международного права, и потому очевидно, какое решительное влияние на ход международной политики имеют социальные связи и интересы, существующие в данном народе и распространяющиеся за пределы государственной территории. И действительно, общественные стремления и интересы сближают народы, определяют духовное их родство и служат источниками всех прочных и немимолетных союзов между государствами или народами. На основании всего сказанного я надеюсь, что будет понятно, почему необходимо ввести в систему науки международного права рассмотрение отношений государств как субъектов международного права к различным социальным группам и связям или, в частности, к религии и церкви, к наукам и искусствам, к промышленности и торговле. Международная жизнь коснулась уже в трактатах этих вопросов, но наука редко о них упоминает.

До сих пор мы старались показать, каким образом социальные интересы и связи легли в основание международной жизни и политики. Остается еще выяснить, какое на них влияние имеет государство или организованный для достижения одной общей жизненной цели народ. Индивидуальность, дошедшую до самосознания и самоопределения, мы называем личностью, и государство представляется в полном смысле личностью, с присущею ему волей и способностью действовать. Но подобно тому, как лицо индивидуальное находит разумное основание своего бытия в своей цели, достижение которой только и возможно в общении с другими, так точно цель государств — предоставление человеку условий всестороннего его развития — осуществима только в совокупной жизни государств и требуется существом государственной личности. Следовательно, необходимость соединения народов для определения юридического порядка своего существования в *обществе государств* и для полного, гармонического развития всех социальных интересов и стремлений, их соединяющих, вытекает из самой природы государства. И так как необходимым условием такого развития является *право*, то очевидно, что только международное право предоставляет всем юридическим отношениям, как частному, так и государственному праву, последнюю гарантию. И несмотря на все недостатки, присущие и до сих пор международному праву, несмотря на отсутствие

в международных отношениях охраняющего право суда, все-таки услуги, оказанные им культурному развитию народов, действительно велики и не отрицаемы. Вот почему я не начал этой первой лекции, как это принято, доказательствами о реальном существовании международного права. Международная жизнь существует и не нуждается в оправдании своего существования; международное право определяет ее, под его защитой происходит обмен *всех* человеческих отношений, а всякому отношению соответствует известное право. Вот разумное основание международных отношений и санкция науки международного права. Международное общение основывается на общих религиозных, этических и духовных связях и осознательным образом проявляется в споспешествовании государствами друг другу при достижении общих политических, общественных и индивидуальных целей. Из этого следует, что так как мирозерцание и культурное развитие народов определяются именно социальными стремлениями и своеобразным пониманием своих жизненных целей, то международное право может иметь обязательную силу только для народов существенно равной культуры и цивилизации, имеющих одинаковые воззрения на право и нравственность. Поэтому юридические нормы международного права прежде всего обязательны для народов европейской цивилизации. Но согласно развитию социальных связей между народами расширяются также пределы международного общения и распространяется обязательная сила норм международного права. Уже теперь название: *европейское* международное право оказывается слишком узким.

Если изложенные мысли заключают в себе долю истины, то дальнейшее развитие международного права, очевидно, зависит от прочности и разнообразия социальных связей между народами и от целесообразного определения вытекающих из них юридических отношений. И так как международное право состоит в совокупности юридических норм, определяющих условия культурного развития народов в их международной жизни, то прежде всего необходимо всесторонне выяснить понятие народа или государства как субъекта международного права, а затем условия или законы их культурного развития.

К сожалению, наука международного права не обращала до сих пор должного внимания на народ как субъект права. Она определяла правоспособность государства и вытекающие из нее права и обязанности в отношении других государств, переходила затем к правам вещным и по обязательствам, не предпослав сперва, как это делается в частном праве относительно лица, рассмотрение существа народа и вытекающих из него неотъемлемых и существенных прав. Между тем только по выяснении условий происхождения народа и его существа мы в состоянии будем вникнуть в законы развития международной жизни. Поэтому этот огромный пробел непременно должен исчезнуть из международного права, если народ считается его субъектом. Эти крайне необходимые для уразумения существа народов и международной жизни данные наука международного права должна заимствовать из вспомогательных наук, чтобы подвести их под юридические начала.

Таковыми вспомогательными для лучшего выяснения и определения международных отношений средствами или науками являются, по моему мнению, антропология, а в особенности физиология и психология народов, и история. Народ понимается этими науками как живой организм, естественным основанием которого служит земля; поэтому необходимо знать физические законы этого организма и определить влияние на народную жизнь природы, почвы, климата, пищи и т. д. Физиология народов послужит также для научного выяснения встречаемых даже у самых варварских и диких народов зачатков международных сношений и исполняемых, в известных торжественных случаях, обрядов. И физиология жизни и природы народов в теснейшей связи с историей раскроют нам существо и условия их происхождения и развития международной жизни.

С другой стороны, народ не состоит из суммы неделимых или атомов; для понимания его органического единства и господствующих в нем социальных интересов и стрем-

лений мы должны отыскивать в народах ту внутреннюю связь и тот социальный принцип, в которых выражается единство их жизни, характера и индивидуальность. Эта внутренняя связь, соединяющая множество неделимых в органическое целое народа и придающая ему особенную индивидуальность, есть идея или дух народа. Следовательно, психология народов должна служить важным пособием для уразумения жизни и отношений народов. Но хотя между народами европейской цивилизации, культуры установились общие социальные связи и существенно одинаковые воззрения на жизненные цели и право, так что нельзя не видеть между ними известной внутренней связи и более или менее гармонического согласия в духовной их деятельности и этических стремлениях (в чем именно состоит единство международного общения), все-таки современное международное право рассматривает народы как самостоятельные и своеобразные организмы, преследующие каждый, помимо общей цели, свою индивидуальную жизненную цель. Поэтому понятно, что народы в преследовании своих индивидуальных интересов непременно приходят в столкновения. Каким же образом избегнуть этих столкновений и согласить разнообразие их стремлений с разумными требованиями необходимого международного общения? Пред нами, очевидно, два фактора всякого общения и всякой социальной жизни: с одной стороны, присущее влечение к общежитию, а с другой — врожденный человеку и народу эгоизм и индивидуальная исключительность. Но неизменный этический закон человеческого развития, заключающийся в неотложной необходимости для неделимых умножить свои ограниченные силы посредством общения с другими, имеет полное свое применение также в отношении народов.

Мы уже видели, что внутреннее содержание общения народов есть международная их жизнь и что цель ее заключается в общей цели человеческой жизни и права. Современные культурные народы суть только моменты всемирной жизни; они не существуют ни для обоюдного отчуждения, ни для постоянной вражды, но напротив того, их соединяет одна человеческая природа, одна культурная цель, одинаковые социальные стремления и связи и единое чувство права. Государства необходимо принимают участие в политическом и культурном развитии других народов, и мероприятия, которыми они намереваются содействовать прогрессу своих собственных граждан, непременно должны отозваться в течение времени на международные их отношения. В этом выказывается непреодолимое влияние существующих между народами социальных интересов и связей. Для блага самих государств крайне необходимо, чтоб они никогда не упускали из виду той великой истины, что несмотря на бесконечное разнообразие человеческих отношений и действий, между ними все-таки существует внутренняя связь, в силу которой преуспевание одного является моментом и условием развития другого.

Поэтому, если б государства постоянно имели в виду свою тесную связь с другими государствами, если б они всегда сознавали, что их собственное реальное развитие *немыслимо* вне гармонического развития и без взаимности интересов с другими народами — тогда разорение соседей и уничтожение их материального благосостояния не явились бы задачами государственной политики и целью войны. Выяснить же действительные интересы народов в их взаимных отношениях и стремлениях, привести их к сознанию крайней необходимости гармонического развития международной жизни и, наконец, подвести все законы и явления под общие юридические понятия и определения — вот к чему должна стремиться наука международного права. И международное право тогда только будет стоять на твердом фундаменте, когда естественные и исторические законы развития народов будут выяснены и должным образом уважаемы в международных отношениях. Тогда только обнаружится, что международная политика, имевшая действительный успех и благотворные последствия, не была делом слепого случая, но соответствовала условиям и требованиям исторического развития народа. Для того чтобы понять международную жизнь, необходимо изучить законы исторического ее развития и дать им в международном праве юридическое выраже-

ние. Тогда только международные отношения перестанут быть шаткими, и народам не будут навязываться в трактатах оковы, которые могут препятствовать естественному и неукротимому их развитию. Мирные договоры, сообразуемые с условиями культурного развития народа, не будут содержать в себе зародыша неминуемого их нарушения и устранения. Когда таким образом будет признано неотъемлемое право народов на всестороннее развитие своей жизни и индивидуальных способностей, тогда осуществляются знаменитые слова Савиньи, что «государство есть та внешняя форма, в которую естественным образом вылилась внутренняя жизнь народа», и тогда будет достигнута высшая цель международного права – обеспечение наилучшего развития общечеловеческой культуры и личного права человека.

Вот, милостивые государи, та великая задача, которую поставила себе наука международного права. Первым шагом к удовлетворительному ее разрешению должно быть беспристрастное и критическое к ней отношение. Я нисколько не скрыл от вас существенных недостатков и пробелов, замеченных мною в современной обработке международного права, но, с другой стороны, позвольте мне надеяться, что я успел вам выяснить огромное значение международного права и его роль в ряду остальных политико-юридических наук. И чем мрачнее горизонт современных международных отношений, чем сильнее возбуждены народные страсти, тем больше чувствуется человеком необходимость требовать повсюду уважения к *праву* как залогов всякого разумного развития. Нет, *никогда* грубая сила не восторжествует окончательно над правом; никогда жалкая теория совершившихся фактов не заглушит в нас чувства правды и справедливости. Пред силою преклонялись народы Древнего мира; кулачное право царствовало в средних веках; но современными культурными народами управляет одна верховная идея всестороннего, всеобъемлющего прогресса. Поэтому с непоколебимою верою в прогрессивное развитие международной жизни и человечества и в глубоком убеждении, что идея развития есть высший закон жизни и права, приступаю я к преподаванию науки международного права.

## THEORY OF LAW AND STATE

**Капитонов С. А. (Yeletz)** Do state and law rival?

State and law are legal phenomena supplementing each other. In the process of cooperation they reveal the system whose main quality is optimization of human interests and needs. Conversations about rivalry and moreover about dominance of one of the elements of this system are not quite correct in the framework of the scientific approach.

*Key words:* state, law, cooperation, system, interests, benefit, rivalry, dominance

**Архипов С. И. (Yekaterinburg)** Legal relation of the property: theoretical analysis

The article is devoted to the legal relation of the property. The author in detail analyzes theoretical opinions about property as legal relation, researches construction this relation, subjects of the relation, contents, etc.

*Key words:* legal relation, property, rights, obligations, subjects of the legal relation, contents of the legal relation, corporative and legal phenomenon

## HUMAN RIGHTS

**Гарипов Р. Ш. (Kazan)** Indigenous peoples' rights protection within Inter-American system of human rights

In the article are examined issues, connected with Inter-American Court on Human Rights' activity in the field of indigenous peoples' rights protection. On the specific case there is considered its role in the field of American Indians' rights on the original lands and resources. For the first time in international relations there was the court's decision in support to territorial claims of indigenous peoples. In the end there is made a conclusion about increasing interest to indigenous peoples' rights on American continents, where an important role today is given to the United States of America.

*Key words:* human rights, indigenous people, american Indians, aborigines, Inter-American Court on Human Rights

## INTERNATIONAL LAW

**Безбородов Ю. С., Каримов Д. А. (Yekaterinburg)** Monarchic foundations in certain modern state and international associations

This article touches on the legal constructions of the international authorities that include one's Sovereign in it. The authors suppose some cases for optimization of functions execution by Sovereigns of the United Kingdom and the Netherlands in the teeth of the States that recently were in the latter colonial empires.

*Key words:* monarchy, international organization, the Commonwealth, association

## EUROPEAN LAW

**Бирюков П. Н. (Voronezh)** European evidence order

The article is dedicated to problems of legal assistance in criminal matters in EU member-states. In the article questions of using of evidence, that was received in EU countries, are researched in details. Procedure of sending and receiving of requests about freezing between EU member-states is also characterised. The article provides an analyze of main problems of using of the European evidence order.

*Key words:* European Union, area of freedom, security and justice, legal assistance in criminal matters, European evidence order

## RUSSIAN FEDERATION AND ITS SUBJECTS

**Turanin V. Yu. (Belgorod)** Prospects of unification of definitions of the legal concepts used in the modern regional legislation

The present article is devoted to the researching of prospects of unification of definitions of the legal concepts used in the modern regional legislation. The author of article offers certain ways of the decision of the given problem.

*Key words:* law, definition, concept, term

## ELECTORAL LAW AND PROCEDURE

**Bezrukov A. V. (Krasnoyarsk)** Realization of President of the RF initiatives in reforming of electoral legislation

In this article the stages and tendencies of reforming of electoral legislation in Russia are under consideration, which were held by the head of the state. According to the detailed analyses of messages of the President of the Russian Federation to the Parliament about electoral legislation and stands of Constitutional Court of the Russian Federation, motions and resumes are formulated, which are directed to optimization of electoral system in Russia.

*Key words:* electoral system, elections, reforming of electoral legislation, perfection of electoral legislation

**Hudoley D. M., Hudoley K. M. (Perm)** Project of reformation the election system of Russian Federation

The article contains project of reformation the election system of Russian Federation.

*Key words:* election system, reformation, methods of count of votes

## LOCAL SELF-GOVERNMENT AND MUNICIPAL LAW

**Vaneev O. N. (Krasnoyarsk)** The problem of local government bureaucracy

The article is devoted to the problem of local government bureaucracy. The author investigates common and specific features of bureaucracy. The article deals with local government personification and fetish-like changing, necessity of opposing local government bureaucracy.

*Key words:* local self-government, bureaucracy, personification and fetish of power, corruption, local community, social control

## CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

**Borkov V. N. (Omsk)** On the new approach to the design of the prohibitions to commit corruption crimes

Paper is devoted to the search for approaches to establishing criminal responsibility for non-legitimate enrichment. When the criminalization of the act to remove the two contradicting-being: the construction of corrupt enrichment should not create preconditions for violation of the principle of presumption of innocence, the proposed rule should be to align with the hour-vatsya 1 tbsp. 14 of the Criminal Code, ie describe the criminal act.

*Key words:* illicit enrichment, the enrichment of corruption, public and legal order pay officer

## CIVIL LAW AND PROCEDURE

**Vasetzkiy V. N. (Moscow)** Civil legal facilities of defence in the period of becoming of the state system. Some questions of forming history

To date actuality of understanding of role of correct classification and degree of influence of one or another facilities of civil legal defence is obvious. For more deep study of this question it is necessary expressly to present the mechanism of his realization and also

processes of his origin and development, because society is distant not immediately came to the modern developed tool of defence of civil laws and legal interests, the civilization way of development expended millenniums on it.

*Key words:* civil legal facilities of defence, becoming and forming of right and jurisprudence, development of institute of defence of rights and freedoms

## **ECONOMICS AND LAW**

***Belikova K. M., Inshakova A. O. (Moscow)*** Vectors of the development of European corporate law

The article touches upon some vectors of the development of European corporate law in the light of main ideas of the drafts of the 5<sup>th</sup>, 9<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> Directive aimed at the approximation of certain provisions of corporate laws of EU member-states.

*Key words:* European corporate law, vectors of the development of law, directives, projects

## **PAGES OF HISTORY**

***Zipunnikova N. N. (Yekaterinburg)*** To the 165 anniversary of F. F. Martens

In 2010 is the 165 anniversary of the outstanding Russian scientist, the public figure, the diplomat, the international arbitrator and adviser F. F. Martens . «Treatises and the conventions concluded by Russia with foreign powers» in 15 volumes and an original two-volume course of professor Martens «Modern international law of the civilized peoples» are bright pearls in a scientific legal heritage. Here is the lecture of F. F. Martens which text is offered to attention of readers.

*Key words:* international law, a university science, diplomatic work, introductory lecture

**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ  
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

Главный редактор Издательского дома  
«Уральская государственная юридическая академия»  
*А. Н. Митин*

Редакторы *О. Ю. Петрова, Я. В. Щелканова*  
Корректоры *Т. В. Клочкова, И. П. Тимофеева*  
Компьютерная вёрстка *А. А. Холодилова*

Подписано в печать 30.09.10. Формат 60×84/8.  
Усл. печ. л. 12,55. Уч.-изд. л. 10,41

Издательский дом  
«Уральская государственная юридическая академия».  
620066, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.  
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru