

ISSN 2219-6838



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

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

Основано в 2010 году

**5/2012**



[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; **Геймур Ольга Геннадьевна**, кандидат юридических наук, Тюменский государственный университет; **Головина Светлана Юрьевна**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права УрГЮА; **Гончаров Максим Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Драпкин Леонид Яковлевич**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА, заслуженный деятель науки РФ; **Жернаков Дмитрий Владимирович**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Загайнова Светлана Константиновна**, доктор юридических наук, профессор УрГЮА; **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; **Логинова Татьяна Евгеньевна**, кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана юридического факультета Пермского государственного национального исследовательского университета; **Малинова Изабелла Павловна**, доктор философских наук, профессор УрГЮА; **Милицин Сергей Дмитриевич**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **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; **Попондопуло Владимир Федорович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, заслуженный деятель науки РФ; **Родионова Ольга Николаевна**, кандидат юридических наук, доцент УрГЮА; **Русинов Рудольф Константинович**, кандидат 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; **Толстых Владислав Леонидович**, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета Новосибирского государственного университета; **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; **Хуан Даосю**, профессор, председатель Научно-исследовательского центра российского права Политико-юридического университета Китая

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

Адрес редакции: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207  
 Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:  
 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮА,  
 редакция «Российского юридического журнала».  
 Тел./факс (343) 375-54-20. [electronic.ruzh.org](http://electronic.ruzh.org).  
 E-mail: [ruzh@usla.ru](mailto:ruzh@usla.ru), [ruzh93@hotmail.com](mailto: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

### ПРАВОВОЙ КОНГРЕСС В ЕКАТЕРИНБУРГЕ

- Подшивалова О. И. (Тюмень)* Правовые аспекты интеграции РФ в единое общеобразовательное пространство и воздействие фрагментации международного права на российскую правовую систему в сфере образования ..... 5
- Ведель И. А. (Екатеринбург)* Интеграционные аспекты сотрудничества государств в сфере защиты прав граждан за рубежом: международно-правовое регулирование ..... 9
- Фирсова А. А. (Екатеринбург)* Сравнительная характеристика прокурорской деятельности в странах ЕврАзЭС ..... 14
- Кузнецова Е. В. (Екатеринбург)* Выявление законодательных пробелов Конституционным Судом РФ ..... 22

### СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Беликова К. М. (Москва)* Общая характеристика судебной системы Объединенных Арабских Эмиратов в свете модернизации страны ..... 28
- Ситникова И. И. (Воронеж)* Судебная система Финляндии ..... 31

### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Didier Guével (Paris)* Remarques sur la preuve en droit civil français ..... 36

### ЭКСПЕРТИЗА

- Грицаенко П. П. (Екатеринбург)* Половая зрелость: возвращение в правовое поле ..... 45

### СТРАНИЦЫ ИСТОРИИ

- Марченко А. Н. (Жердевка, Тамбовская обл.)* К вопросу об экономической конституции Третьего рейха ..... 47

## CONTENTS

### JURIDICAL CONGRESS IN YEKATERINBURG

- Podshivalova O. I. (Tyumen')* Legal aspects of integration of the RF  
 in uniform general educational space and influence  
 of a fragmentation of international law on the Russian legal system  
 in the field of education ..... 5
- Wedel' I. A. (Yekaterinburg)* Integration aspects of cooperation  
 of states in the protection of citizens' rights abroad:  
 the international legal regulation ..... 9
- Firsova A. A. (Yekaterinburg)* Comparative characteristics  
 of prosecutor's verification in the countries of EvrAzES ..... 14
- Kuznetsova Ye. V. (Yekaterinburg)* Revealing of legislative gaps  
 by the Constitutional Court of the Russian Federation ..... 22

### COMPARATIVE JURISPRUDENCE

- Belikova K. M. (Moscow)* The judicial system  
 of the United Arab Emirates from the point of view  
 of modernization of the state ..... 28
- Sitnikova I. I. (Voronezh)* Judicial system in Finland ..... 31

### CIVIL LAW AND PROCEDURE

- Didier Guével (Paris)* Remarques sur la preuve en droit civil français ..... 36

### EXPERTISE

- Gritsaenko P. P. (Yekaterinburg)* Puberty: return to the legal field ..... 45

### PAGES OF HISTORY

- Marchenko A. N. (Zherdevka, Tambov region)* On the question of Third Reich  
 economic constitution ..... 47

О. И. Подшивалова\*

**ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ИНТЕГРАЦИИ РФ  
В ЕДИНОЕ ОБЩЕОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ ПРОСТРАНСТВО  
И ВОЗДЕЙСТВИЕ ФРАГМЕНТАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА  
НА РОССИЙСКУЮ ПРАВОВУЮ СИСТЕМУ  
В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ\*\***

*Указываются проблемы, решение которых будет способствовать скорейшей интеграции России в единое общеобразовательное пространство. Анализируется взаимодействие международной и национальной правовых систем по вопросам образования, рассматривается возможность воздействия фрагментации международного права на российскую правовую систему в сфере образования.*

*Ключевые слова: нормы международного права, правовая система Российской Федерации, международное право, фрагментация, образование*

*Problems which decision will promote the fastest integration of the Russian Federation in uniform general educational space are named. The interaction of the international and national systems on educational questions is analyzed, the possibility of influence of a fragmentation of international law on the Russian Federation in educational fields is considered.*

*Key words: norms of international law, the legal system of the Russian Federation, international law, fragmentation, education*

Нельзя отрицать тот факт, что государства стали более взаимозависимыми, их односторонние действия, не учитывающие интересов других стран, способны поставить под угрозу существование человеческой цивилизации. Перед международным правом стоит задача урегулировать международные отношения. Очевидно, именно оно является основой сближения всех правовых систем современности и становится решающим фактором плодотворной деятельности во всех сферах жизни, в том числе в области образования.

Процесс создания единого общеобразовательного пространства обусловлен экономической целесообразностью и возросшей мобильностью общества, неразрывно связан с развитием сотрудничества европейских стран в области высшего образования. После подписания Болонской декларации перед Российской Федерацией как полноправным участником Болонского процесса встали задачи по интеграции системы высшего образования в общеевропейское пространство.

Для этого России полагается устранить следующие проблемы: 1) противоречия между нормами международного права и российскими правовыми нормами в сфере образования; 2) коллизии между различными нормативными правовыми актами Российской Федерации, регулирующими вопросы образования; 3) воздействие фрагментации международного права на российскую правовую систему в сфере образования.

**Противоречия между нормами международного права и российскими правовыми нормами в сфере образования.** Нормами международного права регламентировано право родителей на образование и воспитание детей в соответствии со своими религиозными и философскими убеждениями. В ст. 26 Всеобщей декларации прав человека

\* Подшивалова Оксана Ивановна — консультант департамента здравоохранения Администрации города Тюмени, соискатель кафедры истории, теории и международного права Института права, экономики и управления Тюменского государственного университета (Тюмень). E-mail: KsenyaP@yandex.ru.

\*\* Статья подготовлена по результатам круглого стола молодых ученых в рамках Европейско-Азиатского правового конгресса 2012 г.

1948 г. и ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и политических правах сказано, что образование реализуется в семье, определена роль родителей как основных воспитателей своих детей. В ст. 2 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. утверждается, что именно родители несут основную ответственность за образование своих детей. Однако данное право Конституцией РФ не предусмотрено, в ней фиксируется только обязанность родителей или лиц, их заменяющих, обеспечивать получение детьми основного общего образования. Для полного осуществления права на образование необходимо внести изменения в Конституцию РФ.

Следует отметить, что и система подготовки специалистов высшего профессионального образования Российской Федерации не соответствует требованиям международного права. Болонская декларация обязывает государства-участников принять систему, основанную на двух циклах: постепенном и послестепенном. Доступ ко второму циклу требует успешного завершения первого цикла обучения продолжительностью не менее трех лет. Второй цикл предполагает выбор между более короткой программой получения степени магистра и более длительной программой получения докторской степени с возможностью перехода от одной программы к другой.

Федеральный закон от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» фактически закрепляет две схемы: пятилетнее обучение по программе подготовки специалиста и освоение квалификации «бакалавр» по четырехлетней программе с возможностью продолжения образования в магистратуре (два года). Нынешняя российская модель (4 + 2 + 3) весьма специфична, и степень «специалист» не вписывается в модель Болонского процесса. Необходимо отметить, что проектом федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» (далее — законопроект)<sup>1</sup> к числу уровней высшего образования отнесены: а) бакалавриат (академический и прикладной); б) специалитет; в) магистратура; г) программы подготовки научно-педагогических кадров в аспирантуре (адъюнктуре) — «Преподаватель высшей школы» или «Исследователь».

Для полного вхождения России в единое европейское пространство высшего образования необходимо закрепить в качестве уровней высшего образования бакалавриат и магистратуру со сроками обучения 3 + 2.

Российское законодательство выделяет два уровня послевузовского профессионального образования: ведущее к получению ученой степени кандидата наук и ученой степени доктора наук. Однако в соответствии с требованиями Болонской и Сорбонской деклараций европейское высшее образование устанавливает только одну ученую степень. Интересно отметить, что авторы законопроекта отнесли аспирантуру (что сегодня называется «послевузовское профессиональное образование») к одному из звеньев высшего образования, сделав ее одной из ступеней высшего образования наряду с бакалавриатом, специалитетом и магистратурой. Докторскую степень законодатель вообще исключил из перечня образовательных программ. Представляется логичным поставить вопрос о возможности называть нашего кандидата наук доктором, к такому решению подталкивает введение на законодательном уровне академических степеней бакалавра и магистра.

Поскольку российские образовательные стандарты предусматривают большие временные затраты на подготовку студентов, чем европейские, то их необходимо привести в соответствие с последними. При формировании рабочих, индивидуальных и типовых планов по системе зачетных единиц следует уравновесить соотношение аудиторной нагрузки и самостоятельной работы студентов. Целесообразно внести изменения в Закон РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» (далее — Закон об образовании), увеличив в два раза время проведения практики за счет сокращения продолжительности теоретического обучения. В частности, для подготовки юристов нужно предусмотреть обязательное участие судебных и правоохранительных органов в их практике.

Предлагаем ввести управленческую организацию «проектного типа», при этом в вузе действуют не факультеты с набором специальностей, а профессиональные образовательные программы с короткой управленческой структурой: научный руководитель, менеджер, тьютор.

В целях установления доверия вузов к оценкам друг друга полагается проверять качество знаний студентов в письменной форме, как это предусмотрено в европейских вузах.

Многие государства, вовлеченные в Болонский процесс, в соответствии с Берлинским коммюнике и Лиссабонской конвенцией в своих законах о высшем образовании закрепляют обязанность вузов выдавать приложение к диплому (Венгрия, Норвегия, Франция). Необходимо в законопроект включить данную обязанность и предусмотреть образец приложения к диплому, который должен быть разработан на основе Приложения к диплому, рекомендованного ЮНЕСКО. Приложение составляется на английском и национальном языках. Родной язык необходим для возможного дальнейшего перевода Приложения на третьи языки во избежание ошибок и неточностей при переводе с языка-посредника. Такие изменения позволят решить проблему признания иностранных дипломов и отменить процедуру нострификации документов иностранных государств об образовании и ученых званиях.

**Коллизии между различными нормативными правовыми актами Российской Федерации, регулирующие вопросы образования.** Конституция РФ, как и нормы международного права, признает право на образование за каждым вне зависимости от принадлежности к гражданству, однако Закон об образовании ограничивает права лиц, не являющихся гражданами России, на получение образования в образовательных учреждениях на территории Российской Федерации. В целях устранения указанных противоречий следует внести изменения в Закон.

**Воздействие фрагментации международного права на российскую правовую систему в сфере образования.** В юридической литературе высказывается мнение, согласно которому международное право состоит из «беспорядочных частей и элементов, имеющих различную структуру, что не позволяет говорить о его однородном характере»<sup>2</sup>, также отмечается его «диверсификация и децентрализованность»<sup>3</sup>, «беспорядок и хаос в системе международного права»<sup>4</sup>. Многочисленные исследователи проблематики российского образования: В. М. Сырых<sup>5</sup>, Д. А. Ягофаров<sup>6</sup>, Н. Н. Никитина<sup>7</sup>, А. Н. Козырин<sup>8</sup> – констатируют наличие конфликтов, противоречий и коллизий между различными нормативными правовыми актами Российской Федерации, регулирующие вопросы образования, указывают на пробельность, хаотичность, бессистемность и отсутствие однородного характера регулирования данных норм. Подобные утверждения заставляют задуматься о том, возможно ли воздействие беспорядочных элементов международного права на российскую правовую систему в сфере образования? И могла ли фрагментация международного права привести к таким кризисным явлениям российской правовой системы, как бессистемность и хаос?

Под воздействием фрагментации международного права на российскую правовую систему в сфере образования понимается наличие на международном универсальном или региональном уровне параллельного или конкурирующего регулирования вопросов в области образования, которые в соответствии с приматом международного права способствовали появлению различного правового регулирования данных вопросов в национальной правовой системе, а также способность влияния мнений многочисленных органов международного правосудия в отношении толкования международно-правовых норм и принципов на национальную систему права в сфере образования.

Для выявления возможности влияния фрагментации международного права на внутригосударственное, регулирующее вопросы образования, проанализирована практика обращений в Европейский Суд по правам человека. За почти 50 лет Страсбургский суд

рассматривал по существу жалобы на нарушение права на образование менее 13 раз. Их анализ не позволяет назвать ни одного дела, которое свидетельствовало бы о существовании «беспорядочных частей и элементов международного права, имеющих различную структуру» или о параллельном и конкурирующем регулировании на международном универсальном или региональном уровне вопроса об образовании в практике ЕСПЧ.

Поскольку судебная практика наряду с теорией дает собственное понимание роли международных норм, их соотношения с законодательством, богатый материал для оценок, теоретического анализа, обобщений и выработки рекомендаций, были проанализированы решения российских судов, в которых судьи использовали нормы международного права для подтверждения своих выводов и оценок, выработки правовой позиции, правовой аргументации в мотивировочной части. Различий в толковании норм международного права по вопросам образования ЕСПЧ, которые способны повлиять на российскую правовую систему, не обнаружилось. Российская судебная практика использования международных норм подтверждает, что принимаемые решения соответствуют нормам международного права и не содержат ссылок на их беспорядочные элементы.

Также были проанализированы международные образовательные нормы и сопоставлены с российскими. Проведенный анализ позволил прийти к выводу, что воздействие беспорядочных элементов международного права на российскую правовую систему в сфере образования возможно. Однако существующие проблемы российского образования, выражающиеся в хаотичности, бессистемности и отсутствии однородного характера, не связаны с фрагментацией международного права, а являются следствием низкого технико-юридического качества правового регулирования системы образования на федеральном, региональном и муниципальном уровнях.

<sup>1</sup> URL: <http://mon.gov.ru>.

<sup>2</sup> Хафнер Г. Риск фрагментации международного права // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи ООН. 55-я сессия. Доп. № 10 (A/55/10), приложение.

<sup>3</sup> Сибатян А. С. Влияние конфликтующего толкования и практики выбора «удобного суда» на единство системы международного права // Рос. юрид. журн. 2010. № 1. С. 50.

<sup>4</sup> Рогожин С. Л. Мифы права. Опыт парадоксального анализа международного публичного права // Московский журн. междунар. права. 2003. № 3. С. 19.

<sup>5</sup> Сырых В. М. Совершенствование законодательства субъектов РФ об образовании на современном этапе: теоретико-методологические подходы // URL: <http://www.lexed.ru/provo/theory/ezego44/?sir.html>.

<sup>6</sup> Ягофаров Д. А. Методологические аспекты оптимизации нормотворчества в сфере образования в современных условиях // Вестн. Тюменского гос. ун-та. 2009. № 2. С. 172.

<sup>7</sup> Никитина Н. Н. Региональное образовательное пространство как фактор становления культуры профессионально-личностного самоопределения учителя // Качество образования: концепции, проблемы: материалы III Междунар. науч.-метод. конф. / под общ. ред. А. С. Вострикова. Новосибирск, 2000. С. 233.

<sup>8</sup> Козырин А. Н. Современные контуры образовательного права // Закон. 2007. № 4. С. 16.



И. А. Ведель \*

## ИНТЕГРАЦИОННЫЕ АСПЕКТЫ СОТРУДНИЧЕСТВА ГОСУДАРСТВ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ГРАЖДАН ЗА РУБЕЖОМ: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

*Рассматриваются вопросы международно-правового регулирования сотрудничества государств в сфере защиты прав граждан за рубежом. Анализируются правовые аспекты данного сотрудничества в рамках интеграционных образований, существующих на европейско-азиатском пространстве.*

*Ключевые слова: защита прав граждан за рубежом, дипломатическая защита, интеграционные образования, дипломатические и консульские учреждения*

*The article examines the international legal regulation of cooperation of states in the protection of citizens' rights abroad. It analyzes the legal aspects of this cooperation in the framework of integration structures existing at the European-Asian space.*

*Key words: protection of citizens' rights abroad, diplomatic protection, integration structures, diplomatic and consular offices*

Наиболее общие положения о необходимости уважения прав и свобод человека и гражданина, о защите этих прав международным сообществом и непосредственно государствами содержатся в таком важном международном источнике, как Устав Организации Объединенных Наций. Уже в преамбуле этого документа говорится о важности утверждения веры в уважение основных прав человека, в достоинство и ценность человеческой личности. В ч. 3 ст. 1 Устава сказано, что ООН преследует цели, в том числе поощрения и развития уважения к правам человека и основным свободам для всех без различия пола, расы, языка и религии. В ст. 55 (например, п. «с») содержится положение о том, что ООН содействует всеобщему уважению и соблюдению прав человека и основных свобод, а ст. 56 закрепляет норму, в соответствии с которой все члены Организации обязуются предпринимать совместные и самостоятельные действия в сотрудничестве с Организацией для достижения целей, указанных в ст. 55<sup>1</sup>.

Венские конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. и консульских сношениях 1963 г., а также многочисленные двусторонние консульские конвенции содержат положения, относящиеся к данной сфере, в частности определяющие конкретные функции дипломатических представительств и консульских учреждений, действующих от имени государства и осуществляющих защиту своих граждан, находящихся за рубежом.

Положения, касающиеся этой сферы, имеются и в таких документах международно-правового характера, как Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают, принятая на 40-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 1985 г., Конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г., Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. и др.

Нельзя не сказать о том, что в настоящее время Комиссия международного права ООН разработала Проект статей о дипломатической защите, состоящий из 19 статей, где предложено понимать дипломатическую защиту как «призвание государством посредством дипломатических мер или других средств мирного урегулирования к ответственности другого государства за вред, причиненный международно-противоправным

\* Ведель Игорь Анатольевич – аспирант кафедры иностранного государственного и международного права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). Email: igor\_wedel@rambler.ru.

деянием этого государства физическому или юридическому лицу, являющемуся гражданином или имеющему национальность первого государства, в целях имплементации такой ответственности»<sup>2</sup>. Стоит отметить, что в доктрине международного права, как отечественной, так и зарубежной, даются несколько иные определения этого понятия<sup>3</sup>.

В международном общении государств действует один из основополагающих принципов международного права – принцип сотрудничества государств<sup>4</sup>. Данный принцип закреплен не только в Уставе ООН. Декларация 1970 г. о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, подчеркивает, что сотрудничество является обязанностью государств: «Государства обязаны сотрудничать друг с другом независимо от различий их политической, экономической и социальной систем, в различных областях международных отношений с целью поддержания международного мира и безопасности и содействия международной экономической стабильности и прогрессу, общему благосостоянию народов и международному сотрудничеству... С этой целью: государства сотрудничают в установлении всеобщего уважения и соблюдения прав человека, основных свобод для всех и в ликвидации всех форм расовой дискриминации и всех форм религиозной нетерпимости»<sup>5</sup>.

Декларация 1970 г. как международный документ с точки зрения территориальности носит универсальный характер. На европейском пространстве принцип сотрудничества государств еще более конкретизирован в таком общеевропейском акте, как Заключительный акт СБСЕ 1975 г., согласно которому «государства-участники будут развивать свое сотрудничество друг с другом, как и со всеми государствами, во всех областях в соответствии с целями и принципами Устава ООН... они будут стремиться, расширяя свое сотрудничество, как это определено выше, развивать более тесные отношения между собой на лучшей и более прочной основе на благо народа»<sup>6</sup>. Кроме того, особо подчеркивается стремление содействовать взаимопониманию и доверию, дружественным и добрососедским отношениям, безопасности и справедливости, в том числе, надо полагать, в сфере защиты прав граждан за рубежом.

На современном этапе развития международного общения принцип сотрудничества государств становится все более значимым, приобретает универсальный характер. Особенно это важно с точки зрения развития интеграционных процессов, очевидно проявляющихся на европейско-азиатском пространстве. Такое сотрудничество реализуется в самых различных областях межгосударственного общения, в частности в сфере защиты прав граждан за рубежом.

Защиту прав граждан, находящихся за границей, должно осуществлять и осуществляет именно государство посредством своих органов и должностных лиц. Как справедливо отмечает И. И. Лукашук, в большинстве случаев дипломатическую защиту прав граждан за рубежом производят дипломатические представительства и консульские учреждения, но в исключительных случаях в действие вступает ведомство иностранных дел и даже правительство<sup>7</sup>.

В Проекте статей о дипломатической защите в качестве того, кто осуществляет защиту граждан, находящихся за рубежом, упоминается только государство. Через какие именно органы или с помощью каких конкретно представителей государство действует, в Проекте статей не указывается.

Тем не менее практика межгосударственного общения в области защиты граждан за рубежом свидетельствует о том, что в большинстве случаев дипломатическую и консульскую защиту осуществляют непосредственно дипломатические представительства и консульские учреждения. В соответствии со ст. 3 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г. и ст. 5 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. одной из основных функций дипломатических и консульских учреждений является защита в государстве пребывания интересов как самого аккредитуемого государства, так и его

граждан. Об этом говорят и ученые-юристы. Так, Д. С. Гвоздецкий отмечает, что «в отличие от других форм защиты, дипломатическая защита осуществляется через органы внешних сношений: внутригосударственные или зарубежные, в частности Министерство иностранных дел (или его представителя), дипломатическое представительство, специальные миссии»<sup>8</sup>.

Для защиты прав граждан, находящихся за границей, зарубежные органы внешних сношений обладают всем необходимым: от зданий и помещений, техники и оборудования до права свободно связываться со своим государством, в том числе с любыми его органами, а также контактировать с гражданами аккредитуемого государства. Так, посольства, являясь дипломатическими представительствами высшего уровня, могут консультировать граждан своего государства по любым вопросам, относящимся к их пребыванию в определенной стране, делать различные запросы по поводу защиты интересов своего государства и его граждан.

Представляется, что наиболее эффективно защищать права граждан на иностранной территории государство гражданства (посредством любого государственного органа или должностных лиц) сможет при реализации принципа сотрудничества государств, особенно в рамках интеграционных образований. Это проявляется не только на уровне международно-правового регулирования (например, в рамках Евросоюза действуют общие нормы, предполагающие единое гражданство для всех граждан ЕС, что означает тесное сотрудничество европейских государств при осуществлении защиты своих граждан на территории других европейских государств или на территории третьих стран), но и на уровне фактических межгосударственных отношений.

Наглядным примером могут служить нормы ст. 46 «Дипломатическая и консульская защита» Хартии Европейского Союза об основных правах<sup>9</sup>, где указано: «Каждый гражданин Союза на территории третьей страны, где не представлено государство-член, гражданином которого он является, пользуется защитой со стороны дипломатических и консульских учреждений любого государства-члена на тех же условиях, что и граждане данного государства». Приведенное положение конкретизировано в Договоре о функционировании Европейского Союза, заключенном в Риме 25 марта 1957 г.<sup>10</sup>: «Каждый гражданин Союза на территории третьей страны, где не представлено государство-член, гражданином которого он является, пользуется защитой со стороны дипломатических и консульских учреждений любого государства-члена на тех же условиях, что и граждане данного государства. Государства-члены принимают необходимые положения и вступают между собой в международные переговоры, требуемые с целью обеспечить эту защиту. Совет, постановляя в соответствии со специальной законодательной процедурой и после консультации с Европейским парламентом, может принимать директивы, устанавливающие меры по координации и сотрудничеству, необходимые с целью облегчить эту защиту».

Следовательно, в рамках такого интеграционного образования, как Евросоюз, где установлено единое гражданство и общее для всех стран-участниц законодательство наднационального характера, защита прав граждан, находящихся на территории третьего государства, может осуществляться не только посредством дипломатических и консульских учреждений любого государства-члена ЕС, но и посредством наднациональных органов власти, что в действительности должно значительно повышать эффективность оказываемой защиты.

Интеграционные процессы, в том числе в сфере международно-правового регулирования защиты прав граждан за рубежом, наблюдаются и на территории бывшего Советского Союза. За последние 20 лет здесь образовалось несколько международных объединений, в которых активную роль играет наше государство и которые преследуют, наряду с экономическими и политическими, социальные и гуманитарные цели, в частности стремятся обеспечить эффективную защиту прав наших граждан, находящихся

в иностранном государстве. Так, в письме Правительства России от 13 апреля 2004 г.<sup>11</sup>, содержащем заключение по проекту федерального закона о ратификации Соглашения о создании Единого экономического пространства между Россией, Украиной, Казахстаном и Беларусью, говорится, что «реализация указанного Соглашения должна способствовать экономическому и социальному прогрессу государств-участников, их гармоничному развитию, дальнейшему углублению интеграционных процессов».

В рамках Союзного государства Российской Федерации и Республики Беларусь приняты и действуют нормы, схожие с европейскими положениями о защите граждан на территории третьих стран. Так, в ст. 14 Договора о создании Союзного государства<sup>12</sup> закреплено, что граждане государств-участников считаются одновременно гражданами Союзного государства и что в Союзном государстве признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. В соответствии со ст. 15 данного Договора «каждый гражданин государства-участника имеет право на защиту на территории третьего государства, где не имеется представительства государства-участника, гражданином которого он является, со стороны дипломатических представительств или консульских учреждений другого государства-участника на тех же условиях, что и граждане этого государства-участника».

Представляется, что в рамках ныне создающегося Евразийского союза (в составе России, Казахстана и Белоруссии) интеграционные процессы в сфере правового регулирования защиты прав граждан данных государств на территории третьих стран будут проходить еще активнее, чем те, которые наблюдаются сегодня на территории бывшего Союза Советских Социалистических Республик (в том числе в пределах СНГ). На основании заявлений, сделанных отдельными лидерами стран-участниц будущего Союза, а также в связи с развитием отношений между нашими государствами в самых различных областях жизнедеятельности и укреплением межгосударственных связей можно ожидать от этого нового интеграционного образования более тесных взаимосвязей между дипломатическими и консульскими учреждениями, иными органами (возможно, и наднациональными, если таковые будут созданы) и их должностными лицами в области предоставления дипломатической защиты и консульского содействия гражданам этих государств при их нахождении на территории третьего государства. Во всяком случае очевидно, что на современном этапе развития межгосударственного общения и международного права подобное развитие интеграционных процессов на территории СНГ необходимо и неизбежно как с точки зрения нормативно-правового регулирования, так и с позиции фактических, можно даже сказать, прагматичных отношений.

Таким образом, чем более тесное сотрудничество устанавливается между государствами, чем более дружественные и доверительные отношения между ними, тем более плодотворно защищаются права граждан государства, находящихся на территории второго государства. В наибольшей степени этот вывод очевиден для стран, выступающих участницами интеграционных образований, что помогает эффективнее защищать права своих граждан, укреплять безопасность и сотрудничество в межгосударственном общении. Ярким примером служат интеграционные процессы на европейско-азиатском пространстве (Европейский союз; Евразийский союз, создающийся на основе уже действующего Таможенного союза, и т. д.), где исторически сложились тесные отношения между существующими в этом регионе странами, что, безусловно, оказывает огромное влияние на развитие международного права в целом и института дипломатической защиты (консульского содействия) граждан за рубежом в частности.

<sup>11</sup> Устав Организации Объединенных Наций: принят в Сан-Франциско 26 июня 1945 г., вступил в силу 24 октября 1945 г. // Сб. действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 14–47; Действующее международное право. Т. 1. М., 1996. С. 7–33; Международное публичное право: сб. док. Т. 1. М., 1996. С. 1–2, 227–237, 401–404.

<sup>2</sup> Доклад Комиссии международного права. 58-я сессия. 1 мая – 9 июня и 3 июля – 11 августа 2006 г., Нью-Йорк // Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 61-я сессия. Доп. № 10 (A/61/10). С. 23.

<sup>3</sup> Подробнее об этом см.: *Ведель И. А.* Некоторые аспекты осуществления дипломатической защиты (консульского содействия) дипломатическими и консульскими учреждениями // Рос. юрид. журн. 2012. № 3.

<sup>4</sup> Международное право: учеб. / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 169–170.

<sup>5</sup> Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций от 24 октября 1970 г. // ООН. Резолюция Генеральной Ассамблеи на 25-й сессии. Нью-Йорк, 1970. С. 151–155.

<sup>6</sup> Заключительный акт СБСЕ (Хельсинки, 1 августа 1975 г.) // Действующее международное право. Т. 1.

<sup>7</sup> *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. факультетов и вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 402.

<sup>8</sup> *Гвоздецкий Д. С.* Правовые основы функционирования института дипломатической защиты // Закон и право. 2010. № 8. С. 96.

<sup>9</sup> Хартия Европейского Союза об основных правах (Страсбург, 12 декабря 2007 г.) (2007/C 303/01) (официально не опубликована).

<sup>10</sup> Договор о функционировании Европейского Союза (Рим, 25 марта 1957 г.) (в ред. Лиссабонского договора 2007 г.). Консолидированный текст (официально не опубликован).

<sup>11</sup> Заключение по проекту федерального закона № 16771-4 «О ратификации Соглашения о формировании Единого экономического пространства», внесенному в Государственную Думу Президентом Российской Федерации: письмо Правительства РФ от 13 апреля 2004 г. № 2386п-П2 (официально не опубликовано).

<sup>12</sup> Договор о создании Союзного государства (Москва, 8 декабря 1999 г.): вступил в силу 26 января 2000 г. // СЗ РФ. 2000. № 7. Ст. 786; Бюл. междунар. договоров. 2000. № 3; Рос. газ. 2000. 29 янв.

А. А. Фирсова\*

## СРАВНИТЕЛЬНАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОКУРОРСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СТРАНАХ ЕврАзЭС

*Проводится сравнительный анализ применения правового средства прокурора – прокурорской проверки – в странах ЕврАзЭС. Раскрываются сходные черты и различия прокурорских проверок, осмысливаются и оцениваются субъекты, предмет, основания, сроки и полномочия прокурора при ее проведении. Вносятся предложения по совершенствованию института прокурорских проверок в странах ЕврАзЭС.*

*Ключевые слова: прокуратура, прокурорская проверка, ЕврАзЭС, правовые средства прокурора*

*Comparative analyses of such prosecutor's legal instrument as prosecutor's verification in EvrAzES is made. The author shows similar features and differences of prosecutor's verification, interprets and evaluates reasons, timings, scope of the verification and the prosecutor's credentials in making the verification and also gives suggestions for improving the institution of the prosecutor's verification in the countries of EvrAzES.*

*Key words: prosecutor's office, prosecutor's verification, EvrAzES, prosecutor's legal instruments*

До обретения странами-участницами ЕврАзЭС независимости прокуратуры этих государств имели общую историю. Уже более 20 лет в данных странах происходит поиск своей модели развития органов прокуратуры, соответствующей социальным и политическим условиям, национальным традициям и правовой культуре.

Общей тенденцией остается признание ведущей роли прокуратуры в системе государственных органов по защите прав и законных интересов граждан, организаций, утверждению законности во всех сферах государственной и общественной жизни. Надзор за исполнением законов признается главным направлением деятельности прокуратуры. Основное средство выявления нарушений закона при осуществлении прокурорского надзора – прокурорская проверка. Прокурорская проверка – это правовое средство прокурора, представляющее собой совокупность взаимосвязанных интеллектуальных, организационных, технических, управленческих действий, проводимых в установленный законом срок при наличии сведений о фактах нарушения закона и направленных на выявление нарушений закона, виновных лиц и привлечение их к установленной законом ответственности, а также на выяснение соответствия действий проверяемого субъекта закону. Ни один закон о прокуратуре в странах ЕврАзЭС не содержит определения понятия «прокурорская проверка». Ученые называют проверку важным способом выявления нарушений закона, полномочием прокурора по надзору за точным и единообразным исполнением законов должностными лицами, методом или мерой по выявлению и устранению нарушений закона. Для сравнения содержания прокурорской проверки в странах ЕврАзЭС нужно уяснить ее место в системе правовых средств прокурора, а также охарактеризовать составляющие прокурорской проверки: субъектов, предмет, основания, сроки, полномочия прокурора при проведении проверки.

В России прокурорская проверка признается основным правовым средством выявления нарушений закона в системе средств прокурора.

\* Фирсова Анастасия Анатольевна – аспирант кафедры прокурорской деятельности Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: perpetuumobile@inbox.ru.

Субъектами проверки выступают лица, осуществляющие проверку, а также лица, чьи действия проверяются на соответствие закону и в отношении которых у прокуратуры имеются сведения о фактах нарушения ими закона. В законах стран ЕврАзЭС о прокуратуре обычно содержится перечень поднадзорных прокуратуре субъектов — органов, организаций и должностных лиц, чья деятельность может быть проверена прокуратурой на соответствие закону. Так, в ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре РФ»<sup>1</sup> (далее — ФЗ о прокуратуре РФ) названы органы, в отношении которых осуществляется прокурорский надзор и может быть проведена проверка: федеральные министерства, государственные комитеты, службы и иные федеральные органы исполнительной власти, представительные (законодательные) и исполнительные органы субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, органы военного управления, органы контроля, их должностные лица, субъекты осуществления общественного контроля обеспечения прав человека в местах принудительного содержания и содействия лицам, находящимся в местах принудительного содержания, органы управления и руководители коммерческих и некоммерческих организаций. Предлагается выделять также ненадзорные проверки, которые проводятся органами прокуратуры в отношении неподнадзорных субъектов, в частности судов. При таких проверках «прокурор не выступает в суде как надзирающий орган, а обладает процессуальными правами наравне с иными участниками судопроизводства»<sup>2</sup>.

Предмет проверки в ФЗ о прокуратуре РФ не определен. Мнения юристов расходятся. Под предметом понимаются действия поднадзорных субъектов, которые проверяются на соответствие закону; «круг выясняемых прокурором вопросов»<sup>3</sup>; отрасль права, закон, соблюдение, исполнение которого проверяется; соблюдение, исполнение поднадзорными субъектами законов; законность действий данных субъектов. Представляется возможным выделить не только предмет, но и объект проверки. Действия, проверяемые прокурором на соответствие закону, выступают объектом проверки, а вопросы, которые ставит прокурор при проведении проверки, — ее предметом.

Основанием проведения проверки исходя из анализа ч. 2 ст. 21, ч. 1 ст. 22 ФЗ о прокуратуре РФ будет информация о факте нарушения закона, поступившая в органы прокуратуры, по которой требуется принятие мер прокурором.

Следующая составляющая прокурорской проверки — ее срок. Это установленный законом период времени, в течение которого должна быть проведена проверка. Исчисление срока проверки начинается со дня поступления сведений о фактах нарушения законов и их регистрации. В ФЗ о прокуратуре РФ срок проверки не регламентирован, прокуратура применяет сроки, закрепленные Федеральным законом «О порядке рассмотрения обращений граждан РФ»<sup>4</sup> и Инструкцией о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации<sup>5</sup>. Согласно п. 5.1 указанной Инструкции общий срок проверки составляет 30 дней.

Относительно полномочий прокурора при проведении проверки отмечается, что полномочия прокурора фиксируются в нескольких статьях ФЗ о прокуратуре РФ, иногда дублируются, как, например, право требовать объяснений (ст. 22 и 33) и обязанность не подменять иные органы (ч. 2 ст. 21 и ч. 2 ст. 27). Полномочия прокурора при проведении проверки рассматриваются как права и обязанности прокурора до разрешения вопроса о применении средств прокурорского реагирования. В общем права прокурора можно свести к двум составляющим: правам «доступа» и правам «требования». К обязанностям прокурора определенно можно отнести обязанность разъяснить пострадавшим порядок защиты их прав и свобод (абз. 3 ч. 1 ст. 27), обязанность не подменять иные органы. Также следует указать, что права прокурора при проведении проверки могут приобретать характер обязанностей.

В Казахстане, в отличие от России, действия прокурора, осуществляемые путем проведения проверок, именуют «высшим надзором». В ст. 1 и 7 Закона Республики Казах-

стан о прокуратуре<sup>6</sup> (далее – Закон РК о прокуратуре) прокурорская проверка обозначена как «мера по выявлению любых нарушений законности». Меры по выявлению нарушений законности, прав и законных интересов человека и гражданина, юридических лиц и государства входят в систему мер прокурора, наравне с мерами по устранению и восстановлению нарушенных прав, мерами по привлечению к юридической ответственности поднадзорных субъектов, мерами по обеспечению защиты прав граждан. В Законе РК о прокуратуре также выделены акты прокурора, подразделяемые согласно ст. 18 на акты прокурорского надзора (протест, постановление, предписание, заявление, санкция, указание, представление, разъяснение закона) и акты, регулирующие вопросы организации и деятельности прокуратуры (приказы, указания, распоряжения, положения, инструкции).

Поднадзорные прокуратуре субъекты в Законе РК о прокуратуре не перечислены, но в ст. 23, 24, 29 указаны такие субъекты, как государственные органы, должностные лица, организации всех форм собственности, в отношении которых прокуратура вправе провести проверку на предмет точного и единообразного применения законов, указов президента Казахстана и иных нормативных правовых актов на территории Республики.

Основаниями проведения проверки в силу ст. 5 Закона РК о прокуратуре признаются: поручения президента; заявления, жалобы, сообщения и другие данные о нарушениях законодательства; непосредственное выявление признаков нарушения законодательства; поручения или запросы вышестоящего прокурора. В отличие от России, в Казахстане основанием проверки может быть нарушение законодательства. Система нормативных правовых актов, действующих в стране, включает не только законодательные, но и подзаконные нормативные акты (указы президента, постановления Правительства, нормативные акты федеральных органов исполнительной власти и т. п.), т. е. круг актов, нарушение которых может служить основанием проведения проверки, довольно широк.

В Законе РК о прокуратуре (единственном из законов стран ЕврАзЭС) установлен срок проведения проверки: согласно ст. 5 он составляет один месяц. Прокурор, назначивший проверку, с согласия вышестоящего прокурора может продлить ее производство. К отношениям, возникающим при производстве проверки, применяются также сроки, закрепленные Законом РК о порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц<sup>7</sup> (обращения по общему правилу должны быть проверены в течение 30 дней).

При проведении проверки прокурор обладает рядом полномочий, которые в Законе РК о прокуратуре также регламентированы в нескольких статьях. Кроме того, согласно ст. 6 Закона полномочия прокурора раскрываются через «правовые гарантии деятельности органов прокуратуры», через обязанности субъектов, в отношении которых проводится проверка. Прокурор обладает правами «доступа» и правами «требования», в связи с чем вправе требовать от компетентных органов осуществления оперативно-розыскных мероприятий с уведомлением об их результатах; получать от руководителей и других должностных лиц необходимые документы, материалы, статистические данные и иные сведения о состоянии законности и принимаемых мерах по ее обеспечению; требовать производства в соответствии со своей компетенцией проверок поступивших в прокуратуру материалов, обращений и обязывать сообщать об их результатах; привлекать к осуществлению проверок сотрудников других правоохранительных органов для обеспечения безопасности и надзорной деятельности; назначать экспертизы. Прокурор также вправе знакомиться с судебными делами и истребовать их из суда, за исключением случаев, когда материалы дела находятся непосредственно в судебном производстве. Отметим, что прокуратура России не вправе требовать направления дела из суда. В ст. 29 Закона РК о прокуратуре отдельно прописано право прокурора получать в банках сведения по операциям и счетам физических и юридических лиц. Все перечислен-



ные права обобщенно названы «проверочные действия», что позволяет сделать вывод о том, что проверка является сложносоставным правовым средством.

Рассматривая институт прокурорской проверки в Таджикистане, можно заметить, что там, как и в Казахстане, проверка признается мерой по своевременному выявлению любых правонарушений, от кого бы эти нарушения ни исходили. Прокурор в Таджикистане принимает различные меры: меры по обеспечению прав граждан, которые в силу физических, психических и других недостатков не могут защитить свои права; решения по заявлениям, жалобам и другим обращениям граждан; меры по устранению любых правонарушений; меры по восстановлению нарушенных прав и меры по привлечению виновных к установленной законом ответственности.

Субъектами проверки согласно ст. 5 Конституционного закона РТ об органах прокуратуры Республики Таджикистан<sup>8</sup> (далее – Закон РТ об органах прокуратуры) являются министерства, государственные комитеты и другие ведомства Таджикистана, местные органы государственной власти, органы местного самоуправления, органы военного управления, органы контроля, банки, предприятия, учреждения, общественные и религиозные объединения, политические партии и иные объединения, независимо от их подчиненности, принадлежности и форм собственности, их должностные лица.

Предметом проверки выступает точное соблюдение и единообразное исполнение законов на территории Республики, соблюдение прав и свобод человека и гражданина, законность решений, принимаемых органами, уполномоченными рассматривать дела об административных правонарушениях, законность проведения оперативно-розыскных мероприятий, применения научно-технических средств. Объектами проверки в Таджикистане признаются дела, материалы по экономическим спорам в экономическом суде, за исключением решений суда.

Основаниями проведения проверки в силу ст. 23 Закона считаются заявления и иные сообщения о нарушении законности, требующие непосредственного прокурорского реагирования. В Законе имеется прямое указание на возможность проведения проверки прокурором по своей инициативе, но только при необходимости. Случаи, когда возникает такая необходимость, не перечислены.

Срок проведения проверки Законом РТ не установлен, однако имеется отсылка к Закону РТ «Об обращениях граждан», которым установлен месячный срок проверки<sup>9</sup>.

Полномочия прокурора при проведении проверки существенно не отличаются от таковых в других странах ЕврАзЭС и раскрываются предметно в разных главах Закона РТ об органах прокуратуры. Прокурор вправе: входить по предъявлению удостоверения личности в помещения проверяемых субъектов, иметь доступ к любым документам и режимным объектам при наличии специального разрешения; требовать различные документы, материалы, статистические и иные сведения (в подлинниках или копиях), получать информацию о состоянии законности и мерах по ее обеспечению; требовать от руководителей, должностных лиц проведения проверок и ревизий деятельности подконтрольных и подведомственных предприятий, учреждений и организаций, а также при необходимости требовать назначения экспертизы; требовать выделения специалистов для выяснения возникших вопросов; требовать объяснений.

В Беларуси прокурорская проверка также признается одной из мер, осуществляемых прокурором, наравне с мерами по пресечению нарушений законодательства, от кого бы эти нарушения ни исходили, привлечению к ответственности лиц, их совершивших, восстановлению нарушенных прав и законных интересов граждан и организаций. В Законе Республики Беларусь «О прокуратуре Республики Беларусь»<sup>10</sup> (далее – Закон о прокуратуре РБ) имеется отдельная гл. 10, посвященная актам прокурорского надзора.

Субъектами проверки согласно ст. 4 Закона о прокуратуре РБ могут выступать республиканские органы государственного управления и иные государственные организации, подчиненные Совету министров Республики Беларусь, местные представительные, ис-

полнительные и распорядительные органы, общественные объединения, религиозные и другие организации, должностные лица и иные граждане, в том числе индивидуальные предприниматели.

Предмет проверки — точное и единообразное исполнение нормативных правовых актов на территории Республики Беларусь.

Проверки исполнения законодательства в силу ст. 27 Закона о прокуратуре РБ проводятся на основании сообщений и других данных о нарушениях законности, требующих непосредственного прокурорского реагирования.

Срок проверки Законом о прокуратуре РБ не установлен, имеется отсылка к Закону об обращениях граждан<sup>11</sup>, который закрепляет общий срок рассмотрения обращений — один месяц.

При осуществлении проверки исполнения законодательства прокурор по ст. 27 Закона о прокуратуре РБ в пределах своей компетенции имеет право: беспрепятственно по предъявлении служебного удостоверения входить в помещения и на другие объекты государственных органов, иных организаций и индивидуальных предпринимателей (вход прокурора на территорию и в помещения, доступ в которые ограничен законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь, и допуск его к сведениям, составляющим государственные секреты, осуществляются в соответствии с законодательством); требовать от руководителей и иных должностных лиц государственных органов, иных организаций, индивидуальных предпринимателей предоставления принятых этими лицами (органами) постановлений, приказов, решений, распоряжений, статистических и иных сведений и других необходимых материалов, выделения специалистов для дачи в установленном порядке заключений, проведения проверок, ревизий и экспертиз; требовать объяснений об обстоятельствах, связанных с нарушением законодательства; использовать на безвозмездной основе средства связи, информационные системы, банки данных и архивные документы государственных органов, иных организаций и граждан (есть ряд исключений). Прокурор не вправе вмешиваться в предпринимательскую и иную хозяйственную (экономическую) и организационно-распорядительную деятельность государственных органов и иных организаций, индивидуальных предпринимателей, в личную жизнь граждан, кроме случаев, определенных законодательными актами, когда это необходимо для защиты прав и законных интересов граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, и организаций, общественных и государственных интересов.

В Законе Кыргызской Республики «О прокуратуре Кыргызской Республики»<sup>12</sup> (далее — Закон о прокуратуре КР) прокурорская проверка не выделена, она входит в систему мер, осуществляемых прокурором, наравне с мерами по пресечению нарушений закона, от кого бы они ни исходили, восстановлению нарушенных прав и привлечению к установленной законом ответственности лиц, допустивших эти нарушения.

Субъектами, в отношении которых прокуратура Кыргызской Республики может провести проверку, являются Правительство Кыргызской Республики, министерства, государственные комитеты, административные ведомства, службы, местные государственные администрации и иные органы исполнительной власти, банковские учреждения, органы местного самоуправления, их должностные лица, органы управления и руководители юридических лиц, независимо от формы собственности, а также граждане.

Предмет проверки Законом о прокуратуре КР не определен, однако выводится из содержания ст. 33: это точное и единообразное исполнение законов и иных нормативных правовых актов, соблюдение прав и свобод человека и гражданина, законность административного и исполнительного производства.

Основания проведения проверки не описаны, в ст. 6 лишь указано, что в прокуратуре разрешаются обращения, содержащие сведения о нарушении законов и иных нормативных правовых актов.

Срок проверки также не установлен, но в ст. 6 Закона о прокуратуре КР имеется отсылка к другому законодательному акту — Закону Кыргызской Республики «О порядке рассмотрения обращений граждан»<sup>13</sup>, в ст. 8 которого закреплен общий срок рассмотрения обращений — 30 дней.

При проведении проверки прокурор обладает рядом полномочий, которые в Законе о прокуратуре КР также рассредоточены по нескольким статьям. Согласно ст. 22 Закона прокурор в процессе осуществления надзора за исполнением законов обладает правами «требования» и «доступа»: он вправе беспрепятственно входить на территорию поднадзорных субъектов; требовать проведения проверок, ревизий, выделения специалистов для проведения ведомственных и вневедомственных проверок; требовать от должностных лиц и граждан устных или письменных объяснений относительно нарушения закона. Как и в Казахстане, прокурор в Кыргызской Республике вправе в соответствии со ст. 28 Закона истребовать из суда любое дело или категорию дел, по которым решение, приговор, определение или постановление вступили в законную силу.

В Узбекистане прокурорская проверка названа одной из мер прокурора по восстановлению нарушенных прав и защите законных интересов граждан и юридических лиц (ст. 7 Закона Республики Узбекистан «О прокуратуре»<sup>14</sup>; далее — Закон РУ о прокуратуре).

Субъектами проверки прокурора в Узбекистане согласно ст. 4 и 20 Закона РУ о прокуратуре являются министерства, государственные комитеты, ведомства, органы самоуправления граждан, общественные объединения, предприятия, учреждения, организации, хокимы и другие должностные лица; Вооруженные силы, воинские формирования министерств, государственных комитетов и ведомств Республики Узбекистан, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, дознание, предварительное следствие.

Предметом проверки выступает соблюдение, исполнение законов субъектами прокурорского надзора, а также соответствие принимаемых ими актов Конституции и законам Республики Узбекистан.

В силу ст. 21 Закона РУ о прокуратуре основаниями проведения проверки признаются заявления и другие сообщения о нарушениях законов, требующие принятия прокурором мер. Проверка может осуществляться исходя из состояния законности.

Срок проверки не установлен, однако имеется отсылка к другому законодательному акту — Закону Республики Узбекистан «Об обращениях граждан»<sup>15</sup>, в ст. 18 которого закреплен общий срок рассмотрения обращений — до одного месяца.

Полномочия прокурора при проведении проверки перечислены в ст. 7: прокурор вправе в случае необходимости поручать соответствующим органам государственного управления, надзора и контроля, должностным лицам предприятий, учреждений и организаций проверку поступивших к нему предложений, заявлений, жалоб и требовать предоставления информации о результатах проверки в письменном виде вместе со всеми материалами проверки. Согласно ст. 6 прокурор вправе требовать предоставления документов, материалов и других сведений, проведения ревизий, проверок, выделения специалиста, явки в прокуратуру и дачи объяснений о выявленных нарушениях закона, об устранении нарушений закона, причин и условий, им способствующих, а также о соблюдении закона; требовать необходимые для осуществления органами прокуратуры своих функций информацию, документы и их копии (они предоставляются по требованию прокурора безвозмездно). По ст. 22 прокурор в процессе осуществления надзора за исполнением законов в пределах своей компетенции вправе: беспрепятственно входить на территорию и в помещения министерств, государственных комитетов, ведомств, предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, иметь доступ к документам и материалам, проводить проверки, требовать для проверки решения, распоряжения, приказы и иные документы, сведения о состоянии законности и мерах по ее обеспечению; требовать от руководителей и других должностных лиц государственных органов,

воинских частей, воинских формирований министерств, государственных комитетов и ведомств проведения проверок, ревизий деятельности подведомственных предприятий, учреждений, организаций, выделения специалистов для проведения ведомственных и вневедомственных проверок; требовать от должностных лиц и граждан устных или письменных объяснений относительно нарушения закона.

Подведем итоги сравнительного анализа проведения прокурорской проверки в странах ЕврАзЭС. Во-первых, понятие «прокурорская проверка» в законах стран ЕврАзЭС отсутствует. Во-вторых, данная проверка «теряется» среди иных проверочных действий прокурора, таких как истребование актов, получение объяснений по поводу нарушений закона и др. В-третьих, в странах ЕврАзЭС нет четкой трактовки проверки, она обычно называется мерой прокурора. В Таджикистане, например, в одном законе проверка именуется и мерой, и правовым средством, т. е. наблюдается разнотерминология.

В странах ЕврАзЭС предусмотрены различные субъекты проверки. Так, в Беларуси, Киргизии осуществляется надзор в отношении граждан, в Киргизии и Таджикистане особо выделены банки и банковские учреждения как субъекты проверки, кроме того, в Киргизии прокуратуре поднадзорно Правительство Республики.

Срок проверки установлен только в Казахстане (один месяц). В других странах даются отсылки к иным актам, закрепляющим сроки, чаще всего это законы об обращениях граждан и юридических лиц. Общий срок проверки составляет 30 дней, лишь в Узбекистане проверка проводится в срок до одного месяца. Представляется необходимым регламентировать срок проверки в законах о прокуратуре каждой из стран ЕврАзЭС, поскольку это послужит реализации принципа правовой определенности.

Оценки требует и такая составляющая прокурорской проверки, как ее предмет. Полагаем неверным отождествлять предмет надзора и предмет проверки, предмет проверки и объект проверки, хотя эти понятия соотносимы. Определение предмета проверки на законодательном уровне необходимо, поскольку чрезмерно широкий предмет проверки может привести к тому, что прокуратура превратится в контролирующий орган. Предметом проверки должно быть только установление соответствия действий проверяемого субъекта закону.

Полномочия прокурора при проведении проверки регламентированы в разных статьях и даже разделах законов государств ЕврАзЭС о прокуратуре, иногда дублируются. Все права прокурора при проведении проверки можно образно поименовать правами «требования» и правами «доступа». В каждой из стран ЕврАзЭС имеются свои особенности реализации прав прокурором: так, в Казахстане и Кыргызской Республике прокурор вправе истребовать дела из суда. Думается, наличие данного права связано с социальными и политическими условиями стран, их правовой культурой и на современном этапе развития государств необходимо.

Важнейшим остается вопрос об основаниях проведения прокурорской проверки. В странах ЕврАзЭС основанием признаются сигналы — обращения и сообщения. Различия состоят в содержании данных сигналов: они должны включать сведения о нарушении закона (в Узбекистане, Кыргызской Республике, России), иного нормативного правового акта (в Кыргызской Республике), законности (в Беларуси, Таджикистане), законодательства (в Казахстане). Кроме того, в Казахстане выделено такое основание прокурорской проверки, как непосредственное выявление нарушения законодательства, а в Узбекистане проверка может быть проведена исходя из состояния законности. В России, Таджикистане, Беларуси, Узбекистане основанием проверки будет необходимость принятия прокурором мер реагирования. Следует внимательно отнестись к определению оснований проверки, поскольку, например, установление такого основания проверки, как нарушение законодательства, может привести к необоснованному вмешательству прокуратуры в деятельность субъектов проверки, к подмене прокуратурой контролирующих органов.

В заключение хочется отметить, что прокурорская проверка всегда связана с осуществлением комплекса действий, направленных на установление обстоятельств нарушений закона, выявление и привлечение к ответственности виновных лиц, и изначально не может рассматриваться наравне с проверочными действиями прокурора. Проверка стоит особняком среди иных средств прокурора, выступает основным и наиболее сложным из них, вследствие чего требуется законодательно унифицировать понятие «прокурорская проверка», что, несомненно, окажет положительное влияние на развитие правового института проверок в прокурорском надзоре.

<sup>1</sup> О прокуратуре Российской Федерации: Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 (ред. от 7 февраля 2011 г.) // СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472; Рос. газ. 1995. 25 нояб.

<sup>2</sup> *Ергашев Е. Р.* Прокурорский надзор в Российской Федерации: учеб. М., 2011. С. 136.

<sup>3</sup> *Винокуров Ю. Е.* Прокурорский надзор: курс лекций и практикум. М., 2003. С. 162.

<sup>4</sup> О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: Федеральный закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ (с изм. от 29 июня 2010 г., от 27 июля 2010 г.) // Парламентская газ. 2006. 11 мая; Рос. газ. 2006. 5 мая; СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

<sup>5</sup> О введении в действие Инструкции о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации: приказ Генерального прокурора РФ от 17 декабря 2007 г. № 200 (в ред. приказов Генпрокуратуры РФ от 5 сентября 2008 г. № 178, от 17 марта 2010 г. № 113, от 31 мая 2011 г. № 154) // Законность. 2008. № 4.

<sup>6</sup> Закон Республики Казахстан о прокуратуре // Генеральная прокуратура Республики Казахстан: URL: [http://www.prokuror.kz/rus/vm/normativno\\_pravovye\\_aktu\\_gprk/zakon\\_o\\_prokurature](http://www.prokuror.kz/rus/vm/normativno_pravovye_aktu_gprk/zakon_o_prokurature).

<sup>7</sup> Закон Республики Казахстан о порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц // Правительство Республики Казахстан: URL: [http://ru.government.kz/docs/z070000221\\_20110721.htm](http://ru.government.kz/docs/z070000221_20110721.htm).

<sup>8</sup> Конституционный закон Республики Таджикистан «Об органах прокуратуры Республики Таджикистан» // Национальный центр законодательства при Президенте РТ: URL: <http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/constitutional-laws>.

<sup>9</sup> Закон Республики Таджикистан «Об обращениях граждан» // Национальный центр законодательства при Президенте РТ: URL: <http://www.mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/1996>.

<sup>10</sup> Закон Республики Беларусь «О прокуратуре Республики Беларусь» // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь: URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3961&p0=H10700220>.

<sup>11</sup> Закон Республики Беларусь «Об обращениях граждан и юридических лиц» // Официальный интернет-портал Президента Республики Беларусь: URL: <http://president.gov.by/press11545.html>.

<sup>12</sup> Закон Кыргызской Республики «О прокуратуре Кыргызской Республики» // Генеральная прокуратура Кыргызской Республики: URL: <http://www.prokuror.kg/?main/section/53>.

<sup>13</sup> Закон Кыргызской Республики «О порядке рассмотрения обращений граждан» // Генеральное консульство КР в России (Екатеринбург): URL: [http://www.gencon.kyrgyz.ru/kons\\_quest/pravovaya\\_baza/zakon\\_kvrgvzskoy\\_respubliki\\_o\\_poryadke\\_rassmotreniya\\_obrasheniy\\_grazhdan](http://www.gencon.kyrgyz.ru/kons_quest/pravovaya_baza/zakon_kvrgvzskoy_respubliki_o_poryadke_rassmotreniya_obrasheniy_grazhdan).

<sup>14</sup> Закон Республики Узбекистан «О прокуратуре» // Генеральная прокуратура Республики Узбекистан: URL: [http://genprok.gov.uz/static/?id=zakon\\_o\\_prokurature](http://genprok.gov.uz/static/?id=zakon_o_prokurature).

<sup>15</sup> Закон Республики Узбекистан «Об обращениях граждан» // Министерство народного образования Республики Узбекистан: URL: <http://uzedu.uz/rus/info/officially/rulaws/law1064>.

Е. В. Кузнецова \*

## ВЫЯВЛЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫХ ПРОБЕЛОВ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РФ

*Статья посвящена актуальной теме – нахождению законодательных пробелов и их устранению Конституционным Судом РФ посредством выявления истинного конституционно-правового смысла нормы, использования приемов аналогии, установления правового регулирования до принятия нормативного акта и иными способами. Рассматриваются особенности реализации этих способов Конституционным Судом РФ, обусловленные общеобязательностью его постановлений.*

*Ключевые слова: Конституционный Суд РФ, законодательный пробел, устранение пробела*

*Article is devoted to the actual subject – revealing of legislative gaps and its removing by the Constitutional Court of the RF by means of identification of true meaning of the constitutional and legal norms, use of similar techniques, establishment of legal regulation before adoption of a normative act and other means. The implementation of these methods by the Constitutional Court of the RF due to the general validity of its decisions is considered.*

*Key words: the Constitutional Court of the RF, the legislative gap, eliminating space*

Более 20 лет назад Россия вступила на путь коренных преобразований. Процесс перехода от одной правовой, политической, социально-экономической системы к другой до сих пор нельзя назвать завершенным. Реформирование существовавших социально-политических институтов повлекло рост потребности в своевременном, эффективном правовом регулировании, что приводит, с одной стороны, к возрастанию объема законодательства, а с другой – к появлению все большего числа противоречий в формирующейся системе законов, что вызывает возникновение законодательных пробелов. В такой ситуации тема выявления пробелов в правовом регулировании и способов их устранения становится все более актуальной.

Говорить о наличии пробела в праве можно при наличии следующих условий:

неурегулированные общественные отношения находятся в сфере правового регулирования;

отношения объективно нуждаются в правовом опосредовании;

в законодательстве отсутствует норма, регулирующая данные отношения и подлежащая применению в деле, либо структура нормы неполная, что не позволяет применить ее в конкретном деле<sup>1</sup>.

Определение сущностных черт пробела в праве, а также отграничение этого явления от смежных с ним необходимо для своевременного выявления пробела и последующего его устранения.

Приоритетный способ устранения пробелов – их ликвидация в ходе законотворческого процесса. Если пробел был установлен в ходе осуществления правоприменительной деятельности (что чаще всего и происходит), суд обязан разрешить дело, используя аналогию права или аналогию закона (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, ст. 6 ГК РФ, ч. 6 ст. 13 АПК РФ, ст. 5 Семейного кодекса РФ). Следует помнить, что в уголовном праве использование аналогии не допускается.

\* Кузнецова Евгения Викторовна – аспирант Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: thesaurus999@mail.ru.

Приему аналогии присущи некоторые признаки правотворческой деятельности (например, в ходе использования аналогии закона правоприменитель заимствует элемент структуры существующей нормы и «прилагает» его к неурегулированным общественным отношениям, таким образом фактически создается новая «норма права»), однако ни аналогия права, ни аналогия закона не выступают способами устранения пробелов<sup>2</sup>. Правила, создаваемые судами в ходе использования аналогии, признаются «одноразовыми» и не распространяются на иные аналогичные дела.

При рассмотрении конкретных дел Конституционный Суд РФ (далее также – Суд) неизбежно сталкивается с пробелами в правовом регулировании. Исходя из целей конституционного судопроизводства, Суд не может воздержаться от оценки выявленного им пробела, а также от установления временного правового регулирования, снимающего названную пробельность. Конституционный Суд РФ обладает правом рассматривать конкретные нормы права на предмет их соответствия Конституции РФ, причем рассматривает оспариваемые нормы не в отрыве от существующего правового регулирования, а в единстве с ним. Следовательно, в случае выявления пробела Суд обязан принять во внимание его наличие и рассматривать оспариваемые нормы в единстве с таким пробелом. В некоторых случаях это может привести к признанию не соответствующим Конституции самого пробела.

В результате анализа практики Конституционного Суда РФ мной было выявлено несколько способов устранения пробелов Судом.

#### **1. Устранение пробела посредством выявления истинного конституционно-правового смысла нормы**

Данный способ позволяет воздержаться от констатации наличия пробела и устранить его в ходе толкования правовых предписаний в соответствии с их конституционно-правовым смыслом.

Так, согласно п. 3 ст. 27 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», ставшему предметом рассмотрения Конституционным Судом, лицам, проработавшим на видах работ, дающих право на назначение пенсии досрочно, менее половины требуемого срока, а также принятым для выполнения этих работ после 1 января 2003 г., устанавливаются профессиональные пенсии, регулируемые соответствующим федеральным законом. Однако такой закон отсутствовал на момент рассмотрения Судом данного дела и, кстати, отсутствует до сих пор. Пункт 3 ст. 27 ФЗ «О трудовых пенсиях в РФ» устанавливает четкие условия назначения трудовой пенсии досрочно. Как указал Суд, введение нового условия – выработка установленного стажа до 1 января 2003 г. – само по себе не противоречит Конституции РФ. Однако отсутствие специального закона, по сути, является основанием для отказа в досрочном предоставлении пенсии и выступает произвольным ограничением конституционного права (п. 3.2 определения Конституционного Суда РФ от 3 октября 2006 г. № 471).

Значит, рассматриваемые положения Закона не противоречат Конституции, наличие же пробела в правовом регулировании влечет нарушение конституционных прав граждан. Учитывая обнаруженный пробел, Суд выявил конституционно-правовой смысл нормы, по которому «соответствующие периоды работы должны засчитываться в стаж профессиональной деятельности независимо от того, в какой период – до или после 1 января 2003 года – выполнялась работа с особыми условиями труда» (п. 4 определения № 471). Таким образом, Суд установил правовое регулирование до принятия соответствующего федерального закона. По сути, Суд создал норму, отличную от нормы п. 3 ст. 27, предусматривающую иные условия досрочного назначения трудовой пенсии, и тем самым устранил пробел. Однако в определении, вынесенном Судом, такое правовое регулирование характеризуется как выявленный конституционно-правовой смысл п. 3 ст. 27 ФЗ «О трудовых пенсиях».

Таким образом, выявление Судом конституционно-правового смысла нормы позволяет преодолеть существующий пробел в законодательстве.

## 2. Устранение пробела посредством использования приемов аналогии

Применение аналогии права и аналогии закона традиционно для правоприменительных органов, однако при реализации Конституционным Судом данный способ имеет специфику.

В постановлении от 10 апреля 2003 г. № 5-П Конституционный Суд констатирует наличие пробела в Федеральном законе «Об акционерных обществах»: в Законе не закреплен круг лиц, которые могут обращаться в суд с иском о признании сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, недействительной (п. 4 постановления). В связи с этим Суд приходит к выводу о том, что «пункт 1 статьи 84 [рассматриваемого] Федерального закона необходимо истолковывать во взаимосвязи с пунктом 2 статьи 166 ГК Российской Федерации и с учетом основных начал гражданского законодательства». Таким образом, при отсутствии правового регулирования конкретного вопроса Суд обращается к нормам, регулирующим сходные правоотношения (п. 2 ст. 166 ГК РФ), а также к общим началам и смыслу гражданского законодательства. Следовательно, Суд применяет аналогию закона и аналогию права.

Как известно, прием аналогии служит средством преодоления, а не устранения пробела, «другому правоприменительному органу придется вновь преодолевать данный пробел при обнаружении»<sup>3</sup>. Однако с учетом общеобязательного характера решений Конституционного Суда, а также их сферы действия во времени, в пространстве и по кругу лиц можно сделать вывод о том, что аналогия, примененная Судом, способствует формированию новой нормы права, обязательной для всех граждан, органов власти, организаций. Ведь суды общей юрисдикции, вновь столкнувшись с пробелом, будут обязаны применять те нормы, которые применил по аналогии Конституционный Суд, а не какие-либо иные. Следовательно, можно говорить об устранении пробела Конституционным Судом посредством применения аналогии.

## 3. Устранение пробела посредством установления правового регулирования до принятия нормативного акта законодателем

Создавая правовые нормы в случае отсутствия регулирования вопроса в нормативном акте, Конституционный Суд выступает квазиправотворцем и, можно сказать, выходит за пределы своей компетенции. Однако такая реакция Суда на выявленный пробел обусловлена необходимостью защиты нарушенных прав и свобод человека. При установлении правового регулирования Суд также исходит из конституционно-правового смысла рассматриваемых норм и вырабатывает новые нормы в соответствии с Конституцией РФ и действующими нормативными правовыми актами.

Так, в определении от 9 апреля 2002 г. № 68-О Суд выявил пробел в правовом регулировании порядка предоставления льгот лицам, награжденным знаком «Почетный донор России». Статья 11 Закона РФ «О донорстве крови и ее компонентов» предусматривает предоставление таким лицам льгот по оплате жилищно-коммунальных услуг, однако не устанавливает, за счет средств какого бюджета данные льготы обеспечиваются. Суд определил, что «предоставление льгот впредь до надлежащего урегулирования должно производиться за счет средств федерального бюджета» (п. 4). Аналогичное решение Суда отражено в постановлении от 10 июля 2007 г. № 9-П.

## 4. Устранение пробела посредством указания на необходимость прямого применения Конституции

Предписания Конституционного Суда применять непосредственно Конституцию в случае отсутствия правового регулирования были расценены как способ устранения пробелов В. Д. Зорькиным<sup>4</sup>.



Примером подобного рода предписаний может служить постановление от 27 июня 2000 г. № 11-П. Однако прямое действие Конституции на всей территории Российской Федерации вытекает из ч. 1 ст. 15 Конституции. Следовательно, суды и иные правоприменительные органы вправе и обязаны применять непосредственно положения Конституции в случае, если по тому или иному вопросу отсутствуют конкретные нормы закона. Конституционный Суд, указывая на необходимость применения Конституции, лишь подтверждает само конституционное положение. Тем не менее стоит отметить, что практика непосредственного применения судами Конституции в России не распространена, в связи с чем предписания Суда вполне уместны.

### **5. Устранение пробелов посредством установления порядка реализации правовых норм**

Предметом рассмотрения в деле по жалобе гражданина Б. А. Кехмана стал п. 2 ст. 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации». «Оспариваемое положение исключает наличие законных оснований для удовлетворения ходатайства гражданина об ознакомлении с касающимися его материалами проверок» (п. 5 постановления от 18 февраля 2000 г. № 3), так как признает возможность предоставления соответствующих сведений «в случаях и порядке, предусмотренных федеральным законодательством», в отношении же надзорных проверок такие случаи и порядок законом не установлены. Суд пришел к выводу, что «до принятия федерального закона „О прокуратуре Российской Федерации“ не может служить основанием для отказа в предоставлении гражданину возможности ознакомиться с непосредственно затрагивающими его права и свободы материалами прокурорских проверок» (п. 6 постановления).

Суд, таким образом, закрепил порядок применения оспариваемой нормы: только в совокупности с иными нормами федеральных законов, которые регламентируют основания ограничения прав граждан получать информацию. Лишь при соблюдении данного порядка может быть обеспечено соответствие нормы Конституции.

Завершающим этапом рассмотрения деятельности Конституционного Суда РФ по устранению пробелов является определение юридической природы предписаний Конституционного Суда. Ключевой вопрос здесь – обладают ли решения Суда свойством нормативности.

О нормативности решений Конституционного Суда свидетельствуют следующие их свойства:

- 1) решения общеобязательны, окончательны, «непреодолимы», непосредственно действуют, подлежат опубликованию в официальных изданиях (ст. 6, 78, 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»);
- 2) рассчитаны на неоднократное применение: действуют постоянно и подлежат обязательному учету неограниченным числом лиц каждый раз, когда встает вопрос о применении акта, признанного неконституционным<sup>5</sup>;
- 3) влекут обязанность государственных органов и должностных лиц привести законы и иные нормативные акты в соответствие с Конституцией РФ (ст. 80 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»);
- 4) имеют ту же сферу действия во времени, в пространстве и по кругу лиц, что и акты нормотворческого органа<sup>6</sup>;
- 5) правила, содержащиеся в решениях Суда, являются правилами общего характера, они относятся к определенному виду действий, общественных отношений, лиц. Решения распространяются не на конкретный случай, а на группу общественных отношений<sup>7</sup>;
- 6) признание не соответствующим Конституции нормативного акта, договора или отдельных их положений считается основанием для отмены в установленном порядке норм, основанных на признанных неконституционными либо воспроизводящих их нормах (ст. 87 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»);

7) в случае неисполнения решений Суда предусмотрены юридически значимые последствия<sup>8</sup>.

Все перечисленные свойства решений Конституционного Суда РФ в полной мере относятся к постановлениям Суда. Вопрос о нормативности определений с позитивным содержанием остается спорным. Не все авторы признают обязательность и нормативность решений данного вида. Однако исходя из природы содержащихся в таких определениях предписаний и из потребностей практики можно утверждать, что свойство нормативности присуще и некоторым определениям Конституционного Суда. Говоря о содержании решений Конституционного Суда, следует отметить, что общеобязательны предписания, содержащиеся в резолютивной части решения, а также правовые позиции Суда<sup>9</sup>.

На основании изложенных суждений о юридической природе предписаний Конституционного Суда и определения понятия «правовая позиция» Суда сделаю выводы относительно природы предписаний Конституционного Суда РФ по устранению пробелов в законодательстве.

Если Суд, рассматривая конкретное дело, выявляет истинный конституционно-правовой смысл оспариваемой нормы и таким образом восполняет пробел в правовом регулировании, этот смысл нормы будет обязательным для всех органов государственной власти и должностных лиц.

Обращаясь к приему аналогии, Конституционный Суд, по сути, формулирует новую норму. В резолютивной части постановления или определения Суд указывает на необходимость применения аналогии в делах подобного рода. Значит, рассматривая подобные дела впоследствии, правоприменители обязаны обращаться к тем нормам, на которые указал Конституционный Суд.

При определении правового регулирования до устранения пробела законодательными органами Суд выполняет правотворческую функцию. Закрепляя новые нормы в резолютивной части своих решений, Суд обязывает органы власти, должностных лиц, организации и граждан применять именно эти нормы. Рекомендации Суда по установлению правового регулирования обязательной силой не обладают, так как не являются частью правовой позиции Суда. Законодатель может, но не обязан учитывать такие рекомендации в процессе правотворчества.

Если Суд регламентирует определенный порядок применения оспариваемой нормы с тем, чтобы восполнить пробел, необходимо фиксировать такой порядок в резолютивной части решения. По форме названные предписания напоминают итоговый вывод Суда, однако выраженные лишь в мотивировочной части они не имеют обязательной силы, поскольку не считаются частью правовой позиции Суда.

Решения Конституционного Суда РФ отличаются высоким уровнем юридической техники. Однако нормы, создаваемые Судом, ввиду казуального характера сложны для восприятия правоприменителями и гражданами как по форме, так и по содержанию; неясность и нечеткость приводят к неисполнению или ненадлежащему исполнению решений. К таким неясностям, в частности, относятся закрепление позитивных предписаний в решениях Суда, для этого не предназначенных (в определениях), фиксация итоговых выводов Суда только в мотивировочной части решения.

Таким образом, решения Конституционного Суда РФ – эффективный способ устранения пробелов в праве. Однако данный способ является экстраординарным, вторичным по отношению к традиционному способу восполнения пробелов законодательными органами. Одной из проблем здесь выступает проблема исполнения решений Конституционного Суда. Нередко именно по причине бездействия законодательных и исполнительных органов нормы, создаваемые Конституционным Судом, действуют годами и не находят отражения в законодательных актах.

<sup>8</sup> Сырых В. М. Теория государства и права: учеб. для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 362; Хропанюк В. Н. Теория государства и права: учеб. пособие для высших учебных заведений / под

ред. В. Г. Стрекозова. М., 2001. С. 267; Теория государства и права. Элементарный курс: учеб. пособие / А. В. Малько, В. В. Нырков, К. В. Шундигов. М., 2007. С. 124; *Кожевников С. Н., Потапов В. А.* Реализация правовых норм: учеб. пособие. Н. Новгород, 1996. С. 39.

<sup>2</sup> *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 2009. С. 246; *Лазарев В. В.* Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 172; *Кутафин О. Е.* Предмет конституционного права. М., 2001. С. 146.

<sup>3</sup> *Капустина М. А.* Преодоление коллизий и пробелов в действующем праве в контексте конституционной и правовой реформы в России // Конституция и правовая реформа в России: межвуз. сб. ст. / под ред. В. Я. Музюкина, В. В. Сорокина. Барнаул, 2004. С. 140.

<sup>4</sup> *Зорькин В. Д.* Современный мир, право и Конституция. М., 2010. С. 180.

<sup>5</sup> *Бондарь Н. С.* Акты конституционного правосудия как особый юридический феномен // Материалы науч.-практ. семинара (29–30 сентября 2006 г.) / под общ. ред. Л. С. Сергеевнына. СПб., 2007. С. 54.

<sup>6</sup> Пункт 4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П по делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

<sup>7</sup> *Бастен И. С.* Решения Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации как источники конституционного права России: дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2003. С. 119.

<sup>8</sup> *Хахинова А. Н.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в правовой системе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 92.

<sup>9</sup> *Захаров В. В.* Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2004. С. 99.

К. М. Беликова\*

## ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ ОБЪЕДИНЕННЫХ АРАБСКИХ ЭМИРАТОВ В СВЕТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ СТРАНЫ

*Рассматриваются некоторые аспекты построения судебной системы (судоустройства) Объединенных Арабских Эмиратов с учетом модернизации государства и положений Конституции.*

*Ключевые слова: Объединенные Арабские Эмираты, Конституция ОАЭ, судоустройство, судебная система, Федеральный верховный суд*

*The article deals with some aspects of the creation of the judicial system of the United Arab Emirates from the point of view of modernization of the state and provisions of the UAE Constitution.*

*Key words: United Arab Emirates, Constitution of the United Arab Emirates, judicial system, Federal Supreme court*

Объединенные Арабские Эмираты (ОАЭ) занимают территорию в 83,6 тыс. кв. км, население составляет около 4,5 млн человек. Страна находится в северо-восточной части Аравийского полуострова на берегу Персидского залива, в юго-западной части Азии. На юге ОАЭ граничат с Саудовской Аравией, на востоке — с Оманом, небольшую часть морского побережья занимает анклав Омана. На севере омываются водами Персидского залива (протяженность береговой линии ОАЭ — свыше 700 км), а северо-восточное побережье страны, протяженностью около 90 км, омывается водами Оманского залива Индийского океана.

Правовая система ОАЭ носит смешанный характер. В соответствии с Конституцией шариат является основным источником законодательства. Одновременно в центре системы законодательных актов стоит Конституция ОАЭ 1971 г. Закрепление положений ислама в Конституции Эмиратов означает, что ислам остается одной из политико-идеологических основ государства. При этом религиозные нормы и принципы остаются «за кадром» Конституции, ибо, приобретая конституционное значение, они не изменяют своей традиционной формы. Складывается как бы второй слой конституционных норм, существующих скорее в общественном сознании, нежели непосредственно в сфере конституционного права. Речь идет о своеобразной «обратной связи» государства с общественным сознанием, в результате которой современные по форме институты политической системы получают религиозную окраску. Для Конституции ОАЭ характерно закрепление как современных (буржуазно-демократических), так и традиционно-мусульманских принципов.

С начала 1970-х гг. в рамках общего курса на модернизацию в ОАЭ проводится работа по созданию современной правовой системы, в итоге на федеральном и местном уровнях были кодифицированы целые отрасли права (так, Эмират Абу-Даби уже в 1970 г. принял собственные УК, УПК и ГПК). Нормы шариата применяются напрямую лишь при наличии пробелов в законодательстве или в иных случаях, предусмотренных законом. Наряду с шариатом и законодательством определенное значение в качестве источника права сохраняет обычай. Так, Закон о Верховном суде устанавливает, что Суд в сво-

\* Беликова Ксения Михайловна — доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Российского университета дружбы народов (Москва). E-mail: BelikovaKsenia@yandex.ru.

ей деятельности руководствуется, помимо шариата и законов, обычаями, принципами естественного права и права по аналогии, если это не противоречит шариату. Наконец, источником права выступают решения Федерального верховного суда, особенно вынесенные в порядке конституционного контроля и толкования Конституции<sup>1</sup>.

В традиционной системе управления правители княжеств в городах и шейхи на местах считались высшей судебной инстанцией при рассмотрении всех гражданских споров и уголовных дел. Существовали шариатские суды, в компетенцию которых входило в основном решение гражданских дел, связанных с заключением брака, разводами и наследованием имущества, а также так называемые профессиональные суды для рассмотрения ремесленных конфликтов, например между ловцами жемчуга и владельцами лодок<sup>2</sup>.

В настоящее время в ОАЭ действуют Федеральный верховный суд и федеральные суды первой инстанции (ст. 45, 95 Конституции). Справедливость провозглашается основной правления. Закрепляется положение, согласно которому при выполнении обязанностей по отправлению правосудия судьи независимы и подчиняются только закону и собственному внутреннему убеждению (ст. 94 Конституции).

*Федеральный верховный суд* состоит из Председателя и судей (в совокупности не более пяти), назначаемых указом президента Федерации с одобрения Высшего совета Федерации. Закон регламентирует число коллегий Федерального верховного суда, их иерархию, порядок работы и процедуры, условия работы и выхода на пенсию, а также предварительные условия и квалификационные требования, предъявляемые к лицам, претендующим на занятие должности судьи (ст. 96). Председатель и судьи Федерального верховного суда не могут быть отстранены от занимаемых должностей в период отправления ими правосудия (ст. 97).

По сути, Федеральный верховный суд совмещает функции, выполняемые в европейских государствах конституционным и верховным судами:

разрешает различные разногласия, возникающие между эмиратами Федерации либо между любым из эмиратов и федеральным Правительством; проверяет федеральные законы на соответствие Конституции в случае оспаривания их положений одним или несколькими эмиратами по мотивам нарушения ими положений федеральной Конституции;

проверяет на соответствие Конституции законодательство, обнародуемое любым из эмиратов, в случае оспаривания его положений одним из органов государственной власти Федерации по мотивам нарушения им положений федеральной Конституции или федеральных законов;

проверяет на соответствие Конституции законы, законодательство, постановления и распоряжения, если такое ходатайство направляется в Федеральный верховный суд любым судом страны в ходе разрешения дела, рассматриваемого этим судом. Суд, направляющий такое ходатайство, обязан принять решение, вынесенное Федеральным верховным судом, к исполнению;

осуществляет толкование положений Конституции по ходатайству любого из федеральных органов власти или правительства любого из эмиратов. Даваемое Федеральным верховным судом толкование носит обязательный характер для всех;

рассматривает и разрешает дела, возбужденные в отношении министров и высших должностных лиц Федерации, назначаемых на свои посты указами, в связи с осуществляемой ими в процессе выполнения соответствующих обязанностей деятельностью;

рассматривает и разрешает дела о совершении преступлений, прямо затрагивающих интересы Федерации, таких как преступления против внутренней и внешней безопасности государства, фальсификация официальных регистрационных и иных записей или печатей органов власти и подделка денег;

рассматривает и разрешает конфликты юрисдикции между органами судебной власти Федерации и местными судебными органами эмиратов, а также конфликты юрисдикции между органами судебной власти в одном эмирате и органами судебной власти в другом эмирате и др. (ст. 99).

В Федерации также создается один или несколько *федеральных судов первой инстанции*, располагающихся в постоянной столице Федерации или в некоторых столицах эмиратов, для отправления правосудия в пределах своих полномочий по следующим вопросам:

1) гражданские, торговые и административные споры между Федерацией и гражданами, в которых истцом или ответчиком выступает Федерация;

2) преступления, совершенные в границах постоянной федеральной столицы, кроме случаев, отнесенных к компетенции Федерального верховного суда;

3) споры, касающиеся вопросов личного статуса; гражданские и торговые споры и иные споры между гражданами, которые возникают на территории постоянной федеральной столицы (ст. 102).

*Местные органы судебной власти* в каждом из эмиратов рассматривают и разрешают все вопросы, не отнесенные к компетенции федеральных судов (ст. 104).

Представляется, что подходы, выработанные в праве Объединенных Арабских Эмиратов относительно судоустройства, требуют более глубокого и всестороннего исследования отечественной правовой наукой.

---

<sup>1</sup> Объединенные Арабские Эмираты // Правовые системы стран мира: энцикл. справ. / отв. ред. А. Я. Сухарев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2003. Подробнее об источниках права в странах арабского Востока см., например: Источники гражданского права развивающихся стран Азии и арабского Востока // Гражданское и семейное право развивающихся стран: учеб. пособие / под ред. В. К. Пучинского, В. В. Безбаха. М., 1989; Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право в правовых системах стран арабского Востока // Государство и право в развивающихся странах: сб. ст. М., 1976. С. 41–64; Его же. Мусульманское право и семейное законодательство стран арабского Востока // Мусульманское право. Структура и основные институты. М., 1984. С. 120–145; Его же. Мусульманское право и регулирование права собственности в законодательстве стран арабского Востока // Правовое регулирование экономики: сб. ст. М., 1979. С. 96–117 и др.

<sup>2</sup> Гранде В. А. Правящие элиты ОАЭ и Катара: пути развития // Политическая элита Ближнего Востока: сб. ст. М., 2000. С. 39.

И. И. Ситникова\*

## СУДЕБНАЯ СИСТЕМА ФИНЛЯНДИИ

*Статья посвящена исследованию судебной системы Финляндии. Проанализированы нормативные акты, регулирующие деятельность судов Финляндии. Изучены структура судебной системы и компетенция судов. Выявлены основополагающие принципы функционирования судебной системы. Рассмотрен порядок назначения на должность судей, а также требования, предъявляемые к кандидату на должность судьи.*

*Ключевые слова: судебная система Финляндии, судья, назначение судей, суды общей юрисдикции, административные суды, суды со специальной юрисдикцией*

*The paper is devoted to the study of the judicial system of Finland. Analyzed the regulations governing the courts of Finland. The structure of the judicial system and the competence of the courts are studied. Revealed the fundamental principles of the functioning of the judicial system. Considered the appointment of judges, as well as the requirements for a candidate for judge.*

*Key words: Finland's judicial system, the judge, the appointment of judges, courts of general jurisdiction, administrative courts, courts with special jurisdiction*

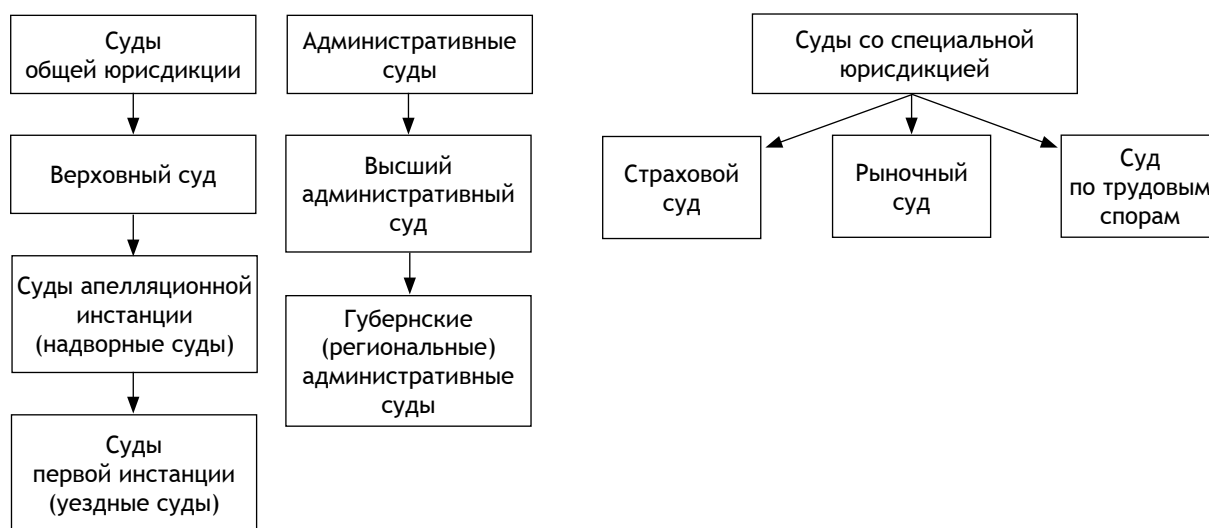
Основными нормативными актами, регулирующими деятельность судов Финляндии, являются Конституция Финляндии 1999 г.<sup>1</sup>, Судебно-процессуальный кодекс Финляндии 1734 г.<sup>2</sup> и законы «О Верховном суде Финляндии» 1918 г.<sup>3</sup>, «О суде импичмента и министре, ответственном за рассмотрение дел» 2000 г.<sup>4</sup>, «О Высшем административном суде Финляндии» 2006 г.<sup>5</sup>, «Об административном судопроизводстве» 1996 г.<sup>6</sup>, «О назначении судей» 2000 г.<sup>7</sup>, «Об апелляционном суде» 1994 г.<sup>8</sup>, «О гласности судопроизводства» 1984 г.<sup>9</sup>, «О гласности судопроизводства в судах общей юрисдикции» 2007 г.<sup>10</sup>, «О гласности судебного разбирательства в административных судах» 2007 г.<sup>11</sup>, «О компенсации за чрезмерную продолжительность судебного разбирательства» 2009 г.<sup>12</sup>, «О доставке некоторых документов в суды» 1965 г.<sup>13</sup>

В соответствии с § 98 Конституции Финляндии судебную систему Финляндии составляют суды общей юрисдикции и административные суды. Кроме того, в стране существует несколько судов со специальной юрисдикцией: суд по трудовым спорам, страховой суд, рыночный суд и созывавшийся всего несколько раз за всю историю своего существования суд по делам государственной важности – Верховный суд импичмента.

Ранее действовавшие суды по земельным спорам, по спорам, вытекающим из отношений аренды и найма, по водным делам и т. п., были расформированы в ходе судебной реформы начала 2000 г., а подведомственные им дела рассматриваются теперь либо судами общей юрисдикции, либо административными судами<sup>14</sup>.

В Финляндии нет конституционного суда. Вопросы о соответствии Конституции иных законодательных актов решает Парламент. Суды и другие органы государственной власти обязаны толковать законодательство таким образом, чтобы соблюдать Конституцию и уважать права человека<sup>15</sup>.

\* Ситникова Инна Ивановна – соискатель кафедры международного и европейского права Воронежского государственного университета (Воронеж). Email: birukovnp@yandex.ru.



Судебная система Финляндии

Принципы функционирования судебной системы Финляндии закреплены в Конституции Финляндии, а также в ряде законов, регулирующих судопроизводство.

Конституция Финляндии (§ 21) гарантирует каждому право на рассмотрение его дела надлежащим образом и без необоснованных задержек в суде или ином органе государственной власти. Законом «О компенсации за чрезмерную продолжительность судебного разбирательства» для участников судебного разбирательства предусмотрена компенсация за счет государственных средств в случае затягивания судебного процесса.

Принцип гласности, право быть услышанным, право на получение решения, касающегося его прав и обязанностей, право на пересмотр дела судом или другим уполномоченным государственным органом, другие принципы и гарантии справедливого судопроизводства закреплены в законах. Например, принцип гласности назван в законах «О гласности судопроизводства», «О гласности судопроизводства в судах общей юрисдикции», «О гласности судебного разбирательства в административных судах».

Согласно § 3 Конституции Финляндии суды действуют независимо от законодательной и исполнительной ветвей власти. Другие государственные органы не могут вмешиваться в осуществление правосудия. Мнения и позиции участников дела не влияют на самостоятельность судов при оценке ими доказательств и осуществлении правоприменительной деятельности. Независимость судей обеспечивается их несменяемостью или специальным правом сохранения должности. В силу § 103 Конституции судья не может быть освобожден от своей должности иным путем, кроме как по решению суда, вследствие признания его виновным в совершении преступных действий. Судья не может быть назначен без его согласия на другую должность, если это назначение не является следствием реорганизации судебной системы. Порядок наделения судей полномочиями составляет часть системы независимости судебных органов. Судья должен быть беспристрастен. Он не может рассматривать дело и выносить по нему решение, если имеются основания для отвода судьи. Для обеспечения беспристрастности судов судья должен рассматривать дело и принимать решение непредубежденно и свободно без всякого неправомерного влияния или внешнего вмешательства в осуществление правоприменительной деятельности (Судебно-процессуальный кодекс Финляндии).

Штатных судей назначает Президент Республики (§ 102 Конституции). Предписания о назначении других судей устанавливаются законом «О назначении судей». При открытии вакантной должности судьи суд принимает решение об объявлении конкурса на ее



замещение. По истечении срока приема заявлений и на основании проведения собеседований с кандидатами суд дает заключение по кандидатам на должность судьи. Подготовка замещения вакантной должности судьи осуществляется квалификационной комиссией, состоящей из 12 человек (секции 6, 7 закона «О назначении судей»). Членами комиссии выступают представители судебных органов, государственной обвинительной службы, адвокатского корпуса, а также науки и образования. Квалификационная комиссия составляет обоснованное представление кандидатур для назначения на должность судьи и направляет его в Государственный совет. Президент принимает решение о назначении судьи на должность по представлению Государственного совета (секции 2, 3 закона «О назначении судей»). Вакансии председателя Верховного суда, председателя Высшего административного суда и вакансии членов высших судов замещаются на заявительной основе. Президент Республики назначает их непосредственно на основании представления данного суда (секция 4 закона «О назначении судей»).

Судьей может быть назначено лицо, которое имеет высшее юридическое образование, опыт работы и гражданство Финляндии и доказало своей деятельностью, что у него есть достаточная квалификация и необходимые личные качества (секция 11 закона «О назначении судей»).

### Суды общей юрисдикции

В Финляндии существует трехуровневая судебная система судов общей юрисдикции, состоящая из 27 судов первой инстанции (уездные суды), шести судов апелляционной инстанции и Верховного суда.

До 2010 г. в Финляндии действовал 51 уездный (районный) суд. В результате объединения и укрупнения небольших судов в настоящее время осталось 27 таких судов, они были образованы на основе территориального принципа деления страны<sup>16</sup>. Объединение проводилось для повышения качества правоприменительной деятельности и экономической эффективности судов. Оно способствовало росту уровня профессиональной компетенции сотрудников и облегчило специализацию судей.

Суды первой инстанции рассматривают уголовные и гражданские дела, дела заявительного производства. В рамках гражданско-правовых процессов суды разрешают разногласия, возникшие между гражданами или между юридическими лицами (например, дела о возмещении ущерба, споры по договору найма или о прекращении договора купли-продажи). Также в названных судах рассматриваются уголовные дела обо всех преступлениях, предусмотренных УК Финляндии<sup>17</sup>. В порядке заявительного производства проводятся бракоразводные процессы, решаются вопросы о назначении опекунов, реструктуризации долгов<sup>18</sup>.

Суд состоит из руководителя суда и действующих судей<sup>19</sup>. Основная задача руководителя суда заключается в совершенствовании работы отдела и осуществлении правоприменительной деятельности. Задача районного судьи состоит в рассмотрении всех принятых к производству дел в пределах его компетенции. Юристы, проходящие стажировку в суде (они именуются в Финляндии нотариусами), работают в качестве помощников судьи и сами осуществляют правоприменительную деятельность. Начальник управления, начальник хозяйственного отдела и секретарь отдела готовят и решают административные и хозяйственные вопросы.

В Финляндии действует шесть апелляционных судов общей юрисдикции: суды Хельсинки, Турку, Коуволы, Вааса, Рованиemi и Восточной Финляндии<sup>20</sup>. Большая часть дел, принимаемых апелляционными судами, связана с пересмотром решений нижестоящих судов. Апелляционные суды также рассматривают в качестве судов первой инстанции дела о государственной измене и некоторые дела по обвинению лиц, занимающих государственные должности. Дела решаются коллегией в составе трех судей.

Решение апелляционного суда может быть обжаловано в Верховном суде в случае выдачи последним разрешения на подачу жалобы (закон «О Верховном суде»). Главная задача Верховного суда заключается в вынесении решений, имеющих прецедентный характер. Прецедентные решения принимаются в том случае, если в законодательстве возникает спор о праве, а также при выявлении пробелов в законодательстве. Эти решения устанавливают правовые ориентиры для нижестоящих судов и обеспечивают единство правоприменительной практики<sup>21</sup>.

В соответствии с законом «О Верховном суде» его основной функцией является осуществление надзора за деятельностью нижестоящих судов<sup>22</sup>. Верховный суд также рассматривает ходатайства о принятии к пересмотру решений, вынесенных страховым судом, рыночным судом и судом по трудовым спорам. Верховный суд расположен в Хельсинки.

### Административные суды

В силу § 98 Конституции в Финляндии существует двухзвенная система административных судов: действуют Высший административный суд и девять губернских административных судов (включая суд Аландских островов), которые рассматривают дела по территориальному признаку.

Губернские (региональные) административные суды рассматривают жалобы на постановления, вынесенные органами публичной власти (государственной и муниципальной власти) по административным вопросам. Жалобу в суд могут подавать как физические, так и юридические лица. Муниципалитеты и государство также имеют право обжаловать постановление другого органа публичной власти в административном суде (закон «Об административном судопроизводстве»).

Решение губернского административного суда можно обжаловать в Высший административный суд. В соответствии с законом «О Высшем административном суде» этот суд является высшим судебным органом по административным делам.

### Специальные суды

В § 98 Конституции Финляндии предусмотрено создание специальных судов, т. е. судов с особой юрисдикцией. В настоящее время в Финляндии действуют страховой суд, рыночный суд, суд по трудовым спорам<sup>23</sup>.

Страховой суд входит в судебную систему Финляндии в качестве независимого суда. Он рассматривает дела, связанные с пенсией по труду, народной пенсией, пособием по безработице граждан и с гарантией выплаты заработной платы в случае банкротства или неплатежеспособности работодателя. По данной категории дел страховой суд является единственной судебной инстанцией. Судопроизводство ведется в соответствии с Кодексом об административной процедуре<sup>24</sup>. Руководство судом осуществляет верховный судья, в чьем подчинении находятся судебные поверенные, эксперты и прочий персонал. Суд разделен на три коллегии, которые, в свою очередь, поделены на рабочие группы<sup>25</sup>. В рабочие группы входят от трех до пяти членов суда. Решения страхового суда обжалованию не подлежат<sup>26</sup>. Юрисдикция страхового суда охватывает территорию всей страны. Сам суд расположен в Хельсинки<sup>27</sup>.

В рыночном суде рассматриваются дела, связанные с коммерческим правом, конкуренцией и закупками организаций<sup>28</sup>. Суд возглавляет верховный судья. Как правило, дела рассматриваются коллегией из трех судей, в более сложных делах верховный судья может назначить слушания расширенным составом суда, состоящим не более чем из четырех судей и четырех экспертов<sup>29</sup>. При наличии устоявшейся правоприменительной практики дело может быть рассмотрено коллегией в составе двух судей. Решения рыночного суда по одним категориям дел могут быть обжалованы в Высший админи-

стративный суд, а по другим – в Верховный суд. Юрисдикция рыночного суда распространяется на всю страну. Суд находится в Хельсинки.

Суд по трудовым спорам рассматривает дела, возникающие из трудовых правонарушений, а также споры, связанные с неправильным толкованием коллективных договоров и регламентов государственных служащих<sup>30</sup>. Суд рассматривает и утверждает решения, принятые комиссиями по трудовым спорам, дает заключения для других судов по вопросам трудового права. Решения суда по трудовым спорам являются окончательными и не подлежат обжалованию. Однако они могут быть отменены Верховным судом по общим основаниям отмены таких решений. Суд по трудовым спорам не рассматривает частные споры, а также споры, вытекающие из трудовых отношений, которые относятся к подсудности общегражданских судов. Юрисдикция суда по трудовым спорам распространяется на всю страну.

<sup>1</sup> The Constitution of Finland (731/1999) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/1999/19990731>.

<sup>2</sup> The Code of Judicial Procedure (4/1734) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1734/en17340004.pdf>.

<sup>3</sup> The Supreme Court Act (74/1918) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1918/en19180074.pdf>.

<sup>4</sup> The Act on the Court of Impeachment and the Minister responsible for the processing of cases // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/2000/20000196>.

<sup>5</sup> The Supreme Administrative Court Act (1265/2006) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2006/en20061265.pdf>.

<sup>6</sup> The Administrative Judicial Procedure Act (586/1996) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1996/en19960586.pdf>.

<sup>7</sup> The Act on Judicial Appointments (205/2000) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2000/en20000205.pdf>.

<sup>8</sup> The Court of Appeal Act (56/1994) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1994/19940056>.

<sup>9</sup> The Act on the Publicity of Court Proceedings (945/1984) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1984/en19840945.pdf>.

<sup>10</sup> The Act on the Publicity of Court Proceedings in General Courts (370/2007) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2007/en20070370.pdf>.

<sup>11</sup> The Act on the Publicity of Administrative Court Proceedings (381/2007) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2007/en20070381.pdf>.

<sup>12</sup> The Act on Compensation for the Excessive Length of Judicial Proceedings (362/2009) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2009/en20090362.pdf>.

<sup>13</sup> The Act on the Delivery of Certain Documents to Courts of Law (248/1965) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/alkup/1965/19650248?search%5Btype%5D=pika&search%5Bpika%5D=248%2F1965>.

<sup>14</sup> URL: <http://www.delo.fi/info-bank/deyatelnost-kompanii/stati/sudebnaya-sistema-finlyandii>.

<sup>15</sup> URL: <http://www.om.fi/en/Etusivu/Julkaisut/Esitteet/TheJudicialSystemofFinland/JurisdictioninConstitutionalMatters>.

<sup>16</sup> URL: <http://www.oikeus.fi/48725.htm>.

<sup>17</sup> The Criminal Code of Finland (39/1889) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/1889/18890039101>.

<sup>18</sup> URL: <http://www.delo.fi/info-bank/deyatelnost-kompanii/stati/sudebnaya-sistema-finlyandii>.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> URL: <http://www.oikeus.fi/4322.htm>.

<sup>21</sup> URL: <http://www.kko.fi>.

<sup>22</sup> URL: <http://www.kko.fi/27080.htm>.

<sup>23</sup> URL: <http://www.oikeus.fi/819.htm>.

<sup>24</sup> The Administrative Procedure Act (434/2003) // URL: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2003/en20030434.pdf>.

<sup>25</sup> URL: <http://www.delo.fi/info-bank/deyatelnost-kompanii/stati/sudebnaya-sistema-finlyandii>.

<sup>26</sup> URL: <http://www.oikeus.fi/vakuutusoikeus/46219.htm>.

<sup>27</sup> Ibid.

<sup>28</sup> URL: <http://www.oikeus.fi/markkinaoikeus/15570.htm>.

<sup>29</sup> URL: <http://www.delo.fi/info-bank/deyatelnost-kompanii/stati/sudebnaya-sistema-finlyandii>.

<sup>30</sup> Ibid.

Didier Guével\*

## REMARQUES SUR LA PREUVE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

*L'article du professeur D. Guével est consacré au système de la preuve en droit civil français. Il s'agit des modes de preuve des actes disponibles aux parties de la procédure juridique civile. En regardant le serment décisive et les actes reconnaissifs l'auteur accentue leur possible utilité comme un procédé judiciaire d'aujourd'hui et en même temps il marque leur caractère obsolète. En ce qui concerne l'écrit numérique et les copies comme moyens judiciaires modernes les défauts de la législation et les problèmes pratiques sont particulièrement analysés.*

*Key words: droit civil de preuve, modes de preuve en droit civil, serment décisive, actes reconnaissifs, écrit numérique, régime des copies*

1. Chacun sait que celui qui ne peut prouver un droit subjectif se trouve, en définitive, dans la même situation que celui qui ne l'a pas (*Idem est non esse et non probari*<sup>1</sup>). La question de la preuve est donc **au cœur même de tout système juridique**. Les règles de la preuve, en droit civil français, sont décrites dans le Code de procédure civile, mais, surtout, dans le Code civil, principalement aux **articles 1316 à 1369**<sup>2</sup>, qu'il faut analyser en tenant compte des interprétations que la jurisprudence a pu en donner<sup>3</sup>.

2. Ces pages ont pour seule ambition de présenter quelques réflexions sur le droit français de la preuve. Encore entend-on ici limiter le champ des investigations au seul **droit civil** (en laissant de côté le droit administratif et surtout le droit pénal, dont les particularités sont patentes). Bien plus, ce sont seulement les **modes de preuve** qui sont ici appréhendés et non, par exemple, la question de la charge de la preuve<sup>4</sup>. Seule la **preuve en justice** est ici étudiée, même s'il est vrai que la notion de justice (entendue au sens de *juris dictio*) est aujourd'hui plus incertaine qu'autrefois<sup>5</sup>. Enfin, seule la **preuve des actes** est visée et non celle des faits qui demeure libre<sup>6</sup>.

3. Bien entendu, la preuve civile doit répondre à toute une série de conditions de droit commun. Ainsi, les preuves avancées doivent en principe **émaner de la partie adverse** ou être extérieures, mais ne peuvent jamais, normalement, émaner du demandeur lui-même<sup>7</sup> (nul ne pouvant, en principe, se constituer à lui-même une preuve). On doit encore rappeler que le juge ne peut se servir d'**informations qu'il aurait eu à connaître personnellement**<sup>8</sup>. Enfin, il est sans doute inutile de redire l'impérieuse nécessité de respecter le **principe du contradictoire**, fondamental dans tout système juridique.

4. Les **juges du fond** sont **souverains** pour apprécier les éléments de preuve qui leur sont apportés. Il en est ainsi, par exemple, pour considérer qu'un élément probatoire présenté constitue un commencement de preuve par écrit<sup>9</sup>, pour juger de la durabilité et de la fidélité d'une copie<sup>10</sup>, pour accepter ou refuser la liberté de preuve commerciale<sup>11</sup>, pour estimer que l'on se trouve effectivement dans une occurrence d'impossibilité de se procurer un écrit<sup>12</sup>, pour évaluer la portée exacte d'indices<sup>13</sup>, pour prendre en compte un rapport d'expertise<sup>14</sup>, pour décider de l'opportunité de recourir au serment supplétoire<sup>15</sup>... La Cour de cassation se contente donc ici, la plupart du temps, d'effectuer un contrôle *a minima*.

5. Au demeurant, il faut rappeler que le contrat peut modifier le régime légal civil de la preuve, ce qui en amoindrit singulièrement la portée. Il est admis, de longue date, que les

\* Professeur Dr de Droit privé et Sciences criminelles à l'Université de Paris 13, Sorbonne Paris Cité, Membre de la Commission Scientifique de l'Ecole Doctorale, Membre de l'IRDA Paris 13 (EA 3970), Directeur du Master Recherche de Droit des Affaires, de la Faculté de Droit, Sciences politiques et sociales, Ancien Directeur du Département de Droit de l'Université du Havre, Membre associé du LexFEIM Le Havre (EA 1013), Codirecteur des Cahiers de Droit des Affaires. E-mail: vlato@sibmail.ru.

règles probatoires du Code civil ne sont pas d'ordre public ; les parties peuvent y renoncer<sup>16</sup> et les **conventions relatives à la preuve** sont permises<sup>17</sup>.

6. Avant d'aller plus avant, un bref **retour historique** s'impose. On peut dire, en simplifiant, qu'en Droit romain (loi des XII Tables) et dans les coutumes germaniques (« *témoins passent lettres* »), la preuve judiciaire était libre. Une minorité de personnes savait écrire ; le serment et sa sanction divine pouvaient suffire à garantir une certaine honnêteté de la preuve<sup>18</sup>. Jusqu'en 1566, sur l'équivalent du territoire actuel de la France, l'on s'inspirait, au sud, du Droit romain et, au nord, des coutumes germaniques ; la liberté probatoire y était donc de mise. C'est l'ordonnance de Moulins de 1566 qui, unifiant la procédure judiciaire et dénonçant les abus de la liberté de preuve, a imposé, dans son article 54, la preuve par écrit au-delà d'une certaine somme et l'interdiction de prouver par témoignage contre et outre le contenu d'un acte. La vieille maxime était inversée et devenait « *lettres passent témoins* »<sup>19</sup>. L'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye, de 1667, a ensuite définitivement consacré la règle, qui a été reprise dans le Code civil à l'article 1341. Le seuil financier d'exigence de l'écrit n'a cessé ensuite d'augmenter, pour atteindre désormais le montant de 1500 €. L'avènement de l'écrit électronique ou numérique en 2000<sup>20</sup> a créé une véritable révolution. L'écrit numérique, d'abord reconnu par les tribunaux comme commencement de preuve par écrit, a obtenu alors sa consécration légale en tant que véritable écrit<sup>21</sup>. On a également permis de dresser des actes authentiques sur support électronique<sup>22</sup>. La modernité se trouvait ainsi confrontée au passé le plus ancien...

7. Il ne s'agit pas ici de tenter de mener une analyse encyclopédique des articles 1316 et suivants du Code civil, ni de tenter d'en appréhender synthétiquement et philosophiquement le contenu. L'on se contentera d'effectuer une **promenade** dans le dédale de ces textes où le juriste, au hasard de ses déambulations peut, ici où là, regretter telle impasse du labyrinthe, apprécier telle fleur de rhétorique ou s'étonner de l'entrelacs des branches des arbres juridiques...

8. On se doit de rappeler qu'en Droit français, l'on a coutume de distinguer les preuves dites « parfaites », au premier rang desquelles se trouve l'écrit (et l'aveu), et les preuves imparfaites, comme le témoignage. Dans ce cadre, logique et cohérent, s'opposent néanmoins, comme on l'a dit, dans une cohabitation parfois difficile, une **présence forte du passé (I)** et une **modernité exacerbée (II)**. Dans chacun de ces deux cadres, un **tri paraît nécessaire** : certaines dispositions semblent « à prendre » ou à conserver et d'autres « à laisser » ou à nettement améliorer...

### I. Le tri dans l'héritage de la tradition

9. On pourrait évidemment trouver une trace de l'histoire de la preuve dans la présence maintenue dans le Code civil, des dispositions relatives aux « **tailles** ». L'article 1333 du Code civil dispose : « *Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail* ». Il s'agit de ces deux tiges de bois (l'une pour le fournisseur, l'autre pour son client) que l'on utilisait autrefois comme mode de preuve : à chaque fourniture on faisait une entaille identique sur les deux baguettes. Il est difficile de faire plus désuet et l'on se demande si le maintien de cette disposition ne relève pas d'une pure nostalgie juridique... Mais ce n'est là qu'anecdote. Il y a bien plus lourd de conséquences avec d'autres mécanismes qui peuvent paraître obsolètes, mais qu'il faut traiter différemment : le serment décisoire (1) et les actes recognitifs (2).

#### 1) À conserver : le serment décisoire

10. La preuve par serment est présentée dans le Code civil aux articles 1357 à 1369. Il ne s'agit pas de serments-promesses, mais de serments-affirmations. Les **serments-affirmations** ne devraient pas, en principe, être admis en justice, puisqu'ils constituent l'affirmation par une partie d'un fait à l'appui de sa propre prétention et qui lui est favorable (à l'inverse

de l'aveu). Mais, l'aspect religieux sous-jacent, les sanctions du faux serment et surtout la solennité requise sont censés annihiler ce vice initial. L'exigence commune minimale est, de toute évidence, l'usage de l'expression « je jure », énoncée à haute voix ou écrite en cas de mutisme pathologique. Le serment, outre cette formule solennelle, doit comprendre l'exposé de faits<sup>23</sup>. Le faux serment (dépourvu de véracité et de sincérité) n'est plus assorti, en droit positif français, de punition divine. Mais la force du serment est encore concrétisée par une sanction particulière en cas de fausseté<sup>24</sup> (le faux serment fait l'objet d'une sanction pénale<sup>25</sup>). Il existe, en Droit français, deux sortes de serments-affirmations.

11. Le **serment supplétoire**, tout d'abord, est, selon l'article 1357, 2°, du Code civil, « celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou l'autre des parties » (on peut ajouter : pour compléter des éléments probatoires estimés insuffisants). C'est le serment « que le juge peut, dans le doute, déférer d'office à l'une des parties au procès en vue d'une meilleure connaissance de la cause, dont il apprécie souverainement la valeur probante et qui constitue [...] une simple mesure d'instruction »<sup>26</sup>. Le *jusjurandum judiciaire* des romains, le serment supplétoire est l'un des instruments probatoires confiés au juge civil dans le cadre des pouvoirs d'instruction qui lui sont aujourd'hui dévolus (C. proc. civ., art. 10). C'est un mode de preuve imparfait. Le serment prononcé ou le refus de le prêter n'est en rien décisif. Le juge apprécie souverainement la portée qu'il doit donner au serment supplétoire effectivement prêté ou au refus de jurer opposé par la partie à laquelle il a été déféré.

12. Ensuite, et avec un effet juridique bien plus déterminant, le législateur français connaît le **serment décisoire**. Selon l'article 1357, 1°, du Code civil, il s'agit du serment « qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ». Une **description** s'impose. Une partie décide de demander à la partie adverse de jurer que ses prétentions sont exactes. Le juge, après exercice d'un certain contrôle, ordonne le serment. Si la partie à laquelle le serment est déféré refuse de jurer, elle perd son procès<sup>27</sup>. Si la partie à qui le serment a été déféré accepte de jurer que sa prétention est exacte, elle gagne le procès. Elle dispose d'une troisième voie : la rélation ou le référément ; ce procédé consiste, pour la personne à qui le serment initial a été déféré, à renvoyer, sans prendre parti, le jeu processuel dans le camp du demandeur au serment en lui demandant de jurer lui-même. Cette fois, s'il jure, c'est lui qui emporte la cause et s'il ne jure pas, il la perd<sup>28</sup>. Mais il n'a pas alors, lui, de troisième voie : le procès prend fin. Lorsque celui à qui le serment a été initialement déféré (ou celui à qui il a été, dans un second temps, référé) refuse de jurer, il succombe (on dit souvent que son refus équivaut à un aveu). Le combat judiciaire cesse donc dès qu'il y a refus de prêter serment (que ce soit sur déférement ou sur référément). Le serment décisoire est donc un **procédé probatoire atypique**, à la fois mode de preuve et technique décisionnelle, contrat et procédé judiciaire.

13. C'est un **contrat** car la partie, à qui le serment pourrait être déféré à la demande de son adversaire, consent à entrer dans ce jeu processuel avant que le juge ne l'ordonne. Celui à qui le serment est déféré doit d'abord accepter le procédé avant de s'y soumettre. Certaines décisions sont nettement en ce sens<sup>29</sup> et l'article 319 du Code de procédure civile également quand, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, il dispose que « Le jugement qui ordonne le serment fixe jour, heure et lieu où celui-ci sera reçu », ce qui semble bien supposer un accord préalable des parties sur le mécanisme général, avant que le serment lui-même ne soit recueilli. En pratique, les solutions ne sont pas toujours aussi nettes et une certaine confusion est entretenue entre le refus d'entrer dans le jeu processuel du serment et le refus de prêter serment proprement dit.

14. C'est aussi un **procédé judiciaire** : le juge doit aussi intervenir. Certes, et en aucun cas, il ne peut décider de déférer d'office ce serment : il faut que ce soit l'une des parties qui se manifeste. Mais le juge va non seulement effectuer un contrôle de régularité, mais aussi, en quelque sorte, un contrôle d'opportunité. Il dispose, ici encore, d'un pouvoir souverain d'appréciation des faits.

15. Si l'on tente une **appréciation** du mécanisme, on ne peut qu'être partagé. Il y a ici, quelque chose du jeu de hasard (hasard tempéré par la connaissance de la psychologie de l'adversaire). On a parfois parlé de « roulette russe probatoire ». Il est vrai que, statistiquement, le serment décisoire est plutôt utilisé faute d'autres moyens disponibles (mais ce n'est pas une exigence juridique). De plus, il n'y a plus de base religieuse : « on jure sur rien », pourrait-on dire. On pourrait donc estimer que le serment décisoire mériterait de disparaître de la boîte à outil probatoire. Nous n'en sommes pas persuadé, car jurer demeure lourd de symbolique et d'engagement psychologique. Peut-être faudrait-il simplement redonner un fondement au mécanisme, par exemple en créant une sorte de serment républicain, prêté sur un objet personnifiant la *res publica*.

2) À reconsidérer : les actes recognitifs

16. Les actes recognitifs sont visés aux articles 1337 et 695 du Code civil. Les **textes** relatifs aux actes recognitifs n'ont pas, comme ceux portant sur les copies, fait l'objet de réformes depuis le Code civil. Il s'avère qu'ils peuvent apparaître comme quelque peu surannés.

17. L'adjectif « recognitif » (*recognitus*) désigne, originellement, ce qui est reconnu par son auteur. Juridiquement, l'acte recognitif est d'abord la reconnaissance de la réalité du contenu d'un acte antérieur ; c'est la **réitération**, quant à sa substance, **d'un acte antérieur**, appelé « acte primordial ». Selon le Vocabulaire juridique de référence, il s'agit d'un « *acte écrit, appelé aussi titre nouvel, par lequel une personne reconnaît l'existence de droits déjà constatés par un titre antérieur, nommé acte primordial* »<sup>30</sup>. Pour Demolombe, c'est le titre « *par lequel un débiteur reconnaît l'existence d'une obligation préexistante, déjà constatée par un acte antérieur, et se soumet de nouveau à son exécution* »<sup>31</sup>. Si l'une et l'autre peuvent servir d'éléments de preuve, alors qu'une copie concerne la forme, l'acte recognitif vise le fond d'une opération juridique. En réalité, avant que la technologie ne bouleverse l'ordre des choses, un acte recognitif n'était qu'une copie, mais revêtue des signatures des parties<sup>32</sup>.

18. Aucune **forme** n'est imposée pour l'acte recognitif. Comme tout acte, il répond au principe du consensualisme. Il peut s'agir d'une simple lettre<sup>33</sup>. Il pourrait même être verbal, voire implicite<sup>34</sup>.

19. L'**intérêt** de rédiger un acte recognitif réside dans son possible effet interruptif de prescription. Sinon, au plan probatoire, l'on dit que l'on a recours à ce procédé lorsque l'on pense que l'acte primordial risque de disparaître ou, tout simplement, par sécurité, même sans risque spécifique. Mais « *la matière des actes recognitifs avait surtout de l'importance dans l'ancien droit, alors que les rentes et redevances perpétuelles étaient nombreuses* » (il fallait pouvoir en perpétuer la preuve) ; mais, « *depuis la Révolution, ces charges perpétuelles ayant disparu, la question a perdu presque tout intérêt* »<sup>35</sup>.

20. S'interroger sur la valeur probante de l'acte recognitif a d'autant moins d'importance qu'il peut, de toute manière, être considéré comme un **aveu** (C. civ., art. 1354 à 1356), qui est une preuve parfaite<sup>36</sup>.

21. Enfin, pour les **actes numériques**, la question est aujourd'hui quelque peu obsolète dans la mesure où les signatures, si elles ne sont pas codées et cryptées, comme le sont celles des notaires, ne sont que des images... reproductibles. Il est alors difficile de savoir si la présence des signatures numériques est la marque d'une simple copie ou celle d'un acte recognitif... Il est donc permis de s'interroger sur l'utilité du maintien des dispositions du Code civil relatives aux actes recognitifs dans une série d'articles consacrés à la preuve.

22. Voilà donc deux exemples de dispositions issues de la tradition ; l'une, le serment décisoire, mérite, malgré son aspect ancien qui l'apparente aux ordalies, d'être maintenue ; l'autre, l'acte recognitif, s'il doit continuer d'être évoqué en matière de prescription, pourrait, probablement sans trop de dommages, ne plus faire l'objet d'un texte du Code civil relatif à la preuve.

## II. Le tri dans l'apport de la modernité

23. Si l'on peut féliciter le législateur français d'avoir su rapidement tenir compte de l'évolution des technologies en admettant la preuve par écrit numérique (1), on peut lui reprocher d'avoir mis en place un nouveau régime des copies (2) ambigu et problématique.

### 1) À conserver : l'écrit numérique

24. Avant que la loi n'intervienne, on se posait la question de savoir si l'écrit dématérialisé pouvait ou non valoir comme commencement de preuve par écrit. Une loi nouvelle (loi n° 200-230 du 13 mars 2000 ; C. civ., art. 1316 à 1316-3) est allée beaucoup plus loin en consacrant pleinement ce mode de preuve. Certes, le législateur use d'une terminologie déjà un peu passée de mode en parlant d'« écrit électronique » ; l'expression d'« écrit numérique » semblerait aujourd'hui mieux appropriée. Néanmoins, il faut saluer l'esprit d'innovation qui a conduit la loi française à tenir compte de l'évolution technologique et même, dans une certaine mesure, à la précéder. Elle a su comprendre que le passage au numérique était une révolution aussi importante que celle du rouleau au codex ou celle du manuscrit à l'imprimé. L'admission dans le Code civil de l'écrit numérique démontre, par ailleurs, que l'exigence de la preuve préconstituée demeure prédominante même dans le cadre de l'utilisation de la technologie contemporaine<sup>37</sup>.

25. L'écrit dématérialisé n'est pas défini par le Code civil. C'est la définition générale de l'écrit qui a été revue pour tenir compte du procédé nouveau. Désormais, l'article 1316 énonce que la preuve par écrit « résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Il peut même s'agir d'un acte authentique (C. civ., art. 1317, al. 2) et l'écrit électronique peut même être accepté lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem* (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 ; C. civ., art. 1108-1).

26. L'article 1316-3 ajoute que l'écrit sur support électronique a la même **force probante** que l'écrit sur support papier, ce que l'article 1316-1 avait déjà exprimé en disant que l'écrit sous forme électronique était admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier. La redondance est un procédé souvent employé par le législateur français lorsqu'il introduit une réforme révolutionnaire et craint de ne pas être compris ou de ne pas être suivi par la pratique (l'inefficience étant la pire des pathologies pour une loi).

27. Évidemment, le législateur a posé des **conditions** pour l'admission de l'écrit numérique : il faut que la personne dont il émane puisse être dûment identifiée et que l'écrit soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité (C. civ., art. 1316-1). L'acte authentique sur support électronique (AASE) suppose une conservation dans un minutier central électronique (MICEN) et une authentification de la signature électronique du notaire grâce à une clef personnelle (REAL)<sup>38</sup>.

28. Bien entendu, il a fallu également revoir la définition de la **signature**, qui caractérise l'acte sous seing(s) privé(s) et est indispensable (mais non suffisante) dans l'acte authentique. « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte » (C. civ., art. 1316-4, al. 1<sup>er</sup>). « C'est le sceau de la vérité de l'acte »<sup>39</sup>. C'est la signature (ou les signatures) qui donne(nt) à l'acte sa force probante. C'est pourquoi le second alinéa de l'article 1316-4 du Code civil dispose que la signature électronique « consiste en l'usage d'un procédé fiable d'authentification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache »<sup>40</sup>. L'article 1316-4, alinéa 2 du Code civil présume (présomption simple) que le procédé est fiable lorsque cette signature est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie dans des conditions fixées par décret (décr. n° 2001-272 du 30 mars 2001, not. art. 2). Le décret de 2001 a imposé un système de contrôles superposés extrêmement complexe mais fort rassurant<sup>41</sup>. Dans ce cas, il est admis que la simple dénégation ne saurait suffire, puisqu'il faut détruire la présomption de l'article 1316-4<sup>42</sup>. Si la signature électronique n'est



pas « sécurisée » au sens des textes, elle ne bénéficie pas de cette présomption spéciale de fiabilité et l'on retrouve alors le droit commun de la preuve.

29. L'écrit électronique, qui remplit les conditions requises, constitue donc, désormais, une preuve parfaite, comme l'écrit sur papier. Les **écrits numériques irréguliers**, documents imparfaits insusceptibles de valoir écrits électroniques, ne peuvent être admis qu'en tant que commencements de preuve par écrit numérique<sup>43</sup> (tel peut être le cas d'un courriel – *Email* – ou de l'édition sur papier d'une trace informatique<sup>44</sup>) ou que comme simples indices (documents issus des moyens contemporains de communication à distance électroniques et/ou informatiques – fax, télex, télécopie, Internet, réseau Carte bancaire, divers ordinateurs de compensation... – et traces, notamment électroniques, qui peuvent demeurer des opérations réalisées<sup>45</sup>).

30. Certes, le système mis en place est complexe, mais il peut donner satisfaction, tout du moins pour les actes sous seing(s) privé(s). Le seul **risque** serait de voir ces textes dépassés si la technologie évoluait encore profondément.

## 2) À revoir : le nouveau régime des copies

31. Selon diverses **définitions** plus ou moins anciennes, une copie est « *la transcription d'un titre ou d'un écrit quelconque, faite littéralement ou mot à mot sur l'original* »<sup>46</sup> ; c'est la « *reproduction littérale d'un original qui [n'est] pas revêtu des signatures qui en feraient un second original* »<sup>47</sup>. Initialement, la copie est donc la retranscription d'un acte original, mais sans la ou les signatures. Aujourd'hui, on peut dire qu'elle constitue la reproduction formelle (en principe à l'identique) d'un écrit original : acte sous seing(s) privé(s), acte sous contreseing d'avocat (loi n° 2011-331 du 28 mars 2001) ou acte authentique (C. civ., art. 1317 ; conservé obligatoirement en minute par un notaire, depuis la loi du 25 ventôse an XI), mais qui ne remplit pas les conditions qui lui permettraient de constituer elle-même un autre original.

32. Les textes visant traditionnellement les copies, sont les articles 1334 à 1336 du Code civil. Issus du passé, ils sont quelque peu critiquables en ce qui concerne les **actes authentiques**. En effet, ils continuent de prévoir un régime complexe et des hypothèses ayant peu de risques de se produire actuellement (C. civ., art. 1335<sup>48</sup>). Mais, en définitive, le régime des copies des actes authentiques présente peu de difficultés, d'autant qu'aujourd'hui, il est admis qu'un notaire peut établir une copie numérique (support électronique) d'un acte authentique sur papier et réciproquement.

33. Ce sont surtout les copies d'actes sous seing(s) privé(s) qui posent problème. En effet, le législateur français contemporain a voulu introduire, dans le Code civil, à leur propos, un **article 1348** au contenu nouveau. Depuis la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, son second alinéa dispose que les règles relatives à la nécessité de principe d'une preuve par écrit des articles 1341 à 1347... « *reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support* ».

34. Il s'agissait, initialement, uniquement de l'occurrence où l'original avait été volontairement détruit par la partie qui en avait la légitime détention (l'expression « *n'a pas conservé* » est, sur ce point, éclairante). L'on ne se trouvait donc pas dans l'hypothèse où l'original avait été détruit par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure (C. civ., art. 1348, al. 1<sup>er</sup><sup>49</sup>). Très prosaïquement, le législateur n'était ici intervenu que pour donner valeur probatoire aux copies réalisées volontairement sur divers supports en vue d'alléger les contraintes d'archivage (« microfilmage ») essentiellement des banques (copie des chèques avant leur destruction<sup>50</sup>). Ce faisant, le législateur n'entendait pas transformer la philosophie de droit de la preuve, ni même, probablement, admettre la photocopie, comme les juges le firent ensuite sur la base du nouveau texte. Il est certain que la copie de l'article 1348 se distingue de la copie de l'article 1334 en ce qu'elle peut, si elle remplit

les conditions requises, avoir une valeur indépendamment de l'original, sans que l'original puisse être réclamé<sup>51</sup>. Mais quelle valeur a-t-elle? Une controverse s'est développée à propos du sens exact de la disposition.

35. Selon une première interprétation, conforme à l'esprit et au but de la loi, le texte doit signifier que la présence de la copie permet seulement de déroger à l'exigence de l'écrit. Cela revient à dire que le législateur a simplement entendu consacrer la jurisprudence admettant les copies comme commencements de preuve par écrit et donc obligeant à apporter d'autres éléments de preuve<sup>52</sup>. Une telle compréhension du second alinéa de l'article 1348 s'avère logique compte tenu de sa place dans le Code. Cette interprétation semble préférable ; la copie ne peut que déclencher le processus de liberté probatoire ; un élément de preuve complémentaire est requis, même s'il peut se résumer à bien peu de choses, voire aux simples circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour de cassation avait-elle pu admettre qu'une photocopie puisse valoir commencement de preuve par écrit<sup>53</sup>.

36. Selon une autre lecture du texte, le second alinéa de l'article 1348 veut dire que la copie peut se suffire à elle-même. Il s'agit d'une lecture littérale ; on est alors proche de l'idée que la copie équivaut à un véritable écrit et l'on porte grandement atteinte aux principes de l'article 1341. C'est cette seconde voie que le juge judiciaire suprême a, semble-t-il, empruntée, dans une décision de 1996 : la copie, en l'absence de l'original, si elle répond aux exigences légales, prend valeur probatoire même sans indice complémentaire<sup>54</sup> ; elle constitue donc plus qu'un simple commencement de preuve par écrit<sup>55</sup>. Telle est aujourd'hui la position majoritaire de la doctrine (sous réserve, bien entendu, que la copie remplisse bien les conditions de durabilité et surtout de fidélité requises).

37. Mais un doute peut subsister. L'arrêt de 1996, certes publié et très net, n'était qu'une décision de rejet à propos d'un arrêt où la Cour d'appel avait complété la photocopie par l'audition de la personne qui avait assisté l'une des parties ; de plus, cette solution ne semble pas avoir été réaffirmée depuis par la haute juridiction ; enfin, une décision postérieure a repris la solution précédente en considérant qu'il fallait rechercher si une photocopie ne constituait pas un commencement de preuve par écrit<sup>56</sup>. La question se pose donc de savoir si l'arrêt de 1996, considéré presque unanimement comme instituant une nouvelle interprétation jurisprudentielle, n'est pas, en réalité, une décision isolée. En tout cas, il faut faire le constat de l'existence de « *flottements jurisprudentiels* »<sup>57</sup>. On ne peut que souhaiter une clarification de la position du Droit positif en la matière, sinon, un retour au sens logique du texte.

38. Il est malaisé de conclure après ces très partiels et partiels éléments de réflexion. On peut, néanmoins, rappeler qu'un système juridique est toujours une construction imparfaite, un équilibre fragile entre des intérêts divergents et des sources historiques diverses. Le Droit civil français de la preuve est une bonne illustration de ce constat ; son efficacité est certaine, mais il demeure perfectible. Il faut respecter l'éminent travail du législateur ; mais le respect ne doit pas être synonyme d'aveuglement ; il faut aussi savoir faire un tri, avec cet esprit critique auquel nous exhortait, dit-on, Pasteur<sup>58</sup> et dont les défenseurs seraient, selon Alain, le « sel de la cité »<sup>59</sup>...

<sup>1</sup> V. H. Roland et L. Boyer. Adages du droit français, Litec, n° 152.

<sup>2</sup> On regrettera, au passage, que les dispositions du Code civil et celles du Code de procédure civile ne soient pas, en la matière, parfaitement harmonisées. Il va de soi qu'existent en sus de nombreux textes spéciaux qui, pour tel ou tel contrat ou en telle ou telle circonstance, exigent des modalités probatoires particulières dérogeant aux dispositions des articles généraux précités. Inversement, dans le bloc de textes étudié, existent des dispositions non spécifiquement probatoires hors de notre réflexion (C. civ., art. 1338 à 1340).

<sup>3</sup> On ne citera ici que des exemples ou la première décision du genre. Pour une analyse détaillée, on pourra se référer utilement au JurisClasseur civil, encyclopédie juridique française de référence.

<sup>4</sup> En ce qui concerne la charge de la preuve, même si le juge a obtenu de véritables pouvoirs d'investigation (C. proc. civ., art. 10), la procédure demeure, en principe, de type accusatoire : sauf présomptions légales ou ju-

risprudentielles (C. civ., art. 1350 et s.), c'est au demandeur à rapporter la preuve des faits et actes nécessaires à la démonstration de sa requête (C. proc. civ., art. 9) et ensuite, au défendeur de prouver ses propres dires.

<sup>5</sup> Notamment en raison de la présence d' « autorités administratives indépendantes » qui font, entre autres missions, œuvre particulière de justice.

<sup>6</sup> Les faits et les quasi-contrats : C. civ., art. 1348, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>7</sup> Arg. : C. civ., art. 1331 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 1996 : Bull. n° 170.

<sup>8</sup> V., p. ex., Cass. com., 6 juill. 1949 : Bull. n° 273 ; Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 25 février 1976 : Bull. n° 67 ; Cass. com. 29 mai 1990 : Bull. n° 157.

<sup>9</sup> Cass. req. 16 mars 1881 : DP 1882, II, 373, S. 1881, I, 311.

<sup>10</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2000 : Bull. n° 164, JCP 2001, II, 10505 (2<sup>e</sup> esp.), note F. Nizard, JCP E 2000, p. 1260.

<sup>11</sup> Cass. com., 9 déc. 1980 : Bull. n° 418.

<sup>12</sup> Cass. req. 27 mars 1907 : DP 1909, I, 188, S. 1907, I, 209, note G. Lyon-Caen.

<sup>13</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1966 : Bull. n° 292.

<sup>14</sup> Cass. com. 15 mars 1982 : Bull. n° 99.

<sup>15</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 févr. 1956 : JCP 1956, IV, 42.

<sup>16</sup> Cass. civ., 5 nov. 1952 : Bull. n° 286.

<sup>17</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 nov. 1989, 2 esp. : Bull. n° 342, JCP 1990, II, 21576, obs. G. Virassamy, D. 1990, 369, note Ch. Gavaldà, *ibid.*, somm. 327, obs. J. Huet, D. 1991, somm. p. 38, obs. Vasseur.

<sup>18</sup> Ph. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, JCP 1972, I, 2468, n° 1, note 1.

<sup>19</sup> V., en ce sens, V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du Droit français*, Litec, n° 189.

<sup>20</sup> Loi n° 200-230 du 13 mars 2000.

<sup>21</sup> C. civ., art. 1316-1 et s.

<sup>22</sup> C. civ., art. 1317, al. 2.

<sup>23</sup> C. proc. civ., art. 317, al. 2, pour le serment décisoire et 318 pour le serment supplétoire.

<sup>24</sup> V. A. Jouberteau, *Le faux serment en matière civile*, Thèse Rennes 1941.

<sup>25</sup> C. pén., art. 366, 434-13 et, surtout, 434-17.

<sup>26</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 1<sup>ère</sup> éd. 1987.

<sup>27</sup> C. civ., art. 1361.

<sup>28</sup> C. civ., art. 1361.

<sup>29</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1957 : Bull. n° 449.

<sup>30</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, 1<sup>ère</sup> éd. 1987, *précit.*

<sup>31</sup> Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 6, Paris 1876, n° 702, p. 606.

<sup>32</sup> En ce sens, V. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2<sup>ème</sup> partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, LGDJ 1931, n° 1501, p. 839.

<sup>33</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup> 4 févr. 1998 : Bull. n° 25, JCP 1998, I, 171, n° 20, obs. H. Périnet-Marquet, *Deffrénois* 1998, 812, obs. Ch. Atias, *RTD civ.* 1999, 871, obs. P. Zénati ; 13 oct. 1999 : Bull. n° 208, JCP 2000, I, 211, n° 17, obs. H. Périnet-marquet, *Deffrénois* 1999, 1356, obs. Ch. Atias.

<sup>34</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 mars 1960 : Bull. n° 167.

<sup>35</sup> M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 1501, p. 840.

<sup>36</sup> V. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, n° 1502, p. 840.

<sup>37</sup> Sur la question en général, V., p. ex., Y. Bréban, *La sécurité des transactions sur Internet* : *Gaz. Pal.* 1996, I, doct. p. 301 ; Y. Bréban et I. Pottier, *Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques (1<sup>ère</sup> partie)*, la problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve : *Gaz. Pal.* 1996, I, doct. p. 276 ; P. Catala *et alii*, *L'introduction de la preuve électronique dans le code civil*, JCP 1999, I, 182 ; J. Devèze, *À propos de la réforme du droit de la preuve : observations tirées du droit des instruments de paiement*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec 1999, p. 449 ; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, *De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent*, JCP 2000, I, 236 ; A. Gobin, *Pour une problématique notariale des autoroutes de l'information. Le notariat et les contrats immatériels* : JCP 1996, éd. N, prat. n° 3567, p. 1749, not. n. 88 s. ; J. Huet, *Formalisme et preuve en informatique et télématique : éléments de solution en matière de relations d'affaire continues ou de rapports contractuels occasionnels* : JCP 1989, I, 3406 ; J. Huet, *Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange)* : D. 1991, *Chron.* 181 ; J. Huet, *La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex* : D. 1992, *Chron.* 33 ; I. Pottier, *La preuve dans les transactions financières à distance* : *Rev. Banque* 1996, n. 568, p. 70 ; N. Risacher, *Internet face au droit, compte rendu du colloque " Internet face au droit " des 21-22 novembre 1996 de Namur*, *Lamy Droit de l'informatique*, n° 87 du 1<sup>er</sup> décembre 1996, p. 10 et s. ; *Informatique, télématique et preuve*, Colloque Assoc. Dr. et procédure et Ordre des avocats à la Cour de Paris, interventions de H. Alterman, A. Bensoussan, Chr. Gavaldà, J.-M. Hocquard, Cl. Lucas de Leyssac, P. Michaud : *Petites Affiches*, n° 65 du 29 mai 1996 etc.

<sup>38</sup> Mais ce procédé reste assez peu compatible avec les conditions requises pour divers actes authentiques particuliers ; V., en ce sens, X. Linant de Bellefonds, *Surenchère*, *Com. com. électr.*, mars 2000, p. 1.

<sup>39</sup> C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, Tome 8, 4<sup>ème</sup> éd., Warée, Paris 1824, n° 260.

<sup>40</sup> V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Coll. *Précis*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd. 2009, n° 162.

<sup>41</sup> Signature électronique dite « sécurisée », établie « grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique » et dont la vérification repose « sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié » ; V. Th. Aballéa, Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?, D. 2004, 2235 ; P.-Y. Gautier, Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Petites Affiches, 7 février 2000, n. 26, p. 4 ; T. Hassler, Brèves observations à propos d'une proposition de loi, Petites affiches, 21 septembre 1999, n. 188, p. 4 ; J. Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, D. 2000, Chron. 95 ; É. Rochfeld, Chron. de législation française : à propos de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, RTD civ. 2000, 423.

<sup>42</sup> V. P. Voirin et G. Goubeaux, Droit civil, Tome 1, 33<sup>ème</sup> éd. LGDJ, Paris 2011, n° 1220.

<sup>43</sup> O. Audic, *Les fonctions du document en droit privé*, Bibli. de l'Institut André Tunc, t. 3, LGDJ, Paris 2004, n° 236, note 177.

<sup>44</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 1<sup>er</sup> juill. 2010 : n° 09-14.685 : réédition d'une lettre, à partir d'une copie informatique, mais imprimée avec un en-tête et un pied différents de ceux de l'époque de l'original.

<sup>45</sup> V. p. ex. Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 28 mars 2000 : D. 2000, AJ, 276, obs. J. Faddoul.

<sup>46</sup> C. B. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 4<sup>ème</sup> éd., tome 8, Paris 1824, *op. cit.*, n° 412, p. 599.

<sup>47</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 1<sup>ère</sup> éd., Paris 1987, *précit.*

<sup>48</sup> Notamment quand ce texte évoque la « transcription » de l'acte et y met de nombreuses conditions ou lorsqu'il se penche sur les copies réalisées par un officier public qui n'en a pas établi la minute, occurrence aujourd'hui très improbable.

<sup>49</sup> Sur tous ces points, V., notamment, J.-L. Aubert, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Sirey - Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., Paris 2008, n° 221 ; A. Bénabent, Droit civil. Les obligations, Coll. Domat, 12<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2010, n° 126, p. 92 ; Fr. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, JCP 1981, I, 3008, n° 22 à 28 ; Chr. Larroumet, Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., Paris 2006, n° 580 p. 355 et s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, Coll. Droit civil, Defrénois, Lextenso, 4<sup>ème</sup> éd., Paris 2009, n° 567, p. 289 ; H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, Fr. Chabas, *Leçons de Droit civil*, t. 1, 1<sup>er</sup> vol., Introduction à l'étude du droit, 12<sup>ème</sup> éd. par Fr. Chabas, Montchrestien, Paris 2000, n° 398-2, p. 564 et s. ; Ph. Malinvaud, Introduction à l'étude du Droit, Coll. Manuels, 13<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, Paris 2011, n° 602, p. 414 et s. ; Fr. Terré, Introduction générale au droit, Coll. Précis, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd. 2009, n° 534 et s., p. 504 et s. ; P. Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, tome 1, 33<sup>ème</sup> éd., Paris 2011, *précit.*, n° 1252, p. 634.

<sup>50</sup> C'est d'ailleurs dans cet esprit qu'une norme NF a été élaborée contenant des spécifications en vue du stockage de documents électroniques sur disques optiques (NF Z 42-013), que ce soit en interne ou par convention d'archivage conclue avec une entreprise spécialisée.

<sup>51</sup> En ce sens, V., p. ex., Fr. Terré, Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 659, p. 542.

<sup>52</sup> En ce sens, Chr. Larroumet, Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, t. 1, *op. cit.*, n° 580, p. 360 ; H. et L. Mazeaud et J. Mazeaud, Fr. Chabas, *op. cit.*, n° 398-2, p. 565 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 1593, p. 594.

<sup>53</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 27 mai 1986 : n° 84-14.370, Bull. n° 141, JCP 1987, II, 20873 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 14 févr. 1995 : n° 92-17.061, JCP 1995, II, 22402, note Y. Chartier, D. 1995, 340, note St. Piedelièvre, RTD civ. 1996, 174, obs. J. Mestre ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 9 mai 1996 : n° 94-13.310 et n° 94-13.311, Bull. n° 190, RTD civ. 1997, p. 163, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>54</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 25 juin 1996 : Bull. n° 270, n° 94-11.745, CCC 1996, 183, obs. L. Leveneur, à propos d'une photocopie : « attendu, [...] que la photocopie produite aux débats est une reproduction fidèle et durable du mandat établi par M. Y..., ainsi que l'a constaté l'arrêt avant-dire droit du 3 juillet 1992 ; que, dès lors, ce document ne constituait pas un commencement de preuve par écrit, mais faisait pleinement la preuve de l'existence du contrat de mandat du 2 février 1990, conformément à l'article 1348, alinéa 2, du Code civil ».

<sup>55</sup> En ce sens, V. P. Voirin, G. Goubeaux, Droit civil, tome 1, 33<sup>ème</sup> éd., Paris 2011, *précit.*, n° 1252, p. 634.

<sup>56</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 21 oct. 1997 : Bull. n° 284, n° 95-18.787.

<sup>57</sup> Fr. Terré, Introduction générale au droit, *op. cit.*, n° 660, p. 543.

<sup>58</sup> Louis Pasteur, Discours d'inauguration de l'Institut Pasteur, 14 novembre 1888.

<sup>59</sup> Alain, Propos d'un Normand, publiés dans la Dépêche de Rouen et de Normandie, puis en 4 tomes, Nrf, 1906–1914.

П. П. Грицаенко\*

## ПОЛОВАЯ ЗРЕЛОСТЬ: ВОЗВРАЩЕНИЕ В ПРАВОВОЕ ПОЛЕ

*Освещается проблема, возникшая в связи с возвращением в УК РФ понятия «половая зрелость».*

*Ключевые слова: половая зрелость, уголовное право, судебно-медицинская экспертиза*

*The article highlights the problem that arose in connection with the return of the Criminal Code the term «puberty»*

*Key words: puberty, criminal law, forensic examination*

С 1 марта 2012 г. вступили в действие нормы Федерального закона от 29 февраля 2012 г. № 14-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях усиления ответственности за преступления сексуального характера, совершенные в отношении несовершеннолетних». В частности, в чч. 1 и 2 ст. 134, ч. 1 ст. 135 УК РФ появилось понятие «половая зрелость». В связи с этим в ходе расследования уголовных дел, возбужденных по соответствующим статьям УК РФ, следователи Следственного комитета РФ назначают судебно-медицинские экспертизы для установления половой зрелости.

Понятие «половая зрелость» использовалось в УК РСФСР 1960 г., но не было включено в УК РФ 1996 г. Установление факта достижения половой зрелости относилось к компетенции судебно-медицинских экспертов. Определение понятия «половая зрелость», критерии и методика установления ее достижения ранее регламентировались Правилами судебно-медицинской акушерско-гинекологической экспертизы (утв. Минздравом СССР 7 января 1966 г.) и Правилами судебно-медицинской экспертизы половых состояний мужчин (утв. Минздравом СССР 18 октября 1968 г.).

В Правилах под *половой зрелостью* понимается такая степень физического развития и физиологического состояния организма, которая характеризуется способностью к выполнению всех половых функций без ущерба для здоровья. К половым функциям женского организма относятся совокупление, зачатие, вынашивание плода, родоразрешение, вскармливание ребенка. Половыми функциями мужчины являются совокупление и оплодотворение. У лиц женского пола достижение половой зрелости признается при достаточном развитии наружных половых органов и влагалища (способность к совокуплению), появлении регулярных менструаций (способность к зачатию), нормальном развитии матки (способность к вынашиванию плода), достаточных размерах таза (способность к родоразрешению), развитии молочных желез (способность к вскармливанию), определенной степени физического развития и выраженности вторичных половых признаков. Для принятия решения о достижении половой зрелости необходим анализ совокупности перечисленных признаков. Считается, что половая зрелость у юношей наступает позднее, чем у девушек. При установлении половой зрелости лиц мужского пола обращают внимание на общее физическое развитие, выраженность вторичных половых признаков, развитие половых органов, возможность эрекции, т. е. напряженного состояния полового члена (способность к совокуплению), наличие в сперме подвижных сперматозоидов (способность к оплодотворению).

\* Грицаенко Петр Петрович – профессор кафедры правовой психологии и судебных экспертиз Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: breze@sky.ru.

Однако при введении в УК РФ рассматриваемого понятия каких-либо разъяснений, направленных на *правовую* регламентацию порядка установления половой зрелости, дано не было. В связи с этим невозможно оценить, используется ли термин «половая зрелость» в УК РФ в том же значении, в каком он применялся в УК РСФСР.

Правила были написаны во времена, когда не было современных методов исследований (УЗИ, оценка гормонального статуса и т. д.). К примеру, половую зрелость подростков мужского пола в соответствии со старыми Правилами необходимо было оценивать по таким не совсем однозначным признакам, как тембр голоса или наличие растительности на лице. Представляется, что многие антропометрические показатели надо корректировать.

В настоящее время в различных медицинских специальностях используются определения понятия «половая зрелость», которые не в полной мере соответствуют предложенным в названных Правилах. Поэтому практически невозможно оценить наличие либо отсутствие противоречий между указанными Правилами Минздрава СССР и действующим законодательством РФ.

Кроме того, использование Правил связано с определенными методическими трудностями по следующим причинам:

не учитываются современные требования к обоснованности заключения (исследования) эксперта (специалиста);

содержатся критерии, установление которых выходит за пределы компетенции судебно-медицинских экспертов (например, «способность к выполнению материнских обязанностей»).

Наличие неопределенностей может привести к неоднозначному толкованию понятия «половая зрелость», а также вызвать сложности при установлении достижения (недостижения) потерпевшими половой зрелости при производстве судебно-медицинских экспертиз (исследований) и, как следствие, невозможность принятия законно обоснованных решений по делам о преступлениях сексуального характера, совершенных в отношении несовершеннолетних, и подобным делам.

В связи со сложившейся ситуацией Российский центр судебно-медицинской экспертизы Министерства здравоохранения РФ в письме от 27 марта 2012 г. № 1172 по поводу критериев определения половой зрелости при проведении судебно-медицинских экспертиз сообщает, что «каких-либо нормативных правовых документов (инструкций, правил), регулирующих данный вид судебно-медицинских исследований по установлению достижения (недостижения) лицами мужского и женского пола половой зрелости, не издано. До издания соответствующего нормативного правового акта Министерством здравоохранения России рекомендовано использовать комплекс медицинских критериев, которые содержатся в ранее применявшихся инструктивных и информационных документах (правилах определения половых состояний), а также в учебниках и монографиях, изданных ведущими судебными медиками страны, и которые не противоречат современным воззрениям медицины и биологии. Выполнение данных экспертиз (исследований) необходимо проводить в рамках комиссионных (комплексных) экспертиз, с привлечением в состав экспертных комиссий соответствующих специалистов и проведением (при необходимости) адекватных в этих случаях лабораторных исследований».

А. Н. Марченко\*

## К ВОПРОСУ ОБ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНСТИТУЦИИ ТРЕТЬЕГО РЕЙХА

*Статья посвящена сущности экономической формации Третьего рейха. Анализируются различные научные гипотезы относительно организации экономики нацистской Германии.*

*Ключевые слова: экономическая конституция, социализм, картелизация, «командный капитализм», империализм, личная зависимость, вещная (экономическая) зависимость, «право силы», «право формального равенства», буржуазные права и свободы, индустрия*

*This article is devoted to the essence of Third Reich economic structure. Analysis of different scientific hypotheses about organization of economy of Nazi Germany is conducted.*

*Key words: economic constitution, socialism, cartelization, «command capitalism», imperialism, «leibseigener», economic coercion, equality before the law, industry*

Экономическая составляющая нацистской диктатуры привлекает внимание исследователей с самого ее появления. Экономика Третьего рейха позволила нацистам не только развязать Вторую мировую войну, но и вести ее на протяжении почти шести лет с такой интенсивностью, что ее последствия до сих пор потрясают воображение. Борьба за мировое господство требовала от Германии соответствующего ее притязаниям уровня развития науки, техники и, конечно же, производства. Именно на заводах Германии (и не только Германии) ковался тот самый «германский меч», с помощью которого фашисты надеялись установить свою гегемонию в мире. Поэтому экономика гитлеровской Германии, ее развитие и жизнеспособность были объектом изучения, острой критики либо, напротив, приводились как пример грамотной организации. В настоящей работе мы решили исследовать экономические отношения, закрепленные конституционным правом фашистской Германии.

Российский ученый Н. С. Бондарь пишет: «Экономические отношения представляют собой важную сферу конституционного регулирования, а экономическое развитие общества естественным образом становится конституционной проблемой»<sup>1</sup>. Одним из инструментов для изучения конституционно-правовой основы экономики служит концепция экономической конституции. Данная концепция, как и само понятие экономической конституции, рассматриваются в работе Г. Н. Андреевой<sup>2</sup>, а также в статье Ж. Ж. Билаловой<sup>3</sup>. Указанные авторы выделяют экономическую конституцию в социологическом смысле (исследуется главным образом социальная составляющая экономической конституции), в экономическом смысле (включает текущее состояние национальной экономики, экономическую модель экономики (рыночную либо плановую), нормы, которые издает законодатель для поддержания экономического порядка) и в правовом смысле (под ней понимают: 1) правовые нормы, обеспечивающие деятельность и управление в экономической сфере; 2) правовые положения об экономике, включенные в текст конституции).

По словам Ж. Ж. Билаловой, ряд исследователей считают, что экономическая конституция существует в любом государстве, где имеется экономический порядок. Сторонники широкой трактовки понятия конституции («реальной конституции») как определенной организации государства независимо от наличия в нем формальной (писаной)

\* Марченко Алексей Николаевич — аспирант кафедры конституционного права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина (Жердевка, Тамбовская обл.). E-mail: alexey\_ctk@mail.ru.

конституции так же широко трактуют понятие экономической конституции, рассматривая ее как систему реальных отношений в сфере общественного производства. Однако Ф. Бем указывал, что «экономическая конституция — понятие о правовых нормах»<sup>4</sup>, т. е. экономическая конституция есть лишь в государствах, которые с помощью правовых норм регулируют экономическую сферу.

Итак, понятие «экономическая конституция» используется в формальном и материальном смысле. В формальном смысле это закон или группа законов государства, обладающих высшей юридической силой, содержащих нормы, регулирующие экономические отношения. В материальном смысле это нормы не только конституционного уровня, но и других правовых актов, закрепляющих положения, значимые для экономических отношений (например, нормы гражданского законодательства).

В российской юридической литературе под экономической конституцией понимают проникнутую внутренним единством совокупность конституционных положений, устанавливающих принципиальные нормы в сфере предпринимательства<sup>5</sup>. Испанский исследователь А. Торрес дель Мораль, характеризуя соответствующие нормы Конституции Испании, относил их к «совокупности предписаний относительно экономической материи, которые образуют то, что обычно называется экономической конституцией»<sup>6</sup>.

Основываясь на идеях перечисленных авторов, мы определяем экономическую конституцию как совокупность норм конституционного права, закрепляющих и регулирующих основные черты экономической системы, хозяйственной организации общества, отношений по поводу средств производства, создания и распределения материальных благ. Несомненно, экономическая конституция является системой норм, регулирующих экономические отношения в рамках государственного строя.

Помимо понятия экономической конституции мы будем использовать термин «конституционная модель экономики». Г. Н. Андреева конституционной моделью экономики считает определенный относительно однородный набор институтов, инструментов и их интерпретаций, который применяется в рамках рыночной, социалистической и переходных экономических моделей для их конституционного оформления<sup>7</sup>. Большинство зарубежных авторов под моделью понимают совокупность характерных черт конкретной конституции<sup>8</sup>. Говоря о конституционной модели экономики нацистской Германии, мы будем подразумевать под ней совокупность важнейших черт, принципов и признаков экономической конституции Третьего рейха.

Одним из первых пытался понять экономическую конституцию и суть финансово-промышленной формации рейха Фридрих Август фон Хайек. В книге «Дорога к рабству», впервые изданной в 1944 г., Хайек презюмировал, что экономический строй фашистской Германии есть не что иное, как порождение социалистического мировоззрения, требующего введения централизованного командного планирования и максимально возможного обобществления средств производства: ученый считал, что распространение в донацистской Германии социалистических идей привело страну к фашистской диктатуре. Объясняя конфликт между нацистами и социалистами-марксистами, Хайек называл правый социализм «консервативным» или «религиозным»<sup>9</sup>.

По Хайеку, национал-социализм противопоставлен экономическому либерализму, основанному на неприкосновенности частной собственности, индивидуализме, нерегулируемом рынке, «конкурентном порядке», и является по своей экономической сущности социализмом с наличием планово-командной системы регулирования. Хайек категорически протестовал против того, чтобы понимать национал-социалистическую революцию как капиталистическую реакцию на возможное наступление социализма, рост рабочих, политических и профсоюзных движений. Он утверждал, что «как раз поддержка со стороны социалистов и привела сторонников этих идей (нацистских идей. — А. М.) к власти. И не при помощи буржуазии они получили власть, а скорее в силу отсутствия крепкой буржуазии»<sup>10</sup>. Значит, Веймарская республика погибла не в результате «сгово-



ра элит», а вследствие образования «союза левых и правых антикапиталистических сил, своеобразного сплава радикального и консервативного социализма, который и искоренил в Германии все проявления либерализма»<sup>11</sup>. В свете изложенного представляется бесспорным, что Хайек считал экономико-хозяйственную формацию Третьего рейха формацией социалистической.

В обоснование своих утверждений ученый называл значительный список лиц, означенных как социалисты различных направлений, которые позднее изменили свои убеждения на национал-социалистические, при этом их взгляды на оптимальную хозяйственную организацию государства не претерпели значительных изменений, что указывает на «идейную близость» левого и правого радикализма. Среди таких персон Хайек перечислял Вернера Зомбарта, автора книги «Торгаши и герои», Иоганна Пленге, Фридриха Науманна, Пауля Ленша, представителя левого крыла социал-демократической партии в рейхстаге. Освальд Шпенглер, наряду с Артуром ванн ден Бруком, назван «творцом национал-социализма». По мнению Хайека, всех упомянутых людей объединяет приверженность «прусскому духу», которая подразумевает, что «каждый должен быть официальным лицом, находящимся на жалованье у государства. В частности, управление любой собственностью осуществляют только государственные уполномоченные. Тем самым государство будущего — это государство чиновников»<sup>12</sup>. Автор утверждал, что социалисты поддерживали немецкую военную экономику как оплот «прусского духа» против «коммерческой» культуры Англии, основанной на идеях Великой французской революции — идеях свободы, равенства и братства. Очевидно, что Хайек, признавая социалистическую сущность экономической формации гитлеровской Германии, присоединялся к исследователям<sup>13</sup>, видящим социальную сущность нацизма в его крайней враждебности к промышленно-финансовой элите, практически возводящим стену между высшей социальной стратой и фашизмом<sup>14</sup>.

В наше время взгляды Хайека на экономическую составляющую национал-социализма подверг анализу американский ученый Дж. Баркли Россер<sup>15</sup>, в его статье ответу на вопрос, был ли национал-социализм действительно социализмом, посвящен отдельный параграф. Ученый показывает, что существуют доказательства того, что нацизм имеет «социалистические корни». Одно из них заключается в том, что нацистская партия официально именовала себя социалистической (Национал-социалистическая немецкая рабочая партия — NSDAP). Нацистская экономическая система, по словам Баркли Россера, многим напоминала административно-командную систему хозяйства СССР в период диктатуры Сталина: у этих стран экономика была так или иначе централизована, присутствовала репрессивная политическая диктатура, готовая уничтожить массы людей по идеологическим и политическим соображениям, в общественное сознание внедрялись идеалы коллективизма, а не индивидуализма.

Однако между нацизмом и социализмом были и отличия. Наиболее важным из них, говорит Баркли Россер, является принципиально различный подход к вопросу о собственности на средства производства, ведь сам Хайек включал национализацию средств производства в число необходимых элементов социализма. В то время как в СССР происходило обобществление средств производства, а покушение частных лиц на приобретение или овладение средствами производства рассматривалось как посягательство на основы социалистического государства, в нацистской Германии дела обстояли иначе. Известно, что крупная фракция нацистской партии требовала полной «отмены процентного рабства» и земельной ренты. По словам Конрада Гейдена, имеются многочисленные свидетельства того, что нацистское правительство поддерживало частную собственность, в особенности крупную. Например, ввиду крайне бедственного положения германского крестьянства процентная ставка по займам для развития сельского хозяйства была снижена, но только до 4,5 %. Зато предложения о конфискации юнкерских

имений, большинство из которых фактически являлись банкротами, по свидетельству того же Гейдена, не имели успеха.

В связи с этим Баркли Россер приходит к выводу, что официальная доктрина нацистской партии была доктриной корпоративного государства, в котором конфликты классов будут приглушены для достижения национальных целей, а отрасли промышленности будут объединены в картель, но это не отвечало ожиданиям сторонников малого бизнеса в стане Гитлера. Следовательно, нацистскую Германию можно охарактеризовать скорее как «командный капитализм», а не как реальный социализм с командно-плановой экономикой.

Баркли Россер объясняет позицию Хайека по вопросу о социалистической сущности нацизма опасениями относительно госвмешательства в экономику, которое якобы неизбежно ведет к диктатуре. По словам Россера, основным аргументом Хайека в пользу «социалистических корней» национал-социализма стало его утверждение о том, что ключевые элементы экономической системы нацистской тоталитарной диктатуры были заложены политикой картелизации и монополизации, проводившейся еще Бисмарком<sup>16</sup>; для большей убедительности Хайек отмечал, что в 1928 г. в Германии правительство контролировало напрямую больше 53 % национального дохода, а косвенно — всю экономическую жизнь нации. При таких обстоятельствах, по словам Хайека, не оставалось индивидуальной цели, достижение которой не ставилось бы в зависимость от деятельности государства, и общественная шкала ценностей, направляющая и регулирующая деятельность государства, должна была учитывать все индивидуальные нужды<sup>17</sup>. Поскольку не может быть постоянного согласия относительно такой шкалы ценностей, то компромисс достигается должностными лицами, которые будут управлять системой в антидемократической манере. Это и есть, по существу, основной и самый веский аргумент Хайека.

В свою очередь марксисты разработали собственные оценки нацизма и его экономической системы. Классическое определение фашизма дал Г. М. Димитров на VII конгрессе Коминтерна. Димитров утверждал: «Фашизм появляется как одна из реакций буржуазии на диктатуру пролетариата. Неудивительно, что на своей родине, в Италии, фашистское движение сразу же приняло антикоммунистический характер, развившийся в воинствующий антикоммунизм. При всей пестроте и сложности классового состава фашистского движения определяющим является его антипролетарский характер. Фашизм есть непосредственная реакция всего антипролетарского фронта на надвигающуюся социалистическую революцию в условиях развала или кризиса буржуазного государства, разброда в господствующем классе, социальной истерии во всех слоях общества. По своей социальной природе фашизм есть не что иное, как превентивная контрреволюция, имеющая своей целью не только предотвратить надвигающуюся социалистическую революцию, но и увести массы в сторону от борьбы за социализм под псевдосоциалистическими и шовинистическими лозунгами. Установление фашизма представляет собой коренной переворот, приводящий к полному и окончательному уничтожению буржуазной демократии самой буржуазией, поскольку социальная база ее диктатуры распалась. Приход фашизма к власти — это не обыкновенная замена одного буржуазного правительства другим, а смена одной государственной формы классового господства буржуазии — буржуазной демократии — другой его формой — открытой террористической диктатурой»<sup>18</sup>. Итак, Димитров считал фашизм и его разновидность (нацизм) открытой террористической диктатурой буржуазии, отличающейся от другой формы господства буржуазии — буржуазной парламентской демократии.

Советские ученые — современники нацизма указывали, что при наступлении империалистической фазы развития капитализма могущественная буржуазия стремится «разорвать пути» буржуазной законности, которая теперь лишь стесняет ее. Например, в «Юридическом словаре» под редакцией С. Н. Братуся говорится: «В период импе-

риализма, а особенно в условиях общего кризиса капитализма, обострения классовой борьбы в лагере империализма, роста национально-освободительного движения в колониях и зависимых странах, буржуазия, выбрасывая знамя буржуазно-демократических свобод за борт, отказывается от собственной же законности не только при особо острых для нее обстоятельствах, но и при „нормальных“ условиях. В. И. Ленин еще в 1911 году отметил этот процесс ломки буржуазной законности. „Эпоха использования созданной буржуазией законности сменяется эпохой величайших революционных битв, причем битвы эти по сути дела будут разрушением всей буржуазной законности, всего буржуазного строя, а по форме должны начаться (и начинаются) растерянными потугами буржуазии избавиться от ею же созданной и для нее ставшей невыносимую законности!“<sup>19</sup>.

Советская правовая наука утверждала, что «в условиях империализма буржуазное государство совершает поворот от буржуазной демократии к реакции, произвол и террористические методы расправы с революционерами и прогрессивными деятелями становятся обычным, „нормальным“ способом обеспечения господства империалистической буржуазии, так как она уже не способна удерживать свое господство методами буржуазной демократии»<sup>20</sup>. На широкое применение крупной буржуазией насильственных незаконных методов борьбы со своими противниками, в частности с рабочим движением, указывал Эрнст Генри в книге «Профессиональный антикоммунизм». Повторяя тезис Димитрова о фашизме как диктатуре империалистического капитала, советские исследователи утверждали: «Фашизм возникает в условиях общего кризиса капитализма, охватывающего как экономику, так и политику и характеризующегося крайним обострением всех противоречий капиталистического строя... фашизм является признаком слабости буржуазии, ее неспособности удерживать далее свое господство старыми методами — методами парламентаризма и буржуазной демократии... Фашистское государство представляет собой не новый тип государства, а лишь наиболее реакционную и опасную террористическую разновидность буржуазного типа государства периода империализма, имеющую целью установить господство самой реакционной части буржуазии, упрочить эксплуатацию человека человеком...»<sup>21</sup> Итак, советская наука определяла экономическую систему Третьего рейха как *империалистическую буржуазную формацию*, диктатуру монополистического капитала.

Таким образом, обозначились три основные парадигмы, на которых может быть основано изучение экономической конституции и экономики фашистской Германии: одни ученые воспринимают экономику Германии как административно-командную систему, подобную плановому хозяйству СССР; другие понимают хозяйство Третьего рейха как «командный капитализм», т. е. основанный на идеях корпоративизма строй с частной собственностью на средства производства; третьи исходят из того, что поскольку нацизм есть диктатура монополий и реальная политическая власть принадлежит этим монополиям, то экономическая формация гитлеровской Германии есть буржуазная формация на империалистической стадии развития капитализма, где внутренняя и внешняя политика государства направлена на обеспечение максимальной прибыли крупных капиталистов «путем эксплуатации, разорения и обнищания большинства населения данной страны, путем систематического ограбления народов других стран, путем войн и милитаризации народного хозяйства, используемых для обеспечения наивысших прибылей»<sup>22</sup>.

Для уяснения подлинной сущности конституционной модели экономики фашистской Германии следует определить, какие понятия и взгляды являются общими для названных подходов и в чем состоят отличия.

Общим выступает признание факта картелизации и монополизации финансовой и промышленной сферы экономики Третьего рейха. Так, Хайек говорил о том, что со времен Бисмарка вследствие политики протекционизма в Германии создавались основы экономики нацистской Германии путем картелизации и монополизации хозяйства. Баркли Россер определил модель экономики гитлеровской Германии как «командный

капитализм», корпоративное государство, в котором отрасли промышленности объединены в картель. Советская школа связывала нацизм и его экономическую систему с высочайшим уровнем концентрации капитала, диктатурой монополий, их реальной политической властью.

Вместе с тем мнения ученых относительно взаимоотношений этих монополий между собой и с государством расходятся. Хайек определял национал-социалистический строй как «чистый коллективизм, свободный от малейшего налета индивидуалистической традиции»<sup>23</sup>, что заставляет нас думать об интерпретации ученым нацизма как социалистического экономического строя. Но в гл. XII «Социалистические корни нацизма» книги «Дорога к рабству» автор сосредоточился не на изучении экономического строя или конституционной модели экономики Третьего рейха, а на просоциалистическом настрое общественного мнения как предпосылке прихода Гитлера к власти; анализа характера взаимоотношений между картелями и госорганами нет. Однако поскольку Хайек говорил о социалистической сущности нацизма, мы можем заключить, что, вероятно, он отводил главное место в экономическом строе Германии государственным чиновникам и их директивам. Баркли Россер, видимо, тоже выводил на первый план государственных чиновников, ибо только с помощью административного аппарата можно создать корпоративное государство, приглушить классовую борьбу, объединить промышленность в картели. Советская наука во главу ставила капиталистические корпорации и их интересы, но, к сожалению, не уделяла достаточно внимания исследованию специфики экономической системы нацистского государства, рассматривая его как разновидность буржуазного государства, наряду со странами буржуазно-демократического лагеря. Однако огромную роль госструктур в экономической системе донацистской Германии подчеркивал В. И. Ленин, который указывал, что в Германии было достигнуто соединение «гигантской силы капитализма с гигантской силой государства в один механизм, ставящий десятки миллионов людей в одну организацию государственного капитализма»<sup>24</sup>. Очевидно, подобное сращение хозяйственных и государственных структур характерно и для Германии 1933–1945 гг.

Рассматривая вопрос о конституционной модели экономики гитлеровской Германии, невозможно обойти вниманием Закон от 27 февраля 1934 г. «О подготовке органического построения народного хозяйства». Этот Закон закреплял единоначалие в промышленности («принцип фюрера») и объединение хозяйствующих субъектов в картели, предписывалось образование хозяйственных объединений, становившихся единственными представителями соответствующих отраслей хозяйства Германии. Все отрасли хозяйства были разделены на «имперские группы», которых сначала было 12, а затем их число сократилось до шести: промышленность, банки, торговля, страхование, энергетика, ремесленное производство. Но предприятия остались в частной собственности их владельцев, более того, в соответствии с Законом «О порядке национального труда» 1934 г. они были объявлены «фюрерами» предприятий, им предоставлялось право определения условий труда, увольнения, наложения штрафов. Конфликты между рабочими и владельцами предприятий разрешались специализированными государственными органами. Нужно помнить, что идеологи и теоретики нацистской экономики придерживались концепции «третьего пути», или «третьей позиции», согласно которой «преобладающий путь мирового экономического и политического развития лежит между капитализмом и социализмом»<sup>25</sup>.

Таким образом, феномен экономической организации нацистского государства не может быть сведен исключительно к социалистической формации, тем более не может быть понят как следствие обобществления производства на эгалитарных началах. Вместе с тем нельзя рассматривать нацистскую экономику как диктатуру владельцев крупного капитала, ведь политическая власть, основанная на экономическом влиянии, присуща только государствам, где действует *буржуазная законность*. Буржуазная, или

либеральная, законность отличается от законности, присущей обществам, строй которых, соглашаясь с А. де Токвилем, можно определить как Старый порядок.

К. Маркс говорил о трех качественных типах общественных отношений в истории, основанных на типе социальной связи между людьми: «Отношения личной зависимости (вначале совершенно первобытные) — таковы те первые формы общества, при которых производительность труда развивается лишь в незначительном объеме и в изолированных пунктах. Личная независимость, основанная на *вещной* зависимости, — такова вторая крупная форма, при которой впервые образуется система всеобщего общественного обмена веществ, универсальных отношений, всесторонних потребностей и универсальных потенций. Свободная индивидуальность, основанная на универсальном развитии индивидов и на превращении их коллективной, общественной производительности в их общественное достояние, — такова третья ступень»<sup>26</sup>. Очевидно, что Маркс под общественными формациями, в основе которых лежали отношения личной зависимости, понимал общества всей добуржуазной эпохи. Личная зависимость предполагает возможность применения по отношению к индивидам насилия по «праву сильного».

В свою очередь О. Л. Богинич называет два типа права: «право силы», или «право неравных», и «право формального равенства»<sup>27</sup>. «Право силы» не признает равенства субъектов общественных отношений и способствует навязыванию своей воли другим. Оно зародилось в догосударственную эпоху, когда вожди и члены совета старейшин родоплеменной общины пользовались преимуществами своего статуса перед другими представителями племени. В. И. Сергеевич говорил, что обычное право с самого начала было «правом сильного»<sup>28</sup>. С точки зрения С. С. Алексеева, указанная форма права есть доцивилизационная стадия права, сущность которой состоит в том, что право принадлежит просто сильному, отражает относительно доцивилизационных порядков присущие им иерархические основы и выступает в виде упорядочивающего и стабилизирующего фактора<sup>29</sup>. Французский антрополог права Н. Рулан утверждает, что агрессивность как производная от «права силы» форма поведения имеет целью поддержку социальной иерархии в обществе: в случае противостояния более сильный или тот, кто занимает высшую ступень в общественной иерархии, принуждает более слабого или того, кто стоит на более низкой ступени, повиноваться и вести себя в соответствии со своим более низким статусом<sup>30</sup>.

«Право неравных», по словам О. Л. Богинич, в открытой форме существовало на протяжении достаточно длинного исторического периода: эпохи рабовладельческого строя, феодализма, капитализма (в период первоначального накопления капитала). С развитием капиталистических отношений все более и более возрастала роль обмена продуктами производства, где «основанием присвоения материальных благ было уже не осуществление „права силы“ в открытой форме, а признание другого субъекта равным себе и получение от него определенного продукта не на условиях насилия, а на условиях обмена между равными субъектами»<sup>31</sup>. Доминантным в системе общественных отношений стало «право формального равенства».

При действии «права неравных» отсутствуют законодательно закрепленные и фактически охраняемые силами государства права и свободы человека, такие как неприкосновенность личности и собственности, не развита система цивилизованного разрешения споров. Например, судебный порядок урегулирования споров на основе современного гражданского законодательства характеризует общество как основанное на принципе формального равенства, а разрешение конфликтов с помощью судебного поединка по древнескандинавскому праву однозначно указывает на «право сильного» как базу данного общества. «Право сильного» предполагает наличие социальной связи в виде личной, физической зависимости (личнозависимый тип социальной связи). Примерами такой связи могут быть отношения рабовладельца и раба, феодала и крепостного, патрона и клиента.

«Право формального равенства», напротив, предусматривает юридическое равенство по принципу «Все равны перед законом, но не все равны между собой», т. е. закреплено и гарантируется равенство так называемых буржуазных прав и свобод (личных прав, чести, достоинства), но не имущественное равенство. Следовательно, возникает вещная зависимость, в первую очередь зависимость от средств производства и их собственников, в руках которых находятся источники дохода неимущей массы (вещнозависимый тип социальной связи). К. Маркс говорил, что признание личной независимости при сохранении отношений вещной зависимости знаменует собой прогрессивную по сравнению со Старым порядком ступень общественного развития, потому что только на этой ступени «впервые образуется система всеобщего общественного обмена веществ, универсальных отношений, всесторонних потребностей и универсальных потенций», иными словами, рыночная экономика (Хайек также называл нерегулируемую рыночную экономику «стихийным порядком», наиболее совершенной основой общественного устройства, «которая сохраняется как средство содействия достижению огромного многообразия личных целей»<sup>32</sup>). На основе отношений личной зависимости производительность труда развивается лишь в незначительном объеме и в изолированных пунктах, на таком фундаменте, по Марксу, невозможно создать индустриальную капиталистическую экономику.

Два обозначенных типа социальной связи, по нашему мнению, характеризуются различным соотношением сил между группами внутри правящей элиты. Как известно, Ч. Р. Миллс утверждал, что правящая элита развитых стран состоит из: 1) владельцев и руководителей бизнес-корпораций, 2) политической группировки президента, 3) высших государственных (в том числе военных) служащих, все вместе они образуют так называемый «элитный триумвират»<sup>33</sup>. Указанный круг лиц связан общими интересами, ценностями, образом жизни, общением. Лица, принадлежащие к «властвующей элите», «занимают в социальной системе стратегические командные пункты, в которых сосредоточены действенные средства, обеспечивающие власть, богатство и известность». Высокая степень сплоченности «властвующей элиты» делает ее самой организованной частью населения, доминирующей над остальной массой<sup>34</sup>.

При буржуазно-демократическом режиме, характеризуемом вещнозависимым типом социальной связи, защитой личных прав и свобод, неприкосновенностью собственности и невмешательством государства в дела частного предпринимательства, представители государственной власти и силовых структур ограничены законом и не могут оказывать давление на бизнес-элилу. В свою очередь бизнес-элилу свободна в распоряжении своей прибылью и своим капиталом, что позволяет ей поддерживать и финансировать свое лобби в структурах законодательной, исполнительной и судебной власти. Поэтому политолог М. Юсим для описания правящей элиты таких демократических государств, как США и Великобритания, ввел термин «внутренний круг» власти, в который входят лидеры бизнеса, поддерживающие систематические контакты друг с другом и с политическими лидерами. Важнейшие государственные решения принимаются в пределах этого «внутреннего круга», главным образом в рамках таких неофициальных форм общения, как общественные клубы, светские приемы и т. д., а затем проводятся через официальные структуры власти. Таким образом, бизнесмены получают доступ к власти, а политики — к источникам финансирования своей деятельности<sup>35</sup>. Следовательно, в рамках «властвующей элиты» лидеры бизнеса обладают максимальным влиянием, поскольку физическая зависимость предпринимателей от государственных структур исключена конституционным законом, а представители государственной власти нуждаются в средствах для политической деятельности, удовлетворения личных нужд, а также зачастую в капитале для бизнеса, которым они занимаются лично либо через членов своих семей. Именно поэтому советская наука строго придерживалась трактовки буржуазного государства как служащего исключительно интересам капитала<sup>36</sup>.

Иная ситуация складывается в обществе, основанном на личностнозависимом типе социальной связи. Очевидно, что для такого общества характерно присвоение материальных благ путем применения «права силы» в открытой форме. Более того, самым значимым, хотя и не единственным, средством власти выступает физическое насилие или физическое принуждение, перед угрозой которого отступает подавляющее большинство индивидов. Эффективность физического принуждения определяется тем, что его объектом выступает телесная оболочка человека, его ткани, а главными последствиями применения являются телесные повреждения и смерть<sup>37</sup>. В связи с этим «вплоть до середины XX века политическая власть в различных обществах реализовывалась главным образом в форме абсолютного доминирования правящего субъекта, а политическое господство полностью совпадало с другими видами господства (экономическим, социальным, духовным и так далее)»<sup>38</sup>. Здесь расстановка сил в рамках «властвующей элиты» почти всегда в пользу носителей государственной власти: монархов, диктаторов, хунты.

Итак, буржуазно-демократическое государство есть тип государства, в котором присутствует личная независимость (под которой понимаются гарантии неприкосновенности личности и собственности, обеспеченные государством, которое обладает монополией на насилие, но исключительно в соответствии с принципами либеральной правозаконности), а общественные отношения основаны на *вещной зависимости* или, другими словами, экономической зависимости индивидов. Общеизвестно, что нацистское государство, будучи тоталитарным, не предоставляло никаких гарантий личной независимости и неприкосновенности частной собственности, напротив, проводило экспроприацию имущества как у групп населения (например, евреев), так и у отдельных лиц (в частности, у Фрица Тиссена). Третий рейх был государством, основанным на физическом насилии и *физической зависимости* населения от партийно-государственных структур, пользовавшихся абсолютной властью.

Мы считаем, что экономическая конституция рейха опиралась на элитарное миропонимание, свойственное фашизму вообще. Это миропонимание предполагает, что власть и рычаги управления важнейшими общественными процессами должны находиться в руках у малочисленной элиты во главе с единоличным правителем — фюрером. В элиту нацистского государства вошли представители как партийных и силовых структур, так и крупного бизнеса, но власть была сосредоточена в руках централизованного государственного аппарата, главенствующую роль в котором играла нацистская партия под руководством Гитлера; неповиновение грозило «капитанам индустрии» потерей не только капиталов, но и личных прав.

Следовательно, уникальность нацистского государства состоит в том, что его высокоразвитая индустрия, огромный экономический, научно-технический и военный потенциал были созданы в условиях реставрации и культивирования отношений насилия, ликвидации буржуазных прав и свобод, законности. Если до появления режимов тоталитарного типа не существовало обществ, где развитое капиталистическое хозяйство соседствовало с отсутствием либеральных свобод и широким вмешательством госструктур в предпринимательскую деятельность, то теперь появился особый тип государств, отличных как от стран демократического лагеря, так и от докапиталистических обществ. По нашему мнению, при исследовании Третьего рейха, в частности его экономической конституции, в первую очередь надлежит рассматривать гитлеровскую Германию как феномен существования высокоорганизованного индустриального общества, основанного на личностнозависимом типе социальной связи между людьми.

<sup>1</sup> Бондарь Н. С. Экономическое развитие общества (в контексте решений Конституционного Суда РФ) // Закон. 2006. № 11. С. 34.

<sup>2</sup> Андреева Г. Н. К вопросу о понятии экономической конституции // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 7.

<sup>3</sup> *Билалова Ж. Ж.* Концепция «экономической конституции» и ее практическая значимость // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 8.

<sup>4</sup> Цит. по: *Билалова Ж. Ж.* Указ. соч. С. 3.

<sup>5</sup> *Гаджиев Г. А.* Защита основных экономических прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. М., 1995. С. 8.

<sup>6</sup> Цит. по: *Андреева Г. Н.* К вопросу о понятии экономической конституции. С. 11.

<sup>7</sup> *Андреева Г. Н.* Экономическая конституция в зарубежных странах. М., 2006. С. 129.

<sup>8</sup> *Билалова Ж. Ж.* Указ. соч. С. 8.

<sup>9</sup> *Хайек Ф. А.* Дорога к рабству. М., 2005. С. 179.

<sup>10</sup> Там же. С. 168.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> Там же. С. 176.

<sup>13</sup> К таким исследователям относится, например, С. М. Липсет, который пытался дать социологический анализ феномена фашизма (*Lipset S. M. Political man. L., 1960*). Липсет утверждал, что социальный слой (Липсет насчитывал три крупных социальных страты: низшую, среднюю и высшую) имеет как демократическое, так и тоталитарное политическое выражение. По его мнению, фашизм – порождение средней, но не высшей социальной страты.

<sup>14</sup> Советская историческая энциклопедия. Т. 14. М., 1980. С. 971.

<sup>15</sup> *Rosser Barkley J. Jr. The Road to Serfdom and the world economy: 60 years later // European Journal of Political Economy. 2005. Vol. 21. Is. 4. P. 1012–1025.*

<sup>16</sup> *Хайек Ф. А.* Дорога к рабству. С. 173.

<sup>17</sup> Там же. С. 80.

<sup>18</sup> *Димитров Г.* Доклад на VII Всемирном конгрессе Коммунистического интернационала. Политический отчет ЦК БРП(к) V съезду партии. М., 1958. С. 8.

<sup>19</sup> Юридический словарь / под ред. С. Н. Братуся. М., 1953. С. 48.

<sup>20</sup> Там же.

<sup>21</sup> Там же. С. 735.

<sup>22</sup> Там же.

<sup>23</sup> *Хайек Ф. А.* Дорога к рабству. С. 167.

<sup>24</sup> Цит. по: История Великой Отечественной войны Советского Союза 1941–1945: в 6 т. Т. 1. М., 1960. С. 21.

<sup>25</sup> *Brinkmann C. Weltpolitik und Weltwirtschaft der neusten Zeit. Berlin, 1936. S. 93–94.*

<sup>26</sup> *Маркс К., Энгельс Ф.* Собр. соч. 2-е изд. Т. 46. М., 1983. С. 100–101.

<sup>27</sup> *Богинич О. Л.* Генезис права как права силы // Рос. юрид. журн. 2010. № 5. С. 29–33.

<sup>28</sup> *Сергеевич В. И.* Лекции и исследования по древней истории русского права. М., 2004. С. 7. См. также: *Богинич О. Л.* Указ. соч. С. 32.

<sup>29</sup> *Алексеев С. С.* Право: азбука – теория – философия: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 297–298.

<sup>30</sup> *Рулан Н.* Юридическая антропология. М., 1999. С. 150.

<sup>31</sup> *Богинич О. Л.* Указ. соч. С. 31.

<sup>32</sup> *Хайек Ф. А.* Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов и политики. М., 2006. С. 173.

<sup>33</sup> *Миллс Ч. Р.* Властвующая элита. М., 1959. С. 31.

<sup>34</sup> *Ирхин Ю. В.* Политические элиты вчера, сегодня, завтра // Социально-гуманитарные знания. 2008. № 2. С. 84.

<sup>35</sup> Там же.

<sup>36</sup> Юридический словарь. С. 48–51.

<sup>37</sup> *Ткаченко В. И.* Насилие, не опасное и опасное для жизни и здоровья, как уголовно-правовая категория // Государство и право. 1992. № 12. С. 72.

<sup>38</sup> *Залысин И. Ю.* Политическое насилие в системе власти // Социально-полит. журн. 1995. № 3. С. 93–95.



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

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

Редактор *О. Ю. Петрова*  
Дизайн обложки *И. М. Митрофанова*  
Компьютерная вёрстка *А. А. Холодилова*

Подписано в печать 27.11.12. Формат 60×84/8.  
Усл. печ. л. 6,51. Уч.-изд. л. 5,72

Согласно п. 1 ч. 2 ст. 1, п. 1, ч. 4 ст. 11  
Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ  
маркировке не подлежит

Издательский дом  
«Уральская государственная юридическая академия».  
620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.  
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru