

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Главный редактор журнала

СОКОЛОВА Наталья Александровна доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

КОМОРИДА Акио профессор Университета Канагава (Япония).

КОЛЮШИН Евгений Иванович доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.

НОГО Сreto доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).

ОТМАР Зойль доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory. Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования. Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ».
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
ХЕЛЛЬМАНН Уве	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
ШЕВЕЛОВА Наталья Александровна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
де ЗВААН Яап Виллем	профессор кафедры Жанна Монне, почетный профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды).

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЕРШОВА Ирина Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КАШКИН Сергей Юрьевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОМАРОВА Валентина Викторовна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОРНЕВ Аркадий Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЛЮТОВ Никита Леонидович	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

**BLAZHEEV
Victor
Vladimirovich** Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

**SINYUKOV
Vladimir
Nikolaevich** Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

**SOKOLOVA
Natalia
Aleksandrovna** Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna** Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

**BECHET-GOLOVKO
Karine** Doctor of Public Law (France).

**BONDAR
Nikolay
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**GRACHEVA
Elena
Yurievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

**ISAEV
Igor
Andreevich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

**KOMORIDA
Akio** Professor of the Kanagawa University (Japan).

**KOLYUSHIN
Evgeniy
Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.

**MALINOVSKIY
Vladimir
Vladimirovich** PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.

**NOGO
Sreto** Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).

**OTMAR
Seul** Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

- PAN Dunmey** Doctor of Law, Professor of Henan Daxue, «Huang He» Merited Scholar.
- RAROG Aleksey Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
- RASSOLOV Ilya Mikhailovich** Doctor of Law, Associate Professor, Acting Head of the Department of Legal Information Science of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
- TUMANOVA Lidia Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, Dean of the Law Faculty of the Tver State University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
- FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich** PhD in Law, Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
- HELLMANN Uwe** Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
- SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
- de ZWAAN Jaap Willem** Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.
- Editorial Board**
- GROMOSHINA Natalia Andreevna** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA Inna Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA Natalia Grigorievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN Sergey Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA Valentina Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV Nikita Leonidovich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law and Law of Social Security of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- Исаев И. А. «Тайна беззакония», или Революционная справедливость. Часть 2 7

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

- Белов В. А. Правовая сущность понятий «потребитель»
и «слабая сторона» в гражданских правоотношениях 26
- Лагутин И. Б. Денежное право в системе российского финансового права 45

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Донченко А. Г., Токарева А. А. Ответственность за преступления,
связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями
несовершеннолетних, в современных правовых системах 54
- Котлярова В. В. Полная и неполная апелляции
в цивилистическом и судебном административном процессах 63
- Руденко А. В. Соблюдение правовой определенности
в законодательстве субъектов Российской Федерации
об административных правонарушениях в решениях Верховного Суда Российской Федерации 72

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

- Осипов А. Л. Исполнение решений Европейского Суда по правам человека
в ходе возобновления производства по уголовным делам
по новым обстоятельствам: проблемы правоприменения 82

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Липкина Н. Н. Универсальная юрисдикция: международно-правовые основания
и проблемы установления в отношении преступлений террористической направленности 92

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

- Савенко О. Е. Понятие брака в международном частном праве 106

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ТЕРРОРИЗМУ: ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ

- Колотков М. Б. Антитеррористический потенциал экстрадиции
в Российской империи во второй половине XIX — начале XX в. 117

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- Ирхин И. В. Конституционно-правовой статус племен и резерваций индейцев США
(в контексте института территориальной автономии) 129

CONTENTS

HISTORY OF STATE AND LAW

- Isaev I. A. *"The Mystery of Lawlessness", or Revolutionary Justice. Part 2* 7

THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

- Belov V. A. *The Legal Essence of the Concepts "Consumer" and "Weaker Party" in Civil Legal Relations* 26
- Lagutin I. B. *Monetary Law in the System of Russian Financial Law* 45

IMPROVEMENT OF LEGISLATION

- Donchenko A. G., Tokareva A. A. *Responsibility for Crimes Related to Sexual Exploitation and Sexual Abuse of Minors in Modern Legal Systems* 54
- Kotlyarova V. V. *Complete and Incomplete Appeals in Civil and Judicial Administrative Proceedings* 63
- Rudenko A. V. *Compliance with Legal Certainty in the Legislation on Administrative Offenses of Constituent Entities of the Russian Federation in the Decisions of the Supreme Court of the Russian Federation* 72

ENFORCEMENT MATTER

- Osipov A. L. *Decisions of the European Court of Human Rights in the Course of Resumption of Criminal Proceedings under New Circumstances: Enforcement Matter* 82

INTERNATIONAL LAW

- Lipkina N. N. *Universal Jurisdiction: International Legal Base and Problems of Establishment in Relation to Terrorist Crimes* 92

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

- Savenko O. E. *Concept of Marriage in Private International Law* 106

COUNTER ACTION TO TERRORISM: HISTORICAL EXPERIENCE

- Kolotkov M. B. *Anti-terrorist Potential of Extradition in the Russian Empire in the second half of the 19th — early 20th centuries* 117

FOREIGN LAW

- Irkhin I. V. *Constitutional and Legal Status of Tribes and Indian Reservations of the United States (in the Context of Regional Autonomy)* 129

«ТАЙНА БЕЗЗАКОНИЯ», ИЛИ РЕВОЛЮЦИОННАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ. ЧАСТЬ 2

Аннотация. Статья посвящена одной из важнейших проблем правовой теории — проблеме «справедливого права». Все великие революции ставили своей целью достижение социальной справедливости, которая ассоциировалась прежде всего с равенством всех перед законом. В значительной мере это объясняет удивительные совпадения тех алгоритмов, по которым развивались эти революции, проходя одни и те же этапы становления. В процессе революции идея равенства нередко подменяла собой идею свободы. Столкновение старого уходящего правового порядка с новыми революционными нормами создавало специфическую ситуацию, чрезвычайное положение или аномию, в которой приостанавливалось действие всякого закона, однако сама государственность, несмотря на изменение ее формы, продолжала существовать. Необходимость создания нового права требовала оформления нового правового порядка, итогом правового строительства становилось принятие конституирующих, нормативных актов, которые закрепляли установившийся порядок. Основное внимание автор статьи уделяет историческому опыту Английской и Французской революций, соотнося его с опытом других революций.

Ключевые слова: право, закон, законность, легитимность, легальность, суверенитет, норма, конституция, обычай, власть, диктатура, демократия, парламент, революция, мятеж, восстание, сила, освобождение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.007-025

5. «НЕПРЕСТУПНЫЙ ПРЕСТУПНИК»: РЕВОЛЮЦИОНЕР

Эдмунд Бёрк считал, что тот, кто «собирался делать революцию», просто обязан был предъявить для этого обоснования. Теперь же «все становится по-другому»: человек обосновывал свой статус «революционера» тем, что прямо ссылаясь на революцию и ее легитимность; тот, кто раньше был только «бунтовщиком», стал ныне «революционером», хотя суть его деятельности, по-видимому, оставалась

прежней. Новое понятие теперь подразумевало и подчеркивало легитимность актов планирования и целенаправленного осуществления этой деятельности. Ф. Шлегель заметил: «Мирабо сыграл большую роль в революции именно потому, что его дух был революционным, Робеспьер же — потому, что повинувался революции, Бонапарт — потому, что сумел создавать и выстраивать революции»¹. Революциям стали приписывать планируемость и планируемую осуществимость, из стихийной силы они превращались в рационализирован-

¹ См.: Козелек Р. Словарь основных исторических понятий (далее — СОИП). М., 2015. Т. 1. С. 642—643.

© Исаев И. А., 2018

* Игорь Андреевич Исаев, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) kafedra-igp@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ные, законосообразные и законотворящие события.

Суверенность воли вместо суверенности закона и разума, суверенность страстей вместо суверенности права были актуальны и устанавливались, когда народ переходил от монархизма к демократизму, «однако существенной революции в управлении при этом не происходило, поскольку общий принцип оставался прежним», ведь даже при самой совершенной демократии можно не быть свободным: П. Ж. Прудон с горечью замечал, что власть издавать законы, теперь отождествляемая с суверенностью, так и остается абсурдом, позаимствованным у прежнего деспотизма. Нельзя же считать закон выражением воли, так как он есть только выражение факта², т.е. под вопрос здесь ставилось сама идея «общественного договора».

Апостол Павел предупреждал, что именно «закон разбудит преступление», если назвать непреступное преступным, то так оно и будет. Следовательно, возможно и обратное — упразднив закон, можно упразднить преступление.

В библейской истории Каина, собравшего и сплотившего первое сообщество, следует остерегаться «смешения» между жертвоприношением и смертной казнью, как если бы эти две институции уже существовали прежде их изобретения. Преступление вообще следовало бы отнести к единому понятию «бунт против общественного порядка», предлагал Ницше. При этом бунтаря ведь не карают, его просто подавляют, и наказание для него не есть искупление или расплата — как будто бы между виной и наказанием возможны какие-либо отношения обмена — «наказание не очищает, ибо преступление не пачкает». Закон, который «выходит из успокоения, что было вызвано убийством Авеля», есть общая матрица всех институций. Он сам есть «специфический плод убийства... воспринимаемого в своей угрожающей роли. Коллективное же убийство становится вполне легальным и учредительным только посредством его ритуальных повторений»³.

В отличие от Руссо Иеремия Бентам видел уже в самой форме юридизированного «об-

щественного договора» лишь простую фикцию: ведь по-настоящему естественны только чувства и склонности, но не законы, которые и созданы как раз для того, чтобы сдерживать и обуздывать эту самую природу: Бентам свято верил в пользу законодательства и кодификации. Ведь «если законодатель может по собственному желанию создавать составы преступлений, а следовательно и право, то общество вовсе не гарантировано от его дальнейшего вмешательства и проникновения». Придавая такое важное значение законодательствованию, он тем самым открывал путь широкому и интенсивному вмешательству государства в жизнь. И поскольку «лучшая конституция для каждого народа именно та, к которой он привык, то сохранять существующий строй в силе — значит избегать революции: а так как революция — худшее из всех зол, это значит — действительно работать для счастья общества»⁴. Цель права — мир, но средство для достижения этого — борьба, утверждал Р. Иеринг. До тех пор, пока право будет подвергаться нападению со стороны «неправа», а это будет продолжаться, пока существует мир, — оно не будет избавлено от необходимости борьбы. Жизнь права — борьба: «в борьбе обрешь ты право свое»⁵. Все революции были совершены под этим лозунгом: «Воинами против пацифистов». Один и тот же дух насилия и жертвенности подхлестывал и революцию, и национализм⁶. А. Токвиль говорил, что во времена революций людям в меньшей степени вредят ошибки и преступления, совершенные ими в пылу страсти либо из политических убеждений, чем то презрение, которое они приобретают к тем самым убеждениям и страстям, которые ими управляли поначалу⁷: дух мира убивает дух революции.

В самой мифологии революционного переворота «непреступный преступник» вдруг превращался в столп общественного порядка, когда после кризиса возрождался новый порядок. «Гонительная репрезентация», т.е. переложение причины всех бед на старый режим, оказывалась более интенсивной в самом дискурсе революционного мифа («незатухающая классо-

² Прудон П. Ж. Что такое собственность? Или исследование о принципе права и власти. М., 2010. С. 31—32.

³ Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. М., 1995. С. 93.

⁴ См.: Мишель А. Идея государства. М., 2008. С. 136—138.

⁵ Иеринг Р. Борьба за право // Избранные труды. СПб., 2006. Т. 1. С. 24, 86.

⁶ См.: Ла Рошель П. Фашистский социализм. СПб., 2001. С. 156—158.

⁷ Робин К. Страх. М., 2010. С. 114.

вая борьба», «борьба с ревизионизмом»), чем в реальных политических гонениях на противников⁸. («В смутные времена полиция, насаждающая в жизнь новый закон, формировалась отчасти из вчерашних преступников и поэтому демонстрировала их повадки»⁹.) В революционной борьбе намного сложнее, чем даже в военное время провести четкое различие между «другом» и «врагом» — все находится в состоянии перетекания и двойственности, революционная динамика ломает все устойчивые статусы и представления. Тогда нарождающийся новый закон сам начинает «поименовывать» и давать оценки, он сам определяет, кто есть враг и кто есть друг.

«Не нужно, чтобы политический враг обязательно был морально зол, не нужно, чтобы он был эстетически безобразен, не должен он непременно оказываться и хозяйственным конкурентом... Он есть именно иной, чужой» (Карл Шмитт). Политический враг — это всегда публично борющаяся совокупность людей, это и отличает его от врага «частного», индивидуального: направленность борьбы на целое, ее тотальность неизбежно предполагали и вторжение в эту сферу откровенно иррациональных жизненных решений. «Врожденные преступные наклонности весьма часто проявлялись в виде революционной деятельности, поскольку она, удовлетворяя импульсивность, свойственную определенным типам, прикрывает их неблагоприятные поступки служением идее и дает им нравственное оправдание. Ведь преступник по своей натуре — вечный мятежник, только в бунтах видящий средство удовлетворять свои страсти, тем более что он тогда получает для этого как бы всенародную санкцию. Такие прирожденные преступники по природе являются сторонниками всяческого новаторства, они ненавидят существующий порядок за то только, что он и сдерживает, и наказывает. Для них порядок этот, каков бы он ни был, должен всегда казаться насильственным и несправедливым»¹⁰.

Как замечает С. Жижек, террористы со своей идеологией кажутся подобием мильтоновского «Сатаны» с его «отныне, зло, моим ты благом стань». Хотя они и преследуют дурные

цели дурными средствами, сама форма их деятельности внешне отвечает самому высокому стандарту добра. Уже Руссо понял, что эгоизм категорически не противоречит общему благу, и альтруистские мотивации и нормы могут быть выведены из вполне эгоистических интересов (противоположностью этому является только ресентимент, который заставляет человека действовать вопреки его же интересам: Жижек называет это «террористическим ресентиментом»¹¹).

Преступление, по Гоббсу, уже есть само по себе грех, но не всякий грех — преступление. Там, где прекращается закон, прекращается и грех, но поскольку «естественный» закон вечен, то нарушение договоров и действия, идущие вразрез с этим моральным принципом, никогда не могут перестать быть грехом. Только с упразднением гражданских законов перестают существовать преступления — тогда остаются лишь «естественные» законы. И тогда каждый будет судьей самому себе и может быть обвинен только своей собственной совестью, а если его намерения чисты, то и его проступок не будет грехом. Пуританская революционная идея об «избранных» здесь проглядывает со всей очевидностью: будущие революционеры будут говорить о чистоте намерений революционного пролетариата.

Различение греха и правонарушения у Гоббса приобретает здесь особую ясность: грехом является не только нарушение законов, но также выражение презрения к самому законодателю, ибо такое презрение есть нарушение всех его законов сразу. Поэтому грех может состоять не только в совершении поступка или высказывании слов, запрещенных законом, или в невыполнении того, что повелевает закон¹². (Формальной причиной преступления Гоббс называет сам закон, который, запрещая нечто под страхом наказания, тем самым формирует преступление, поскольку до закона проступок, даже если он и был непозволительным действием, все же не имел формы преступления.)

«Мученик-революционер» сознательно избирает неподчинение властям и трансцен-

⁸ См.: *Жижек Р.* Козел отпущения. СПб., 2010. С. 75—76.

⁹ *Ломброзо Ч.* Политическая преступность и революция. СПб., 2007. С. 82.

¹⁰ *Ломброзо Ч.* Указ. соч. С. 161.

¹¹ *Жижек С.* О насилии. М., 2010. С. 71.

¹² *Гоббс Т.* Левиафан. М., 1991. Т. 2. С. 225.

дентность совести и веры, чем он радикально релятивизирует политику. Но он — не бунтовщик, он признает приговор судьей, тем самым благословляя «град людской», оплодотворяет его своей суверенной свободой, вместо того чтобы его расшатывать»¹³. Социология со временем стала усматривать в революции совершенно нормальное социальное явление, которое даже в какой-то мере служит прогрессу. Преступление, т.е. перешагивание, «преступление» через существующий правовой порядок, как раз и позволит новым веяниям найти легальный путь для своего продвижения.

Революционное движение всегда может заявлять о необходимости новой нормы, которая аннулировала бы действующие институты, противоречащие новым требованиям. Обращение к понятию крайней необходимости здесь подразумевает моральную или политическую, но внеправовую оценку, при которой выносится суждение о правопорядке — достоин ли он сохранения или усиления ценой его возможного разрушения. Принцип крайней необходимости выступает здесь как принцип революционный. Высокая цель оправдывает любые средства.

Выходит, что «преступление... в принципе необходимо, поскольку оно связано с основными условиями всякой социальной жизни и уже потому полезно, так как условия, с которыми оно связано, в свою очередь, необходимы для нормальной эволюции морали и права». Но «всякое уже существующее устройство оказывается досадным препятствием на пути к переустройству», и тем более сильным, чем прочнее это первоначальное устройство, поэтому авторитет нравственного сознания не должен быть чрезмерным, иначе все существующие формы застынут в своей неподвижной ненужности. Преступление же не только требует, чтобы был открыт путь для необходимых изменений, но часто само подготавливает эти изменения. Преступление таким образом становится прелюдией для легального преобразования¹⁴.

Реакция консерваторов на этот тезис была ожидаемой. Э. Бёрк усматривал в современной демократии с ее «якобы установленным революцией народовластием» самое «бесстыдное из всех политических чудовищ», по-

зволяющее переключить индивидуальную ответственность на анонимный «весь народ», тем самым выращивая чреватую катастрофами безответственность. В духе юридического учения о «бунте» зачинщиков революции должны называть по-прежнему «государственными преступниками», а саму революцию — «анархией».

Вместе с тем юристы, склонные к идее конституционирования, уже были готовы категорически отграничить «государственную измену» от нейтральной или даже «легализованной» революции, которая, на их взгляд, все-таки была необходима. По замечанию Л. Фейербаха, гражданин «путем революции» только формально становится «государственным изменником», когда его деятельность направлена на совершение насильственного переворота или изменения существующего строя государства. Это всегда предполагает применение насилия и случается, когда «сам правитель или народ в одностороннем порядке нарушают конституционный договор». Если же большинство народа высказывается в пользу перемен в государстве и правитель с этим согласится, то налицо вполне «справедливые изменения»: здесь в юридической формулировке впервые выступает понятие «революции» как вполне законная легализация скопившегося трансформационного потенциала, революция и по своей сути вполне совпадает с реформой¹⁵.

Революция в этом случае приобретает преимущественно преобразовательный, а не разрушительный характер, органично вписываясь тем самым в траекторию либерального прогресса, который и сам осуществляется с такой же неотвратимой необходимостью. Необходимость выше провидения, потому что за ней стоит большинство: «демократия мнения» была вполне способна превратить всякое преступное в непроступное, злое в доброе. Реформа же смягчает социальную напряженность и размягчает революционное напряжение, в ней индивидуальное зло используется на благо коллективного добра.

С точки зрения контрреволюции слово «реформа» само по себе и прежде всякого рассмотрения всегда будет подозрительным для благоразумия, и опыт почти всех столетий подтверждает подобный вид инстинкта.

¹³ См.: Клеман О. Истоки. М., 1994. С. 256—257.

¹⁴ Дюркгейм Э. Метод социологии. М., 1991. С. 467—468.

¹⁵ См.: СОИП. Т. 1. С. 638—639.

Всякая политическая конституция имеет существенные недостатки, которые зависят от самой ее природы и от которых невозможно избавиться, поскольку они видоизменяются в соответствии с обстоятельствами и их перестают замечать. Социальная гармония покоится на законе смягчения: диссонанс неизбежен, его невозможно изжить, но можно смягчить, равномерно распределяя: выходит, что сам недостаток становится элементом совершенствования.

Якоб Бурхардт утверждал, что всеобщее право голоса, логическое противостояние божественному праву и древнему авторитету, с присущей ему неопределенностью, могло быть перенесено на любую сферу государственного существования. Политическая свобода, появившаяся лишь после утверждения этого принципа, опирающегося на теорию равенства, имеет или завоевывает себе полномочия на вечный пересмотр существующего положения вещей. И именно «после его появления конституции стали постоянно вызывать сомнения, а формы государственной власти — подвергаться непрерывным преобразованиям»¹⁶. Революционное право по своему существу ориентировано на политическую относительность.

О политических установлениях трудно судить только по их постоянным следствиям: причина же, исходя из, казалось бы, доказанной гипотезы, не обязана иметь никакого логического соотношения со следствием, и «неуместность благого установления сама по себе... бывает только неизбежным диссонансом...»¹⁷.

6. «НЕСПРАВЕДЛИВОЕ» ПРАВО

Опыт показывает, что люди меняют власть с большей легкостью, нежели закон (Порталис): всякий военный «неидеологический» государственный переворот представляет значительно меньшую угрозу неизменности закона, чем революция. «Идеологическая же революция, проникающая во власть посредством манипуляций с правовыми формами, представляет собой именно тот вид изменений, который с гораздо

большей вероятностью порождает сомнения относительно того, остаются ли в силе прежние законы»¹⁸.

Революция, в которой соперничающие между собой притязания на власть «выдвигаются внутри одной группы», есть только один из случаев, нарушающих существующий правовой порядок (другими могут быть как война и оккупация, когда такие притязания приходят извне, так и анархия, т.е. крах упорядоченного правового контроля), который, хотя и включает в себя нарушение некоторых законов существующей системы, но может повлечь за собой только юридически несанкционированную смену групп официальных лиц, а не новую конституцию или правовую систему.

Новая правовая система появляется из утробы старой в переходные моменты. Но возможно и временное прерывание существования правовой системы, после чего она восстанавливается заново (изгнание оккупантов, подавление и разгром мятежников). При этом такая реставрация всегда требует ответственного понимания того, что было или не было правом на данной территории в предшествующий период и можно ли эту ситуацию описать как прекращение существования прежней системы и создание новой, только аналогичной прежней системе, т.е. как восстановление или как формирование системы заново¹⁹.

Отделение понятия «государство» от понятия «форма правления» заставляет признать, что последняя подчинена необратимому закону изменчивости и совершенствования: «Политическое преступление поэтому перестает считаться в этом случае угрозой самому существованию общества и государственности: мы теперь отличаем попытку изменить форму правления от покушений на все то, что, будучи результатом физических, экономических и исторических причин, является прочной основой единства и независимости нации». «Естественный» закон в этой ситуации вполне совпадает с юридическим, позитивным, а стремление насильственно изменить тот строй, который большинство считает для себя приемлемым, одинаково оскорбляет сразу оба закона.

И напротив, грандиозные, медленные и мирные революции, в которых участвует

¹⁶ Бурхардт Я. Размышления о всемирной истории. М., 2004. С. 469.

¹⁷ Местр Ж де. Об отсрочке Божественного Правосудия в наказании виновных. СПб., 2017. С. 100—101.

¹⁸ Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 171.

¹⁹ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 121—122.

весь народ во имя новых политических взглядов, разделяемых большинством, устанавливающие новое правопонимание, несколько не противоречат «естественному» закону, хотя вместо позитивного старого закона и провозглашают новый²⁰.

Для переходного чрезвычайного положения характерно не столько смешение властей, сколько изоляция «силы закона» от самого закона, применимости нормы от ее формальной сущности. В этой ситуации норма находится в действии, но не применяется, т.е. не имеет силы, зато акты, не имеющие значимости закона в этой ситуации обретают силу. Чрезвычайное положение — это пространство аномии, в котором ставкой является «сила закона» без закона («силы»). Такая сила, где потенциал и действие полностью разведены, является «неким мистическим элементом, или скорее некой фикцией»²¹. Как правило, революционные правительства называют себя «временными», обещая стабильный порядок только в будущем. Поэтому неизбежно, что революционное право — это всегда право «чрезвычайной ситуации», в которой пребывает «сила права», но не само право.

Новое же государство одновременно с этим стремится гарантировать через свои органы и промежуточные звенья, стоящие между ним и индивидом, установившийся порядок вещей, и тем самым подрывает его своим новым законодательством. По отношению к социальным посредствующим властям верховная власть является настоящим агрессором и вампиром. Как отлаженный механизм государство только «автоматически исполняет свою охранительную роль, как сущность же, живущая своей собственной жизнью, оно требует для себя пищи», развиваясь и возрастая за счет общественного социального строя и его ресурсов. (Уже через своих легистов средневековая монархия настойчиво вмешивалась в отношения между сеньором и его подданными: по словам Шекспира, феодальная монархия и феодальная аристократия — это «две львицы, рожденные в один день». Аристократия достаточно долго и упорно полагала пределы монаршей власти, однако последняя и не собиралась вовсе

устранять это социальное препятствие: «монарх не мог уничтожить дворянство, которое было порождено, как и он сам, одним и тем же социальным строем и которое сосуществует вместе с ним. Даже стремясь к унификации и единообразию, монархия не шла в этом до конца, — и только революция решит эту проблему самым кратчайшим и жестоким образом²²: именно несовпадение правового статуса и реальной социальной власти, находившейся в руках у сословий, и послужило одним из важнейших поводов и факторов революции.)

Но и потребность в преемственности права независимо от перемен в правительстве оставалась очевидной и становилась настоящей проблемой, когда право пытались определить как «эманацию формальной власти и исключали из его функционирования всякое возможное влияние человеческих суждений и озарений» (Л. Фуллер)²³.

В реальной же жизни законно учрежденные власти и правительства неоднократно свергались как раз во имя закона. Угроза «беззаконной революции» могла затруднить поддержание законности в действиях правительства, даже искренне преданного делу законности. Но о несправедливости «беззаконной и неограниченной власти», выражающей себя в непредсказуемых и бессистемных вмешательствах в людские дела, можно было говорить лишь в том смысле, что она действует «не по известным правилам»: пока не был найден некий «скрытый принцип... который направляет эти вмешательства, едва ли можно назвать ее несправедливой в более определенном смысле» (Л. Фуллер).

Чрезвычайное положение в революционной ситуации отделяет норму от ее применения как раз для того, чтобы сделать возможным само это применение: оно и вводит в область правовой аномии, чтобы сделать возможной эффективную нормализацию реальности. В этом поле правового напряжения минимум действенности совпадает с максимумом применения. Здесь норма действует без какой-либо отсылки к реальности²⁴.

Право действует не потому, что может эффективно осуществляться: оно и действует

²⁰ Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 382.

²¹ Агамбен Дж. Ното sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 62—63.

²² См.: Жувенель Б. Естественная история власти и ее возрастания. М., 2010. С. 223—227, 257.

²³ Фуллер Л. Указ. соч. С. 179, 188, 189.

²⁴ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 60.

лишь потому, что оно эффективно осуществляется, так как только в этом случае оно способно реализовать правовую стабильность. Позитивное право зиждется на мире, устанавливаемом с его же помощью, на порядке, который кладет конец войне всех против всех. «По мне лучше совершить несправедливость, чем терпеть отсутствие порока», — говорил Гёте. «Пока революционным боям не сопутствует убедительная победа, я слежу за ними с неодобрением, которое продиктовано не столько моим правовым чувством, сколько моим чувством порядка» (Т. Фонтане)²⁵. Для правового порядка просто необходимо наличие порядка.

Исходным нормативным пунктом, из которого рождается система и проистекает действие нового права, является сама, не из чего не выводимая, «авторитетная воля»: с точки зрения нормативизма сначала выводится действие одной юридической нормы из других юридических норм, затем действие административного предписания из закона, наконец, действие закона из конституции: конституцию же такая «чистая» юридическая теория действия может и должна понимать как причину самой себя, т.е. как первопричину собственного возникновения: такая теория в споре между обычаем, моралью и правом всегда стояла на стороне права. В борьбе же между законностью и революцией, старым правом с новой теорией права всегда оказывалась защитником права, который односторонне излагает позицию той стороны, которой служит, и никогда не пытается найти действительно объективное решение²⁶.

В рамках чистой теории права «даже власть диктатора может быть представлена только как явно или неявно делегированная ему основным законом, стоящим на вершине правовой системы. Правовой порядок, с этой точки зрения, означает иерархию, систему предписаний, исходящих от основной нормы. Здесь нет категорического различия между публичным и частным правом, между естественным человеком и юридическим лицом. Предполагается, что государство примиряет справедливость с политической необходимостью, однако за-

кон оказывается самым разрушительным из всех орудий в политической борьбе в «силу того ореола, который окружает понятия права и справедливости»²⁷.

Революция навязывает закону свой единственно «правильный стиль»: А. Токвиль увидел в революции «жестокий и стремительный процесс, с помощью которого политическое состояние государства адаптировалось к его общественному состоянию, реальность — к идеям, а законы — к нравам».

В противовес реальному политическому обществу и рядом с ним появляется некое «общество воображаемое»: «в первом действовали те, кто управлял страной, во втором — те, кто формулировал абстрактные принципы, в соответствии с которыми следовало ею управлять». Даже в реальной политике пришедших к власти из подполья и сект идеологов сразу же обнаружилась все та же «тяга к литературным обобщениям, стройным законодательным схемам и абсолютной симметрии законов», все то же презрение к реальным фактам и желание одним махом переделать государственное устройство²⁸: мифическая добродетель и иллюзорная справедливость становятся определяющими реальность символами. Метафоры, почти литературные, наполняют революционный дискурс, творят новую реальность. (Стиль революционного мышления неизбежно порождает абстракции: Ипполит Тэн назвал этот стиль «классическим духом», который заимствует у точных наук тягу к абстрактным построениям, пренебрежение опытом и поиск антиисторической научной универсальности. Этот дух оказал явное влияние и на событие 1789 г.: он воцарился в Национальном собрании, и во имя абстрактных принципов свободы и равенства были уничтожены установления прошлого. «Одним из самых ужасных его последствий стали якобинская диктатура и кровавые безумства наследников Руссо в годы террора»²⁹).

Будучи юридически необходимыми, но произвольными по существу, внезапные и резкие усилия, предпринимаемые для ускорения политического и социального прогресса, «нефи-

²⁵ Цит. по: Радбрух Г. Философия права. М., 2006. С. 99.

²⁶ Радбрух Г. Указ. соч. С. 93.

²⁷ Нойман Ф. Л. Бегемот. СПб., 2005 С. 47, 74.

²⁸ См.: Ферроне В., Рош Д. История и историография Просвещения // Мир Просвещения. М., 2003. С. 520—531.

²⁹ Цит. по: Мир просвещения. С. 532.

зиологичны»: юридически необходимые для угнетенного меньшинства, они все же остаются антисоциальными, а потому — преступными: еще Ликург говорил: «Задумать проект, опасный для государства, то же самое, что его исполнить». Революция представляет собой нечто фактически, но не юридически существующее. Юридически ее оправдывает только перемена ненадежного общественного мнения. Тогда тот, кто стремился насильственно противодействовать желаниям большинства, объявляется преступником: «Всякая действующая политическая система, всякая царствующая власть претендует на законность и соответствующим образом карает своих противников: при этом существующие формулы закона даже не меняются: часто одна и та же служит как той власти, которая пала, так и той, которая ее заменила».

В ситуации чрезвычайного переходного положения государство продолжает существовать, даже тогда, когда право отходит на задний план. В этой ситуации судья продолжает разрабатывать новое позитивное «кризисное» право, подобно тому, как в мирное время он заполнял правовые лакуны. Крайняя необходимость в состоянии указывать на пробелы в публичном праве, которые должны быть заполнены исполнительной властью. «Далекое от того, чтобы реагировать на лауну в законодательстве, чрезвычайное положение выступает как создание в системе фиктивной лакуны, необходимой для того, чтобы защитить существование нормы и ее применимость в обычной ситуации». Лакуна располагается не внутри закона, но затрагивает его отношение к реальности, саму возможность его реализации. Чрезвычайное положение создает пространство, в котором закон как таковой остается в силе, хотя его применение и приостанавливается³⁰.

Всякая политическая организация, воспринятая большинством как легальная, есть механическое проявление «инстинкта общности», который является источником всех прав и обязанностей для индивидуума, принадлежащего к данной организации. Здесь оскорбление нравственного чувства отступает на задний план перед необходимостью для со-

циального ядра защищать свою политическую организацию³¹. (Истинное законодательство всегда лежит по «ту сторону окружности, положительной предель человеческой власти». Миф намного вернее, чем древняя история, спешит подтвердить доказательства: это повсеместно оракул, устанавливающий города, объявляющий о божественном покровительстве и успехах «героя-освободителя». Особенно цари, вожди возникающих империй непременно отмечены и запечатлены небом³²).

Обязанность повиноваться закону вовсе не зависит от содержания закона, но проистекает из самой внешней специфики позитивного закона, который производит искусственный порядок, заложенный в искусстве править. Только суверен в состоянии превратить «естественный» закон в действующий позитивный: «В этой картине мира, с одной стороны, “естественный” закон проецируется на мир теории как абстрактная и идеальная норма, применение которой никогда не происходит целиком, но определяется при сопоставлении с человеческим законом; с другой стороны, человеческий закон полностью отдается во власть искусства политики и практики, единственная точка соприкосновения которого с трансценденцией находится для подданного — в обязанности подчиняться, а для суверена — в индивидуальной совести»³³. Неуважение к закону тогда уже само по себе становится смертным грехом.

Власть предержащие остро чувствуют настраения масс и используют свою силу для предотвращения будущих переворотов. Их сила основана на том, что в прошлом у людей уже были сформированы установки на подчинение и приказы, которые превратились в стимул для реакции повиновения: однажды возникнув, любая властная структура продолжает существовать благодаря такой «социальной инерции» — речь идет об установках на «господство — подчинение»³⁴. («Только попытайтесь установить закон, зафиксировав в письменном виде случай, когда король имеет право распустить парламент, и вы вызовете революцию», — угрожал некий лорд на заседании Палаты общин.)

³⁰ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 52—53.

³¹ Цит. по: Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 383—384.

³² Местр Ж. де. Указ. соч. С. 96.

³³ Цит. по: Проди П. История справедливости. М., 2017. С. 214.

³⁴ Тимашев Н. С. Феномен власти // Методологические работы 1920—1930 гг. М., 2010. С. 163.

Воля, составляющая настоящую сущность власти, здесь противопоставляется разуму как рациональной сущности права. Существо же закона заключено не в разуме, но в принудительной команде, не в интерпретации, но в приказе. Уже Гоббс был уверен, что если под буквой закона подразумевать его буквальный смысл, то буква и будет то же, что и сам смысл или намерение закона. Суверен же — это тот, кто издает законы, здесь законодатель одновременно является толкователем и интерпретатором своего произведения: «Толкование всех законов зависит от верховной власти, и толковать закон могут только те, кого назначит для этого суверен. Тем самым устраняются все остальные интерпретаторы: только власть толкует и дает имена, превращая свои высказывания в законы»³⁵. Власть своей силой обеспечивает адекватность такого толкования реальному положению вещей, осуществляя принуждение и тем самым формируя и порядок, и закон.

Смысл любого правоустанавливающего насилия состоит в учреждении нового закона. Насилие здесь не является отрицанием закона, «как полагают те, кто ослеплен его разрушительной силой», напротив, оно и учреждает закон. «Но идея нового закона таит в себе противоречие. По своей сути закон — это некий «древний закон». И насилие лишь обнаруживает себя в качестве обновителя и открывателя этого древнего закона. Тем самым в насильственном акте бывший устойчивым закон постоянно преобразуется в новый закон»³⁶. Учреждающая власть здесь не является только вопросом силы, она скорее власть, которая, не будучи сама учрежденной конституционно, тем не менее находится в такой связи с действующей конституцией, что выступает в качестве фундирующей власти, «так что вследствие этого она не подвергается отрицанию даже тогда, когда ее будто бы отрицает действующая конституция». Будучи юридически «бесформенной», она все же представляет собой «минимум конституции»³⁷.

Справедливость как одна из базовых революционных мифологем, в этом процессе незаметно подменяется законностью, качеством,

легче управляемым и более стабильным. Нормативность же в революционном сознании устанавливается достаточно быстро, после спада первых аффектов и иллюзий, когда жизнь берет свое и реальность постепенно возрождается.

Нормативность и фактичность существуют на разных уровнях: долженствование остается почти незатронутым «голой жизнью» и сохраняет нерушимую для нормативистского сознания сферу, тогда как с нормативистской точки зрения все различия «права и беззакония, порядка и беспорядка в конкретной действительности превращаются только в предпосылки применения норм».

Однако и сам порядок способен менять правила и создавать новые нормы. Беспорядок и хаос становятся законом и порядком не на основании самой нормы, но в результате «голого решения». Решение же обосновывает как саму норму, так и порядок: «оно возникает из нормативного ничто и конкретного беспорядка». Для Гоббса суверенное решение есть не что иное, как идеальная диктатура, произвольно устанавливающая закон и порядок, извлекая их из анархической неопределимости внесударственного «естественного состояния», или хаоса³⁸. Юридически пустое пространство «чрезвычайного положения», во время которого закон осуществляется так, словно он приостанавливает свое действие, а суверен может физически осуществлять все, что считает необходимым, прорывает границы, стремясь стать отныне всеобщим и совпасть с нормальным порядком: юридическое и фактическое входят здесь в зону абсолютной неразличимости³⁹.

Чрезвычайное положение, при котором право не сохраняется, но и не утверждается, вводится волевым решением или суверенным насилием. Именно оно «открывает эту зону неразличимости между голой природой и законом, внутренним и внешним, насилием и правом». Суверенное насилие учреждает право, так как оно утверждает законность действия, которое в противном случае было бы незаконным, и поддерживает его, поскольку содержанием нового права является лишь поддержание старого. Когда же новые идеи или прежде

³⁵ Гоббс Т. Указ. соч. С. 213.

³⁶ Розенцвейг Ф. Цит. по: Боянич П. Указ. соч. С. 181.

³⁷ Шмитт К. Диктатура. СПб., 2005. С. 158—159, 167.

³⁸ Шмитт К. О трех видах юридического мышления // Государство. М., 2013. С. 322—326.

³⁹ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 53.

подавляемые силы берут верх над насилием, которое до этого момента утверждало право, тогда они основывают свое новое право. На прерывании этого «цикла, который разворачивается в сфере мифических сил права», на свержении права вместе с силами, на которые оно опиралось, на свержении государства и основывается вся новая историческая эпоха⁴⁰. В этом заключается та юридическая негация, которую приносит с собой революция.

«Один из самых общих и очевидных законов одновременно скрытой и поражающей силы действует и становится ощутимым... когда лекарство от заблуждения порождается в самом заблуждении и когда зло, дойдя до определенной точки, уничтожает само себя». Зло, будучи отрицаемым, получает в качестве пределов своей протяженности и долговечности пределы сущности, к которой оно «прилепляется и которую оно пожирает... И тогда новая реальность и благо непременно устремятся на место исчезнувшей, ведь природа не терпит пустоты»⁴¹.

Зато у Гегеля сфера, в которой плохое и злое ради своей объективности остается правильным и приобретает видимость настоящего блага, является в значительной мере открытой сферой легального: легальное же защищает жизнь благодаря все разрушающему принципу силы.

У Гегеля отсутствует какой-либо разрыв между этическими и юридическими порядками, их связывает сфера религии: «Нравственность есть государство, приведенное к своему субстанциональному внутреннему существу, а само государство представляет собой развитие и осуществление нравственности». Субстанциональностью же самой нравственности и государства и является религия: концепция этического государства накладывается на концепцию правового государства.

Патология возникает лишь тогда, когда зазора, который обеспечивала этика, влияя на право, не оказывается в наличии, тогда позитивная норма заполняет все нормативное пространство, получая ложную монополию: «Безумием новейшего времени следует считать стремление изменять пришедшую в упа-

док систему нравственности, государственного устройства и законодательства без одновременного изменения религии, т.е. революцию произвести без реформации»⁴².

Если общество лишено права и отдается во власть голого произвола, то само право охраняется только страхом и готово в любой момент обжаловать этот страх посредством введения новых норм: «Право здесь — это только исходный элемент иррациональной рациональности» (Т. В. Адорно). Формальный принцип эквивалентности тогда превращается в норму, чтобы все мерить единой меркой, однако равенство, в котором, как предполагается, должны исчезнуть различия, втайне только стимулирует неравенство. Нормы отсекают все, что не скрыто и стремится к системности, в которой инструментальная рациональность уже вполне выглядит как реальность: «В диктатурах право непосредственно выходит за границы... управляемых инстанций; опосредованно же за ними скрывается насилие». Личность же, включаясь в юридическую сферу, легко попадает под власть несправедливости⁴³.

Форма правды как обязанности и закона ощущается только чувством, которое еще оставило себе право на произвол, как некая мертвая и холодная буква, и тогда объективированная совесть рассматривает «по праву» объективную нравственность как враждебную себе.

Парадоксальным образом идея естественного права критически охраняет очевидную истину позитивного права. «Неистина — это помещенное в реальность и умножающее господство сознание». Все единичное здесь обобщается в категории порядка (Т. Адорно): рациональная правовая система в состоянии разрушить всякую претензию на справедливость, подразумевая при этом вполне легальную коррекцию неправового в рамках и границах права⁴⁴.

Использовать само беззаконие в качестве жизненной силы в обновлении человечества — такова была мечта Джефферсона. Манипулирование «революцией» как жизненной силой изменения вещей возможно лишь на одном основании — на признании скрытой

⁴⁰ См.: Агамбен Дж. Указ. соч. С. 85—86.

⁴¹ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 101.

⁴² Гегель Г. В. Ф. *Философия духа // Собрание сочинений*. М., 1956. Т. 3. С. 335—336.

⁴³ См.: Адорно Т. *Негативная диалектика*. М., 2003. С. 277—278.

⁴⁴ Адорно Т. Указ. соч. С. 278—279.

связи между законом и беззаконием. Потенциальная революционность и потенциальный консерватизм существуют в каждом человеке: силы революции и пассивного послушания — только две стороны одного и того же явления. Поскольку война и мир в равной мере заключены в нашей душе, то и гражданская война, и гражданский мир, революция и законность должны исполнять такие роли, которые в классическом прошлом играли война и мир: здесь только тип военного уступает место революционеру, готовому и к порядку, и к революции, и к охране закона, и к его отмене⁴⁵.

7. СПРАВЕДЛИВОСТЬ ПРОТИВ ЗАКОННОСТИ

Само существование правопорядка и правовая стабильность оказались более важными, чем его справедливость и целесообразность. Правопорядок и стабильность — настоящие и наиболее устойчивые феномены позитивного права, т.е. факты как таковые. И уже поэтому правовая стабильность требует более эффективного применения нормы. Но сами «нормативные факты» все же создаются через идею справедливости, представляя собой некие общности, которые одним и тем же действием и порождают право и основывают на нем свое собственное существование: право оказывается производным продуктом этих общностей.

Более объективным, чем правило поведения, тогда выступает институт, который также является «нормативным фактом». (Х. Арндт будет сожалеть о том, что революции, которые не «дорастают» в своем развитии до состояния стабильных институтов, так и остаются незавершенными.) Институализация позволяет воспроизводить процессы социальной дифференциации, делая их вполне рутинными и не требует для этого постоянного повторения конфликтных ситуаций. Но это — уже путь реформы, а не революции.

При отсутствии каких-либо институциональных основ для легитимности (помимо некоторых неструктурированных и традиционных процессов выборов) само понятие легитимно-

сти начинает связываться не столько с традиционными представлениями, сколько с вопросом об актуальной эффективности и функциональности⁴⁶. (Французские революционные консулы заявляли: революция утверждена на тех принципах, которые ей дали начало⁴⁷.) Но сами революции не могут преодолеть собственную историческую эпоху, поскольку они хотят именно внутри этой конкретной эпохи сделать важным «прежде подавляемое и еще непризнанное», «хотят закрепить образ эпохи именно через ее завершение»: революции для этого насаждают видимость нового начала истории, и тем не менее это только маска, за которой распространяется конкретное убеждение и «выдвижение прошлого в новом перекрашенном виде и изменившемся целеполагании и использовании»⁴⁸: в новом мире рождается новая справедливость.

По мнению Паскаля, не существует каких-нибудь универсальных и природных законов в мире, в которых право совпадало бы с властью, в мире, территориально раздробленном: всего-навсего «на три градуса ближе к полюсу» — и вся юриспруденция летит «вверх тормашками», истина, очевидно, зависит от меридиана, а право подвластно времени. Из-за испорченности человеческой природы «естественные» законы, если таковые существуют, не могут найти своего воплощения и придать обществу идеальную форму: справедливость же — всего-навсего лишь плод привычки, «мистическое основание политической власти и земного права». Власть же на практике всегда коррумпирована и поэтому государство никак не может отождествляться со справедливостью, но его монополия на силу все же необходима, чтобы воспрепятствовать склонности падшего человека к насилию⁴⁹.

Следствием Французской революции стало то, что революционное действие в лице законодателя «обретало статус, перспектива или угроза которого... качественно отличались от мятежных действий и в моральном плане были сопоставимы с тем, во что в иные времена и в иных местах... облачалось величие религиозных изменений»⁵⁰. Законность столь же далеко

⁴⁵ Розеншток -Хюсси О. Великие революции. М., 2002. С. 22.

⁴⁶ См.: Война во время мира : сборник статей. М., 2014. С. 60.

⁴⁷ См.: Дюги Л. Конституционное право. М., 1908. С. 47.

⁴⁸ Хайдеггер М. Размышления VII—IX. М., 2016. С. 68—69.

⁴⁹ См.: Паскаль Б. Мысли. М., 1994. С. 335—336.

⁵⁰ Валлерстайн И. Мир — система модерна IV. М., 2016. С. 183.

удалялась от справедливости, как равенство от свободы.

Согласно Платону, законодатель должен был создавать у людей ясное мнение, разогнав «дымку неразличения». Он должен был убеждать с помощью всяких навыков и рассуждений, что справедливость и несправедливость — точно свет на картине: когда смотришь на несправедливость с точки зрения несправедливой и дурной, она кажется приятной, а справедливость — в высшей степени неприятной, если же смотреть с точки зрения справедливости, то все выходит наоборот⁵¹.

И метафорой революции также становятся все проясняющий свет, побеждающий тьму, жизнь, возрождающаяся из недр смерти, мир, возвращающийся к исходной точке. «Разрушительный порыв, иссякнув, оставляет после себя пустое, открытое до горизонта пространство... Следствием революционного насилия становится создание однородного безграничного пространства, открытого поля, по которому свет разума и права мог бы распространяться во всех направлениях». Токвиль замечает, что революция поступила с этим миром точно так же, как религиозная революция с миром иным»: она рассматривала гражданина абстрактно, вне связи с отдельными сообществами, подобно тому, как религия рассматривает человека, независимо от страны и эпохи. Принцип — вот то первичное слово, стремящееся вобрать в себя всю власть первоначала⁵².

Гегель никогда не допускал даже мысли о том, что законодательная власть может быть главной из властей: ведь есть исполнительная власть, которая значительно лучше и точнее представляет и воплощает собой государственное единство. Верховная власть, по существу, принадлежит не законодательной власти и не создающему ее народу, а государству или еще точнее — монарху, который только словами «я хочу» кладет основу всякой деятельности, всякой реальности⁵³: право же есть только объективная воля, стоящая выше индивидуальной, движущая ею и определяющая ее.

Образцом для французских революционеров стала добродетель римлян. Саллюстий рассуждал: «Добродетель всей души — справедливость». В плане религиозном добродетель

замещает собой благодать, трансцендентность противопоставляется имманентности. Справедливость с небес спускалась на землю, индивид при этом наделялся своей долей, как и общество в целом, добродетель теперь можно было формировать с помощью закона. Подобная добродетель революционной идеи противопоставлялась понятию чести, прежде господствовавшему в аристократическом мировоззрении: перенос этого качества с определенного героя на целое «героическое общество» порождал попутно и новую идею суверенитета — «народного суверенитета» — и делал закон основным принципом нации и государства. Добродетель, которая становится гарантом справедливости, придавала закону особую силу — лишь он был в состоянии определять, а значит, и порождать «преступления», которые прежде не считались таковыми: революционная добродетель Робеспьера была опасна уже тем, что она так и не захотела признавать для себя никаких ограничений. Однако Французская революция заложила в основание общества только формальную волю — в новом обществе правом всегда оказывается именно то, чего требует закон, но за исходный пункт принимаются некие волевые атомы, и тогда формальная воля представляется уже как абсолютная: принцип свободы воли становится враждебным существующему праву, подобная перемена неизбежно принимает насильственные формы.

Понятию права было придано действительное и абсолютное значение, и на этой основе была выработана конституция: «Но и в этой конституции тотчас же обнаружилось внутреннее противоречие, потому что вся административная власть была передана законодательной власти... Все подводилось под абстрактное понятие закона». И фактическое управление перешло к новообразованному законодательному собранию. Революция как бы заново творила новый мир с его институтами и правом. Внешняя по отношению к существующему порядку революция делала свое дело, в значительной мере зависящее от случайных обстоятельств, расчетливо, подчас спонтанно применяя при этом насилие. «То, что однажды было упущено при основании нового прав-

⁵¹ Платон. Законы // Сочинения. М., 1972. Т. 3. Ч. 2. С. 129.

⁵² Старобинский Ш. 1789 год: эмблематика разума // Поэзия и знание. М., 2002. Т. 2. С. 377—378.

⁵³ См.: Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 2007. С. 357—358; Он же. Лекция по философии истории. СПб., 1993. С. 446—450.

ления, будет... в течение столетий пребывать в прежнем состоянии», и эту ситуацию можно было изменить только посредством новой и всегда опасной революции, которая не совершается по плану и нарушает свободу: здесь все предоставлено на волю провидения»⁵⁴. Творящий закон был намного ценнее, чем закон только «наблюдающий», не созданный, но заново открытый: ведь закон, как и государство, есть «произведение искусства».

Любое новое начинание нуждается в абсолюте, из которого оно проистекает и посредством которого затем объясняется. Но даже первоначальный акт основания, как правило, всегда считался только переустановлением, восстановлением и реставрацией. (Ортега-и-Гассет в связи с этим заметил: «Не что иное, как занудное повторение одной и той же революции» свойственно всем революционным переворотам в Европе, хотя после 1848 г. они старались выдать себя за революцию, оставаясь не чем иным, как замаскированным государственным переворотом⁵⁵). И чтобы утверждаемый революцией новый принцип окончательно завладел умами, для этого мысль должна была соединиться с некой реально действующей силой, мощной чувственной энергией и страстью. Поэтому Руссо и призывал подчиняться не авторитету спекулятивного разума, но практическому разуму, которым является «общая воля»: и Мирабо несколько позже также отождествлял волю и принцип, противопоставляя их «злой частной воле».

В революции «умственный свет» соединяется со взрывом темной стихии, управляющей разрозненной толпой; мысль во время ее перехода к действию захлестывает насилие, не сумев предвидеть его возникновение, мысль пытается разгадать его смысл и управлять им, «говоря на авторитарном языке воззваний и декретов».

Законный порядок, даже сформулированный самым ясным образом, остается тщетным, если не обретает законной силы. Лаконичное и напряженное красноречие якобинцев предстает как попытка магического овладения сознанием людей, но цель его — не столько прояснить суть события, сколько сотворить его в демиургическом акте. И всякое препятствие

на пути распространения революционных принципов в практическом устройстве революционного государства воспринимается как противодействие контрреволюционеров и заговорщиков: «Желая утвердить царство добродетели, революционный разум неизбежно порождает всеобщую подозрительность, а затем и террор». Только посредством непрекращающихся актов насилия можно было добиться победы света над тьмой⁵⁶.

Революция, как представляется, слишком уж амбициозно приняла на себя роль нового пастыря, восприняв от Платона и христианства. Используя рационалистические идеи Просвещения, ее идеологи предлагали строить новый мир по модели идеальной «литературной республики», единственной реальной общности, которая была известна, сразу воплотившей в себе публичное, критическое и всестороннее использование разума. Но очень скоро практика революционной деятельности показала существенный разрыв между этими идеями и реальностью: между «общественным договором» и ужасами террора уже нельзя было ставить знак равенства.

Вместе с тем революция стала представляться неким мифическим разрывом между «концом» и «началом». И поскольку произвольность была заложена уже в самой природе метафизического «начала», оно оказалось вне логики причинных связей, создавая впечатление, что чудесным образом появляется ниоткуда: такая логика требует присутствия творца-начинателя. Макиавелли был уверен, что «основание новой республики или полное реформирование старых институтов существующей может быть делом только одного человека», Мессии, супергероя, вождя⁵⁷.

Кризис революционной мифологии и революционной демократии оказался связанным с утратой предполагаемого равновесия между «сакральной связью клятвы и секуляризацией политического договора — этого плода дуализма духовной и светской власти»: абсолютное упование на право оказалось губительным, потому что «отрицало теплоту, гибкость, изменчивость человеческих отношений, необходимых не только для того, чтобы социальное тело могло функционировать, но еще и жить».

⁵⁴ Кант И. Религия в пределах только разума // Сочинения. М., 1994. Т. 6. С. 131.

⁵⁵ Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс. М., 1991. С. 119, 147.

⁵⁶ Старобинский Ж. Указ. соч. С. 381—384.

⁵⁷ Макиавелли Н. Размышления о первой декаде Тита Ливия // Сочинения. М., 2001.

Еще римляне говорили: «Высшее право — это высшая несправедливость». Избыточность же права приводит к ситуации, в которой право становится неосуществимым.

Но нередко угроза исходила и от врожденной склонности к сакрализации политики, теряющей из вида древний дуализм сферы власти и сферы священного⁵⁸. (Куль «высшего существа», провозглашенный во Французской революции, был только духовной формой продолжения вполне материального революционного террора. Вообще появление новых «церквей» и сект в революционные эпохи всегда оказывалось производным от общей политики политического «террора, которому требовалась спиритуальная поддержка».)

Еще Гельвеций полагал, что «возвышенное» есть только осязаемое действие чувства начинающегося страха. Беспричинные приступы массовой паники всегда предшествовали началу революционной активности и ее эксцессам. При этом невидимые причины оказывались наиболее эффективными и эффективными: террористическое законодательство о «подозрительных» свидетельствовало о невыявленности объектов, содержащих потенциальную опасность для революции, что только усиливало уровень репрессии против неявного врага. И возвышенный пафос революции отнюдь не способствовал смягчению жестокости карательных действий власти: панический иррационализм только еще более деформировал позитивный характер существующего правопорядка.

Законность или легитимность власти основывалась на некоем метафизическом фундаменте, выраженном в длительности и преемственности ее существования: «Следующие на протяжении веков одно за другим правительства одного и того же общества можно рассматривать как одно-единственное правительство, которое всегда существует и постоянно развивается»⁵⁹. Смещающие друг друга власти, формы правления и режимы передавали свой авторитет своим преемникам. Здесь только и можно было говорить о некоем «национальном духе», традиции и других невидимых силах, оказывающих решающее влияние на развитие политической истории.

«На горизонте света и теней мы уже неспособны понять и увидеть ничего, кроме тени. Только она лежит на горизонте добра и зла, истины и лжи. Здесь располагается то, что можно обратить в добро или зло, сделать истинным или ложным», — размышлял Джордано Бруно. Чтобы вырваться из хаоса, нужно было прежде всего вернуть былую силу законам⁶⁰. Для понимания «естественного», т.е., по сути, справедливого права, не имеет значения, устанавливается такое право божественной волей как данное вместе с Богом, или как имманентное Богу. «В то время как правовые положения лежат на поверхности, в то время как правовые институты и правовые понятия своим практическим применением почти что сами собой навязываются сознанию, направляющие право силы покоятся в самых глубочайших недрах и действуют в высшей степени постепенно и, хотя пронизывают весь организм, однако положительно ни на одном месте не выступают так явно, чтобы их можно было заметить». Они являются не чем-либо практическим, не собственно правовыми положениями, а лишь качествами, характерными чертами правовых институтов, общими местами, которые непригодны ни к какому применению, а только оказывают определенное влияние на образование практических положений права: каждое право незаметно получает элементы своей жизни из той почвы, в которой оно пустило корни»⁶¹.

8. ТИРАНИЯ ЗАКОНОВ

Некогда «язычники, не способные постичь всеобщности», которой обладают хорошие законы, в своем педантичном отношении к словам должны были соблюдать законы в их самой общей форме и, «если из-за таковой справедливости в каком-нибудь отдельном случае законы оказывались не только суровыми, но даже жестокими, то люди переносили их как нечто “естественное” либо считали естественным, что у них есть именно такое право» (Дж. Вико)⁶². Естественное стало представляться справедливым: «Человек ненамеренно вызывал к жизни самоподдерживающийся порядок социального

⁵⁸ Проди П. Указ. соч. С. 110—111.

⁵⁹ Жувенель Б. Указ. соч. С. 49.

⁶⁰ См.: Ордини Н. Граница тени. СПб., 2008. С. 114—115.

⁶¹ Иеринг Р. Дух римского права. СПб., 1873. С. 62—63.

⁶² Вико Дж. Основания новой науки. Л., 1940. С. 30.

космоса и делал это благодаря тому, что стремился к идеалу, названному им самим справедливостью». Этот идеал оказывался стоящим выше всех институтов и более результативным, чем сами эти институты. Вокруг него и складывалась вся та совокупность правил, регулярное соблюдение которых порождало фактический порядок действий, некоторые из которых по решению законодателя приобретали юридическую силу, а другие только фактически соблюдались (Ф. Хайек).

Конечно же, справедливо подчиняться справедливости, но при этом нельзя не подчиниться силе: справедливость, не поддержанная силой, немощна, сила же, не поддержанная справедливостью, тиранична. Справедливость можно оспорить, сила же неоспорима, поэтому справедливость так никогда и не стала сильной — сила не признавала ее, полагая только себя одну справедливой. «И неспособные сделать справедливость сильной люди положили считать саму силу справедливой» (Паскаль)⁶³. Принципы права уже давно оказались автоматически включенными в систему силы суверенного государства: даже уходя, абсолютная монархия оставляла после себя идею абсолютного могущества. Революция не могла этим не воспользоваться.

Оказалось, что право также бессильно установить заметный пограничный пункт, который не должна была переходить суверенная власть, для нее могут существовать моральные, исторические, политические, социальные границы, но она не имеет юридических границ. «Государство, этот творец права, не может быть само подчинено праву, ведь нет какого-то права, направленного против государства». Р. Иеринг оценивал право как «хорошо понятую политику силы, не политику страсти и мимолетного интереса, а политику с широким и далеким кругозором»⁶⁴. Именно революция может открыть самые широкие горизонты для такой политики, и тогда право как олицетворенная справедливость приобретет собственную самозаконность и норма сможет творить только норму. Революционный нормативизм рождается достаточно быстро, насыщая своими продуктами все правовое пространство и вытесняя революционное правосознание.

Норма или правило само по себе еще не создает порядка: «скорее лишь на почве и в рамках данного порядка она выполняет определенную регулирующую функцию». Порядок же стоит выше самой нормы, и он конкретен в отличие от безличной и объективной нормы. Поэтому в революции порядок всегда первичен, и нормы оформляют его только с некоторым опозданием. (Как заметил К. Шмитт, любое правоведческое изучение комбинированных двойных слов типа «правопорядок», «господство закона», «действие норм» допускает проявление двух различных способов юридического мышления: абстрактного типа, связанного с правилами и нормами, и типа, связанного с конкретным порядком⁶⁵.)

«Тирания законов» в эпоху революций была выгодна «могущественным» победителям и враждебна «естественному праву народов». Казуистика героических времен, сохранивших буквальное значение законодательных формул, тогда не исчезает вовсе, а только видоизменяется. Она переходит к формациям юристов. И тогда цивилизация приводит к новому варварству рассудка и рефлексии. Варварство рефлексии соблюдает слова, а не дух законов и установления, и поэтому оно значительно хуже, чем прошлое «варварство чувств», которое еще верило, что справедливо — все то, что его поддерживает, т.е. звуки слов, а варварство рефлексии, хоть и верит, что справедливо то, что имеют в виду установления и законы, но стремится обойти это суеверием одних слов (Дж. Вико). Отвлеченные формулы права оказываются настолько узкими, что справедливость находит себе защиту только в высшей милости: не господство непогрешимых законов, но как раз отступление от жестких норм рациональной юриспруденции может стать основой человеческого правосудия, которое рассматривает истинность фактов: остатки «иррациональных времен» и чувства могут спасти рассудок и справедливость от бессмыслицы (как, например, лишь монархия может спасти от формализованной и обезличенной жестокости республики, основанной на богатстве)⁶⁶.

Макс Вебер заметил, что харизматическая власть бывает наиболее уязвима в момент передачи власти: харизматический правитель

⁶³ Паскаль Б. Указ. соч. С. 338.

⁶⁴ Цит. по: Дюги Л. Указ. соч. С. 72.

⁶⁵ Шмитт К. О трех видах юридического мышления. С. 316.

⁶⁶ Вико Дж. Указ. соч. С. XVIII—XIX.

может увековечить себя, лишь уничтожая себя в качестве харизматика. Легитимность же такого правителя рождается в кризисе, и он сам является основанием собственной легитимности: потеря экстраординарности означает для него «рутинизацию харизмы»⁶⁷. (М. Вебер говорил о современной ему демократии: «Самая распространенная форма легитимности — это вера в легальность». Карл Шмитт предупредительно замечал по этому поводу: беспрецедентность и формализм легалистской теории создают иллюзию, что «можно открыть легальный путь и легальную процедуру для всех мыслимых, даже самых радикальных и революционных устремлений, целей и движений, чтобы они смогли достичь своей цели без насилия и без переворота, т.е. такую процедуру, которая бы учреждала порядок и была ценностно нейтральна»⁶⁸.)

Но легитимность не исчерпывается законностью. В «пороговых ситуациях» суверенитет как бы кристаллизуется, используя исключительно политические решения, которые принимает исполнительная власть: «Закон создает не истина, а власть». К. Шмитт к этой трактовке применяет понятие «номос» в его изначальном смысле — «абсолютная непосредственность не опосредованной законами силы права», конституирующая историческое событие, акт легитимации, придающий смысл легальности голого закона.

Пространственный и юридический порядок выступает здесь как конкретный территориальный порядок, непосредственный образ, который, в свою очередь, делает зримым космический и социальный порядки: «У правовых понятий явно пространственное происхождение: сила порождает право, акт легитимации предшествует праву, поэтому и “номос” противопоставляется закону, понятому только как статут»⁶⁹. Правосудие, благодаря публичности, поднимается над всеми и, хотя может подвергнуться обсуждению и декретированному видоизменению, начинает выражать порядок, считающийся священным⁷⁰: решения революционных трибуналов всегда носят безапелляционный, окончательный характер.

Если справедливость является для революции критерием ее целей, то законность — критерием применяемых ею средств, и если позитивное право слепо в отношении безусловности целей, то «естественное» право — в отношении условности средств: теория позитивного права четко различает санкционированное и несанкционированное насилие. Вальтер Беньямин подчеркивал: «Любое поведение, когда оно активно, следует называть насилием, если оно осуществляет предоставленное ему право, чтобы свергнуть правопорядок, дающий ему же это право».

Однако новые отношения уже по факту признаются как новое право, независимо от того, требуют ли они какой-либо гарантии фактически, чтобы существовать в дальнейшем, или нет. (По типу «права войны», когда правовые субъекты санкционируют применение силы при достижении естественных целей, такому насилию свойствен правоустанавливающий характер.) В этом случае некие внешние силы принуждают государство признать правоустанавливающий характер насилия: принуждение становится средством для достижения правовых целей и уже носит характер правоподдерживающей функции⁷¹.

В предреволюционную эпоху, предшествующую Просвещению, власть закона никогда не переживалась только как пустая и бессмысленная форма, ни на чем не основанная, напротив, закон привлекал своей харизматической силой. И только перед уже просвещенным взором мир общественных обычаев и правил предстает как «бессмысленная машина», которую мы вынуждены просто принимать такой, какая она есть. Кантовский категорический императив — это и есть закон, обладающий неопровержимой безусловной властью, но властью, не имеющей отношения к истинности⁷². (Кант полагал, что лишь в публичном виде справедливость может стать прозрачной для разума. Поэтому легитимность восстания, свергающего тирана, может быть установлена только посредством трансцендентного принципа публичности⁷³. Философия Просвеще-

⁶⁷ См.: Бурдые П. О государстве. М., 2016. С. 573.

⁶⁸ Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. С. 230.

⁶⁹ См.: Шмитт К. Номос земли. СПб., 2008. С. 56.

⁷⁰ См.: Вернан Ж.-П. Происхождение древнегреческой мысли. М., 1988. С. 72.

⁷¹ Беньямин В. К критике насилия. С. 73—74.

⁷² Жижек С. Возвышенный объект идеологии. М., 1999. С. 85—86.

⁷³ Кант И. К вечному миру // Сочинения. Т. 6. С. 303.

ния доведет до крайности эту подмену «идеи предмета», когда «добро» вообще будет отождествляться с родовой волей и когда господствующей становится идея «всеобщего и общезначимого». На этот идеал должны были равняться конкретные и позитивные формы права, ему подчинялись и «социальные критерии публичного права, позволяющие утверждать, что такой предмет вообще существует»⁷⁴).

Со времени Французской революции идеологический мир и революционная мифология стали все больше превращаться в мерило политической действительности посредством законодательства. Здесь «естественный» закон неизбежно сталкивается с позитивным законом законодателя и, чтобы оставаться действенным, закон должен соответствовать закону справедливости, а право начинает господствовать и торжествовать в своей искусственной форме.

Легитимирующая право и государство справедливость соединяет «взаимность в кооперации с сообществом властных представлений» относительно идеи права и несправедливости, т.е. содействует их публичному осуществлению. В качестве «права против права» легализованное сопротивление оказывается не составляющей частью правового порядка, а скорее уже новым «правом вне права»⁷⁵.

Как для юридической, так и для теологической герменевтики конституирующим является напряжение, существующее между данным текстом (законом или благой вестью), с одной стороны, и тем смыслом, который он приобретает в результате его применения и конкретной ситуации истолкования. Закон не претендует на то, чтобы быть понятым исторически, но должен быть путем истолкования конкретизирован в своей правовой значимости. Чтобы адекватно воспринять текст закона в соответствии с выдвигаемыми им претензиями, необходимо в каждый данный момент конкретной ситуации понимать его по-новому и по-иному: «понимание здесь всегда уже является применением»⁷⁶.

Мартин Хайдеггер говорил о революции как о перевороте, экзистенциально уже имеющемся и существующем в наличии и никогда не превращающемся в нечто иное: он может только подготавливать превращения, но может их и подрывать. «Революционность несет с собой только видимость изначальности и лишь до тех пор, пока сохраняет оценку себя самой через переоценку того, что она перевернула. Революции никогда не являются по-настоящему радикальными: ибо корни имеет то, что исходит и основывает из себя простое — бытийствующее — как свою основу. Но революция всякий раз являет собой начало завершения того, что лишь наугад ищет осуществления «своей сущности»⁷⁷. Всякое начало делается более «начальным», только обращаясь назад к своим истокам: победителями могут быть лишь закладывающие начало: «есть у революции начало, нет у революции конца».

В функционалистской логике без субстанции и содержания в представлениях об арифметическом большинстве как правопорождающем единстве исчезают все гарантии справедливости, сами понятия законности и легальности. Наличная и правомерная воля входит тогда в противоречие с нормативистской фикцией замкнутой системы легальности. Законы, принятые революцией, призванные ее расширить и углубить, начинают ее сдерживать и ограничивать. На смену психологии и аффекту приходит бездушный нормативизм.

В «законодательном государстве» господствует закон, отделенный от применения, а следовательно, господство и власть в чистом виде здесь отсутствуют, а все действия осуществляются от имени закона. Для революции же всегда важнее правоприменение, а не всеобщая и абстрактная легальность осуществления власти. И тогда на смену «государству законодательства» в революционном катализме, в возникающем из хаоса порядке приходит «государство правительства» (или «государство управления»), в котором господствуют суверенная личная воля, авторитарный приказ и целесообразность⁷⁸.

⁷⁴ Шелер М. Ресентимент. СПб., 1999. С. 165.

⁷⁵ Хеффе О. Справедливость. М., 2007. С. 91, 171.

⁷⁶ Гадамер Ж.-Г. Истина и метод. М., 1988. С. 365—366.

⁷⁷ Хайдеггер М. Указ. соч. С. 62, 270.

⁷⁸ Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. С. 225—226

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Оставшееся время. — М., 2018.
2. Амфитеатров А. Дьявол в быту, легендах и в литературе Средних веков. — СПб., 2010.
3. Батай Ж. Суверенность // Проклятая часть. — М., 2006.
4. Беньямин В. К критике насилия // Учение о подобии. — М., 2012.
5. Бодрийяр Ж. В тени молчаливого большинства, или конец социального // Ясперс К., Бодрийяр Ш. Призрак толпы. — М., 2007.
6. Гоббс Т. Соч. : в 2 т. — М., 1989. — Т. 1.
7. Делюмо Ж. Ужасы на Западе. — М., 1994.
8. Дюги Л. Конституционное право. — М., 1908.
9. Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. — М., 2015.
10. Исаев И. А. Политическая демонология Карла Ясперса // Философия и психопатология. — М., 2006. С. 130—133.
11. Крик Э. Продолжение идеализма. — М., 2004.
12. Кьеркегор С. Понятие страха. — М., 2014.
13. Лосский В. Очерк мистического богословия Восточной церкви // Мистическое богословие. — Киев, 1991.
14. Мангейм К. Человек и общество в эпоху преобразований // Диагноз нашего времени. — М., 1994.
15. Местр Ж. де. Опыт об общем начале политических конституций // Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных. — СПб., 2017.
16. Ницше Ф. Греческое государство // Философия в гражданскую эпоху. — М., 1994.
17. Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс // Дегуманизация искусства. — М., 1991.
18. Розеншток-Хюсси О. Великие революции. — М., 2002.
19. Жижек С. О насилии. — М., 2010.
20. Шелер М. Ресентимент. — М., 2000.
21. Эвола Ю. Люди и руины. — М., 2000.

Материал поступил в редакцию 16 марта 2018 г.

"THE MYSTERY OF LAWLESSNESS", OR REVOLUTIONARY JUSTICE. PART 2

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
kafedra-igp@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul.Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to one of the most important problems of legal theory, namely, the problem of "just law." All great revolutions pursued the objective of achieving social justice that was primarily associated with the equality of all before the law. To a large extent, this explains surprising overlapping of algorithms in compliance with which the revolutions developed having passed through the same stages of formation. During the revolution, the idea of equality is often replaced by the idea of freedom. The clash of the old departing legal order with the new revolutionary legislative norms created a specific situation, a state of emergency, i.e. an anomie, when the operation of any law was suspended. However, the statehood itself, despite the change in its form, continued to exist. The need to create a new law required the development of a new legal order; as the result of the development of law, constitutive and regulatory acts that envisaged the newly established order were adopted. The author focuses on the historical experience of the English and French revolutions comparing it with the experience of other revolutions.*

Keywords: *law, statute, legality, legitimacy, legalty, sovereignty, norm, constitution, custom, power, dictatorship, democracy, parliament, revolution, rebellion, insurrection, force, liberation.*



REFERENCES

1. Agamben J. *Homo sacer. Chrezvychaynoe polozhenie* [Homo sacer. State of Exception]. Moscow, 2011.
2. Agamben J. *Ostavsheesya vremya* [The Time that Remains]. Moscow, 2018.
3. Amfiteatrov A. *Dyavol v bytu, legendakh i v literature Srednikh vekov* [The Devil in Everyday Life, Legends and Literature of the Middle Ages]. St. Petersburg, 2010.
4. Bassiouni K. *Vospitanie narodoubiys* [Macht Oder Mundigkeit]. St. Petersburg, 1999.
5. Bataille G. *Suverennost. Proklyataya chast* [Sovereignty. The Accursed Share]. Moscow, 2006.
6. Benjamin V. *K kritike nasiliya. Uchenie o podobii* [To the Criticism of Violence. The Doctrine of Similarity]. Moscow, 2012.
7. Baudrillard J. *V teni molchalivogo bolshinstva, ili konets sotsialnogo*. [In the Shadow of the Silent Majority, or the End of the Social]. Jaspers K., Baudrillard S. *Prizrak tolpy* [The Phantom of the Crowd]. Moscow, 2007.
8. Hobbes T. Works: In 2 vols. Moscow, 1989. Vol. 1.
9. Delumo J. *Uzhasy na zapade* [Horrors in the West]. Moscow, 1994.
10. Dyugi L. *Constitutional Law*. Moscow, 1908.
11. Girard R. *Ya vizhu satanu, padayushchego kak molniya* [I see Satan Fall Like Lightning]. Moscow, 2015.
12. Isaev I.A. Politicheskaya demonologiya Karla Yaspersa [Political demonology of Karl Jaspers]. *Filosofiya i psikhopatologiya* [Philosophy and Psychopathology]. Moscow, 2006.
13. Krik E. *Prodolzhenie idealizma* [Continuation of idealism]. Moscow, 2004.
14. Kierkegaard S. *Ponyatie strakha* [The concept of fear]. Moscow, 2014.
15. Lossky V. *Ocherk misticheskogo bogosloviya Vostochnoy tserkvi* [Essay on the mystical theology of the Eastern Church]. *Misticheskoye bogoslovie* [Mystical theology]. Kiev, 1991.
16. Mannheim K. *Chelovek i obshchestvo v epokhu preobrazovaniy* [The Man and the society in the era of transformation]. *Diagnoz nashego vremeni* [Diagnosis of our time]. Moscow, 1994.
17. Mestre G. *Sankt-peterburgskie vechera* [St. Petersburg evenings]. St. Petersburg, 1998.
18. Nietzsche F. *Grecheskoye gosudarstvo* [The Greek State]. *Filosofiya v grazhdaskuyu epokhu* [Philosophy in the Civil Epoch]. Moscow, 1994. Gumplovich L. *Osnovy sotsiologii* [Fundamentals of Sociology]. Moscow, 2010.
19. Ortega y Gasset J. *Vosstanie mass* [Accession of the masses]. *Degumanizatsiya iskusstva* [Dehumanization of art]. Moscow, 1991.
20. Rosenstock-Hussie O. *Velikie revolutsii* [Great Revolutions]. Moscow, 2002.
21. Zizek S. *O nasilii* [On Violence]. Moscow, 2008.
22. Scheler M. *Resentiment* [The resentment]. St. Petersburg, 1999.
23. Evola G. *Lyudi i ruiny* [People and ruins]. Moscow, 2000.

ПРАВОВАЯ СУЩНОСТЬ ПОНЯТИЙ «ПОТРЕБИТЕЛЬ» И «СЛАБАЯ СТОРОНА» В ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Аннотация. Настоящая статья посвящена вопросам сопоставления понятий «потребитель» и «слабая сторона» в обязательственных правоотношениях, а также определению идей и критериев использования соответствующего понятийного аппарата.

При написании настоящей статьи были использованы такие частнонаучные методы познания, как формально-юридический, сравнительно-правовой, технико-юридический, что позволило сформулировать следующие выводы относительно предмета исследования: потребитель — это лицо, приобретающее объект гражданского оборота для его использования в качестве конечного пользователя (end user); наличие у лица статуса «потребителя» не делает его непрофессионалом в соответствующей сфере и изначально не наделяет его специальными правами, а контрагента — корреспондирующими обязанностями в целях восстановления нарушенных императивных начал гражданского законодательства — принципа равенства; «слабая сторона» обязательственных отношений — это лицо, которое в силу специфики фактически складывающихся правоотношений не может в полной мере оценить и осмыслено принять возможные негативные последствия, возникающие в результате принятия и исполнения соответствующих обязанностей; наличие или отсутствие статуса предпринимателя (коммерсанта) не играет предопределяющего значения для квалификации лица в качества «слабой стороны» обязательственных правоотношений; в качестве признаков отношений, в которых одного из его участников допустимо квалифицировать в качестве «слабого» субъекта, можно выделить то, что контрагентом лица является предприниматель (коммерсант), для которого осуществляемая деятельность является профессиональной и одним из основных способов приумножения прибыли; усматривается явная невозможность влияния на существо договорных условий, т.е. наблюдается неравенство в переговорных возможностях, в том числе по причинам того, что лицо не обладает соответствующими знаниями и не может прогнозировать соответствующие риски; одним из ключевых факторов, влияющих на возможность использования свойственных «слабой стороне» обязательственных правоотношений арсенала прав и способов защиты, является проактивное поведение профессионального субъекта, которое заключается в информировании, а также получении заверений от лица об осознании всей рискованности заключаемой сделки.

Ключевые слова: потребитель, «слабая сторона», непрофессиональный субъект, отсутствие профессиональных знаний, физическое лицо, юридическое лицо, потребительские цели, непрофессиональная деятельность.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.026-044

© Белов В. А., 2018

* Белов Валерий Александрович, кандидат юридических наук, редактор Дайджеста новостей торгового и потребительского права Юридического института «М-Логос»
5707623@mail.ru
117534, Россия, г. Москва, ул. Академика Янгеля, д. 14, корп. 2, кв. 221

Известно, что доктринальное и официальное толкование правовых норм, регулирующих гражданские правоотношения, исходит из принципа диспозитивности. Между тем основы гражданского права содержат императивную направленность, которая заключается в необходимости соблюдения всеми участниками оборота принципов равенства, свободы договора, восстановления и защиты нарушенного интереса и т.д. При этом в ряде случаев законодатель допускает отступление от приведенного правила при условии возложения и исполнения дополнительных обязанностей на ту сторону, на которую принцип права имеет меньшее воздействие. В данной связи в рамках настоящей работы будет предпринята попытка проанализировать некоторые правоотношения, где ощущается процесс восстановления императивных начал гражданского права, т.е. действия его принципов.

Традиционно к отношениям, где усматривается некоторое отклонение от реализации приведенных принципов, относят так называемые потребительские правоотношения, где право возлагает на контрагента лица, приобретающего товары для личного использования, — потребителя, дополнительные обязанности. Между тем представляется, что наличие у лица статуса потребителя не во всех случаях свидетельствует о том, что принцип равенства не реализуется в полном объеме. При указанных обстоятельствах, попробуем разобраться с указанной проблематикой и в каком случае возложение дополнительных обязанностей на контрагента потребителя является оправданным шагом со стороны законодателя.

Термин «потребитель» имеет довольно широкое вовлечение в сферу правового регулирования как частных, так и публичных правоотношений, при этом в зависимости от их вида толкование указанного термина, т.е. идентификация перечня лиц, способных приобрести статус потребителя, может изменяться. В частности, из наиболее ранних норма-

тивных правовых актов, продолжающих свое действие по настоящее время, необходимо выделить Закон о защите прав потребителей¹, согласно которому под потребителем понимается гражданин, т.е. физическое лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее или использующее товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Между тем даже на уровне официального толкования усматриваются случаи, когда правоприменитель выводит из-под определения термина «потребитель», содержащегося в Законе о защите прав потребителей, физических лиц, приобретающих товар. Так, например, ранее существовавшее Министерство РФ по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства указывало, что не является потребителем гражданин, приобретающий товары для организаций и за их счет с целью использования этих товаров в производстве, а также заказывающий для организаций за их счет работы, услуги в этих же целях (например, приобретение фотокамеры для работы в издательстве, редакции, химическая чистка штор, натирка полов и т.д.). Однако является потребителем гражданин, пользующийся услугой личного характера, хотя и заказанной для производственных нужд (например, услуга по перевозке, по проживанию в гостинице в командировочных целях)².

В последующих издаваемых источниках права тенденция к пониманию термина «потребитель» вообще изменилась, в связи с чем в специальном национальном законодательстве при определении лиц, способных выступать в качестве потребителей, наблюдается расширительное толкование указанного термина. Так, в ряде нормативных правовых актов указывается, что как юридические, так и физические лица могут выступать в качестве потребителей. В частности, такого рода подход усматривается в отношениях, связанных с газоснабжением³, естественными монополи-

¹ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 03.07.2016) «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

² Приказ МАП РФ от 20.05.1998 № 160 (ред. от 11.03.1999) «О некоторых вопросах, связанных с применением Закона РФ “О защите прав потребителей”» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. № 2.

³ Федеральный закон от 31.03.1999 № 69-ФЗ (ред. от 26.07.2017) «О газоснабжении в Российской Федерации». Ст. 2 // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1667.

ями⁴, электроэнергетикой⁵, защитой конкуренции⁶ и т.д.

В данной связи выглядит примечательным то обстоятельство, что отечественное кодифицированное законодательство, регулирующее как частные, так и публичные правоотношения, в целом не содержит определения термина «потребитель». Как представляется, данное упущение не является случайным, поскольку приобретение статуса потребителя в принципе, как и иных статусов (например, собственника, владельца, заслуженного юриста, ветерана войны и т.д.), зависит от ряда обстоятельств и условий, которые нашли свое отражение в фактически сложившихся правоотношениях⁷.

Приведенное нормативно-правовое регулирование наглядно демонстрирует отсутствие единого подхода к толкованию термина «потребитель» на уровне законодательства. Сходная позиция усматривается и в юридической литературе, где преимущественно можно выделить несколько подходов к пониманию множественности лиц, способных выступать в качестве потребителей: 1) к числу потребителей допустимо относить только физических лиц; 2) к числу потребителей допустимо относить как физических, так и юридических лиц в случае, если основанием для их вступления в соответствующие правоотношения является публичный договор; 3) в зависимости от содержания конкретно сложившихся правоотношений к числу потребителей допустимо относить как физических, так и юридических лиц.

Первая из приведенных точек зрения, как представляется, преимущественно основана на двух постулатах: i) буквальном прочтении

Закона о защите прав потребителей; ii) определении предпринимательской деятельности, содержащемся в ст. 2 ГК РФ, согласно которому предпринимательская деятельность является рискованной, а следовательно, о неопытности или неосведомленности в соответствующей сфере коммерсант как участник обязательственных правоотношений заявлять не вправе, поскольку в противном случае указанный признак предпринимательской деятельности будет иррелевантным. Примечательно, что именно на последнем доводе долгое время базировалась и формировалась судебная практика, где суды зачастую отказывали в защите прав предпринимателей, оперируя одним тезисом: «предприниматель должен либо полностью разбираться в соответствующем вопросе и проявлять всевозможную осмотрительность, либо нести риск несения убытков». Аналогичный вывод следует из судебной практики: «юридическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, несет риск наступления неблагоприятных последствий, в частности, от заключения хозяйственных сделок с юридическими лицами, осуществляющими деятельность не в соответствии с требованиями действующего законодательства...»⁸. В другом деле суд указал, что юридическое лицо несет самостоятельные риски, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, при этом оно должно прогнозировать последствия, в том числе и негативные, связанные с ее осуществлением⁹.

Также нельзя не обратить внимание на зарубежный опыт в части узкого толкования термина «потребитель». Так, в п. 3 Руководящих

⁴ Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О естественных монополиях». Ст. 3 // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

⁵ Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «Об электроэнергетике». Ст. 2 // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

⁶ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 29.07.2017) «О защите конкуренции». Абз. 23 п. 1 ст. 4 // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

Так, М. А. Егорова отмечает, что факт введения понятия «потребитель» в Федеральный закон «О защите конкуренции» свидетельствует о включении в состав основных понятий конкурентного права и приобретает существенное значение в специальных институтах антимонопольного законодательства (см.: Егорова М. А. Развитие норм о доминирующем положении в четвертом антимонопольном пакете // Юрист. 2016. № 7. С. 10—14).

⁷ См.: Белов В. А. Статус лица: юридический аспект // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 10. С. 72—78.

⁸ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.03.2011 № ВАС-17649/10 по делу № А26-11228/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление ФАС Московского округа от 11.02.2014 № Ф05-17175/2013 по делу № А40-34239/13 // СПС «КонсультантПлюс».

принципов ООН для защиты интересов потребителей указано, что понятие «потребитель» в широком смысле означает физическое лицо, независимо от его гражданства действующее в первую очередь для личных, семейных или домашних нужд, хотя за государствами-членами признается право устанавливать иные определения с учетом конкретных национальных потребностей, при этом в качестве обоснования приведенного подхода указано следующее: исходя из признания того факта, что потребители зачастую находятся в неравном положении с точки зрения материального достатка, уровня образования и переговорных возможностей. Руководящие принципы для защиты интересов потребителей призваны: содействовать странам в налаживании или продолжении обеспечения надлежащей защиты своего населения как потребителей¹⁰.

Однако важно обратить внимание, что в международной практике существует и иная позиция относительно приведенного подхода. Так, согласно ст. 9 Кодекса европейского договорного права¹¹ под термином потребитель понимается физическое лицо, действующее для целей, лежащих вне сферы его профессиональной деятельности. Однако, как справедливо отмечает В. А. Белов, указанное правило знает исключение, в частности применительно к ситуациям, когда лицо, будучи предпринимателем, в конкретных отношениях действует в качестве потребителя, в связи с чем ему также предоставляется право пользоваться нормами, дающими дополнительную защиту как потребителю¹². Аналогичная позиция усматривается в ст. 12 Закона о несправедливых условиях 1977 г. (Unfair Contract Terms Act)¹³.

Кроме того, нельзя не отметить, что двойственный подход к интерпретации термина

«потребитель» также усматривается и в судебной практике Верховного Суда РФ. В частности, Верховный Суд РФ указывает, что под термин «потребитель» могут подпадать индивидуальные предприниматели, закупающие товар в целях исключительного использования для личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности¹⁴. Однако указанный подход преимущественно сфокусирован на рассмотрении одного из состояний двойственности статуса физического лица, зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя, который одновременно является и физическим лицом, и коммерсантом. При этом Верховный Суд РФ указал лишь на то обстоятельство, что приобретение статуса индивидуального предпринимателя не лишает физическое лицо возможности вступать в правоотношения в качестве потребителя, сохраняя за собой все права, предусмотренные для указанной категории лиц. Представляется, что подход к рассмотрению индивидуального предпринимателя в двух ипостасях является весьма обоснованным, в том числе с точки зрения п. 3 ст. 23 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ)¹⁵, согласно которому закон, регулирующий правовой статус юридического лица, распространяется на отношения, возникающие с участием индивидуального предпринимателя, если иное не следует из существа правоотношения. Именно в сущности, т.е. правовой природе фактически складывающихся правоотношений, раскрываются квалифицирующие признаки, в результате анализа которых можно сделать вывод, выступает ли лицо в качестве слабого субъекта — потребителя или коммерсанта. В некоторой степени сходной позиции придерживается А. А. Райлян, который указы-

¹⁰ Руководящие принципы Организации Объединенных Наций для защиты интересов потребителей, утв. Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 22.12.2015 № 70/186 // URL: http://www.eurasiancommission.org/ru/act/txnreg/depstanmer/consumer_rights/Documents/%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%BE%D0%BB%D1%8E%D1%86%D0%B8%D1%8F%20%D0%9E%D0%9E%D0%9D_%D0%97%D0%9F%D0%9F.pdf (дата обращения: 11.11.2017).

¹¹ URL: <http://www.eurcontrats.eu/site2/docs/EuropeanContr.pdf> (дата обращения: 11.11.2017).

¹² Белов В. А. Кодекс европейского договорного права — European Contract Code : общий и сравнительно-правовой комментарий : в 2 кн. М. : Юрайт, 2015. Кн. 1. С. 26—32.

¹³ Council Directive №. 93/13/EEC «On unfair terms in consumer contracts». Luxembourg, 5.IV.1993 // Official Journal of Europeann Committee. 1993. L 95. Vol. 36. P. 29—34.

¹⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». П. 17 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 29.07.2017) (с изм. и доп., вступ. в силу с 06.08.2017) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

ваает, что не вызывает сомнений, что в тех случаях, когда стороной спора является физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, повышенное значение для решения вопроса о квалификации такого лица как потребителя имеет исследование другого потребительского признака — цели заказа, приобретения или использования товара. Именно его анализ позволяет разграничить сферы деятельности лица в качестве предпринимателя и в качестве гражданина и определить, к какой из них относится сделка, в связи с совершением которой возник спор¹⁶.

Кроме того, в судебной практике наблюдается также возможность неоднозначного восприятия статуса физического лица, не зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющего закупку товара явно с профессионально ориентированной целью, т.е. не для личных нужд. Так, Верховный Суд РФ отметил, что физическое лицо, приобретающее или заказывающее работы (услуги) в коммерческих целях, в частности по изготовлению полиграфической продукции для цели ее коммерческого распространения, не регулируются законодательством о защите прав потребителей¹⁷, следовательно, не подпадает под традиционное понимание термина «потребителя», установленного Законом о защите прав потребителей. Аналогичный вывод следует из судебного дела, где был установлен факт покупки физическим лицом тяжелого промышленного оборудования, предназначенного для вторичной обработки древесных материалов, а также материалов на основе переработанной древесины — станочный агрегат. В связи с этим Суд сделал вывод о невозможности распространения на указанные правоотношения Закона о защите прав потребителей, поскольку оборудование не является мобильным, устанавливается в производственном цехе и предназначено исключительно для выполнения промышленных объемов производства и не может использоваться в бытовых условиях¹⁸.

Аналогичный вывод Верховный Суд РФ сделал в отношении брокерских договоров, заключенных физическими лицами, не зарегистрированными в качестве индивидуальных предпринимателей, где объектом выступали ценные бумаги. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ указала, что «обязательным условием признания гражданина потребителем является приобретение таким гражданином товаров (работ, услуг) исключительно для личных (бытовых) нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. То, что истцы являются физическими лицами и не имеют статуса индивидуальных предпринимателей, само по себе не означает безусловно, что заключенные сделки направлены на удовлетворение личных бытовых нужд. Исходя из обстоятельств, на которых основаны требования истцов, им с Банком заключены договоры брокерского обслуживания в целях приобретения в их интересах и за их счет кредитных нот. При этом истцы были уведомлены о рисках, связанных с операциями на рынке ценных бумаг. При таких обстоятельствах ввиду рискованного характера деятельности по совершению гражданско-правовых сделок с ценными бумагами и (или) по заключению договоров, являющихся производными финансовыми инструментами, такая деятельность не может быть признана деятельностью, направленной на удовлетворение личных (бытовых) нужд, а потому выводы судебных инстанций о применении к спорным отношениям Закона о защите прав потребителей являются ошибочными...»¹⁹.

Учитывая приведенную дихотомию в подходах к распространению законодательства о защите прав потребителей на отношения, возникающие с участием физического лица, не зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя, интересным представляется позиция судов, которые возлагают на ответчика (предпринимателя, т.е. контрагента по сделке, заключенной физическим лицом) бремя доказывания обстоятельства, свидетельс-

¹⁶ Райлян А. А. Гражданско-правовая защита прав потребителя: вопросы теории и судебной практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 10. С. 22.

¹⁷ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017), утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 16.02.2017 (ред. от 26.04.2017). П. 4 // Бюллетень трудового и социального законодательства РФ. 2017. № 3.

¹⁸ Апелляционное определение Брянского областного суда от 09.12.2014 по делу № 33-4091/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Определение Верховного Суда РФ от 01.08.2017 № 24-КГ17-17 // СПС «КонсультантПлюс».

твующего о том, что товар закупался не для личных, бытовых нужд, а для осуществления предпринимательской деятельности. В частности, указанный вывод о перераспределении бремени доказывания в указанной части усматривается из следующего дела: «В отсутствие допустимых, достоверных и достаточных доказательств того, что товар, являющийся объектом договора, приобретался истцом не в личных, семейных, домашних целях, а для иных нужд, у суда первой инстанции не имелось оснований для отказа в применении к спорным правоотношениям положений Закона РФ «О защите прав потребителей», регулирующих ответственность продавца за нарушение прав потребителя в части компенсации морального вреда и взыскании штрафа»²⁰. Аналогичный вывод следует из следующего дела: «Договор поставки не содержит сведений о том, что продукция приобретается истцом (потребителем) не в личных целях, и в связи с предпринимательской деятельностью»²¹.

Несмотря на не бесспорность приведенных подходов, представляется возможным сформулировать ряд тезисов, следующих из приведенных позиций:

- наличие статуса индивидуального предпринимателя не свидетельствует о том, что лицо не может выступать в гражданских правоотношениях в качестве потребителя;
- отсутствие статуса индивидуального предпринимателя не свидетельствует о том, что лицо является потребителем;
- характер и назначение объекта гражданского оборота, приобретаемого по договору, может свидетельствовать об участии лица в качестве профессионального субъекта.

Как наглядно демонстрируют приведенные тезисы, единства в понимании субъектного состава, т.е. перечня лиц, способных выступать в качестве потребителя, в первой из приведенных точек зрения не наблюдается.

Применительно ко второму подходу некоторые из ученых указывают, что положения, содержащиеся в ст. 426 ГК РФ, содержат более широкое определение термина «потребитель» по сравнению с положениями Закона о защите прав потребителей, в связи с чем одноименный статус может приобретаться как физическими, так и юридическими лицами²². Сходная позиция просматривается в одном из авторитетных комментариев к ГК РФ, согласно которому одним из признаков публичного договора является его субъектный состав, где сторонами являются потребитель и лицо, осуществляющее предпринимательскую или иную приносящую доход деятельность²³. Данный вывод ученых также подкрепляется тем, что действующему законодательству известен целый ряд публичных договоров: договор розничной купли-продажи, проката, договоры бытового подряда и др., где на стороне покупателя, арендатора или заказчика, т.е. в силу прямого указания ст. 426 ГК РФ — потребителя, может выступать юридическое лицо. Так, например, к аналогичному выводу приходит М. И. Брагинский, который считает возможным участие в публичном договоре в качестве потребителя как физических, так и юридических лиц, основываясь на анализе норм ГК РФ, регулирующих различные виды публичных договоров²⁴. Аналогичной точки зрения придерживается и А. Хвоцинский, который, исследуя институт публичного договора в российском праве, приходит к выводу, что при определении критериев применения специальных правил, отступающих от принципа свободы договора и предоставляющих особые гарантии прав слабой стороне, основное внимание должно быть уделено не правовой природе такой стороны, как субъект права (физическое лицо, юридическое лицо, организационно-правовая форма и т.п.), а оценке условий и целей его участия в торговом обороте в целом и в данной кон-

²⁰ Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 12.05.2015 по делу № 33-4477/2015 // СПС «КонсультантПлюс». Также см.: апелляционное определение Красноярского краевого суда от 24.09.2014 по делу № 33-9311/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Апелляционное определение Суда Ямало-Ненецкого автономного округа от 21.05.2015 по делу № 33-1342/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

²² Зуйкова Н. В. Публичный договор // СПС «КонсультантПлюс».

²³ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации : Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / А. В. Барков, А. В. Габов, М. Н. Илюшина [и др.] ; под ред. Л. В. Санниковой. М. : Статут, 2016. С. 457—518.

²⁴ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право : в 4 кн. 3-е изд., стер. М. : Статут, 2011. Кн. 1 : Общие положения. С. 254.

кретной сделке, в частности оценке того, является ли он случайным или профессиональным участником торговых отношений, в которые он вступает²⁵.

На прямую возможность выступления в качестве потребителя юридического лица в договоре розничной купли-продажи указывает И. Н. Садиков, описывая ситуацию, когда покупателем будет юридическое лицо (например, в случае организации им какого-либо корпоративного мероприятия), а непосредственными потребителями блюд и напитков — работники данного юридического лица (физические лица)²⁶. Применительно к договору проката и возможности выступления на стороне арендатора — юридического лица указывается в юридической литературе²⁷, где содержится указание, что наряду с бытовым (потребительским) прокатом законодатель допускает и небытовой (коммерческий) прокат. Довод о том, что по договору проката может выступать только физическое лицо, опровергается также судебной практикой. Так, в одном из дел суд кассационной инстанции указал: «Как правильно установили суды обеих инстанций, между сторонами фактически сложились внедоговорные отношения проката имущества, регулируемые параграфом 2 главы 34 ГК РФ»²⁸. Более того, исходя из фактически складывающихся правоотношений представители юридических лиц для обеспечения каждодневных потребностей организации и их сотрудников часто совершают покупки за наличные денежные средства, выданные им под учет. При этом указанные лица совершают сделки от имени, по поручению и в интересах юридического лица. Сказанное также соответствует указаниям ЦБ РФ, которые подтверждают возможность осуществления наличных взаиморасчетов между юридическими лицами²⁹.

Следовательно, исходя из приведенных доводов, необходимо сделать вывод, что расширительное толкование термина «потребитель», т.е. отнесение к указанной категории как физических, так и юридических лиц, считается допустимым в случае если фактически сложившиеся отношения основаны на публичном договоре.

Следующий подход к толкованию термина «потребитель» также является расширительным и допускает возможность приобретения указанного статуса как физическими, так и юридическими лицами, однако в основе указанной классификации лежат содержание фактически сложившихся отношений, а также навыки и знания, которыми обладает лицо, в пользу которого совершается имущественное предоставление. Так, Л. Б. Ситдикова, Э. Г. Корнилов, В. В. Данилов обуславливают такой подход тем, что во многих сферах и юридические лица выступают в качестве непрофессионалов, нуждающихся в дополнительной защите, или тем, что отдельные товары (работы, услуги) юридические лица приобретают не для коммерческой деятельности, а для удовлетворения потребностей своих работников³⁰.

В данной связи весьма справедливым вопросом задается Э. Г. Корнилов: почему коллектив ЖЭКа, приобретший для нужд своих сотрудников холодильник, оказавшийся неисправным, не может воспользоваться широкими возможностями по защите своих ущемленных прав, предоставленных Законом о защите прав потребителей? В связи с этим указанный автор высказывает свое негодование относительно используемой по тексту Закона о защите прав потребителей терминологии и ее значения, в частности автор указывает, что потребителем, по смыслу названного Закона, является только такой гражданин, который

²⁵ Хвощинский А. Публичный договор: защита частного интереса? // Бизнес-адвокат. 2000. № 9.

²⁶ См.: Садиков И. Н. Хозяйственно-правовые отношения предприятий общественного питания. М., 1970. С. 120.

²⁷ См.: Белов В. А. Договор проката: видовая договорная категория или элемент юридической техники? // Вестник арбитражной практики. 2017. № 3. С. 26—38.

²⁸ Постановление ФАС Московского округа от 10.03.2009 по делу № А40-33982/08-9-398 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁹ Указание Банка России от 07.10.2013 № 3073-У «Об осуществлении наличных расчетов» // Вестник Банка России. 2014. № 45.

³⁰ См.: Ситдикова Л. Б. Гражданско-правовой статус потребителя в сфере оказания информационных услуг // Юридический мир. 2010. № 9. С. 56—58. Также см.: Корнилов Э. Юридическое лицо как потребитель // Закон. 1999. № 3. С. 120; Данилов В. В. Защита прав потребителя в системе конституционных прав человека в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 10.

«выводит» товар (работы, услуги) из коммерческого оборота в сферу личного потребления, т.е. речь идет только о конечном потребителе. Но разве не так обстоит дело с вышеуказанным холодильником, иск о котором невозможно рассмотреть в рамках Закона о защите прав потребителей только лишь потому, что он числится на балансе организации, хотя страдают от неисправного агрегата конкретные граждане — ее работники³¹? Указанные рассуждения привели ученого к выдвиганию предложения о расширении понятия «потребитель», содержащегося по тексту Закона о защите прав потребителей, путем включения в перечень лиц, способных приобретать указанный статус юридических лиц³². Сходной позиции придерживается И. В. Кирюшина, которая полагает, что экономически оправданным является включение в число потребителей также юридических лиц, которые приобретают товары для бытовых нужд своих работников (потребительские кооперативы, товарищества собственников жилья и т.д.)³³.

На необходимость расширительного толкования термина «потребитель» также указывает Л. Т. Гарвин, который пишет о невозможности субъектами малого бизнеса пользоваться специальными способами защиты, свойственными физическим лицам³⁴. Представляется, что подход приведенного автора является в некоторой степени обоснованным, поскольку знания, практический опыт и осознание масштаба принимаемых рисков у физических лиц, индивидуальных предпринимателей, субъектов малого, среднего и крупного бизнеса являются отличными друг от друга, следовательно, допустимо сделать вывод, что единый подход к регламентации статуса потребителя является не вполне верным.

Применительно к отдельным видам деятельности, например в сфере телекоммуникационных услуг, Л. Б. Ситдикова обращает

внимание, что юридическое лицо (некоммерческая организация), заказывающее информационные услуги для нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью, также выступает в качестве потребителя, который, хотя и является профессионалом в своей сфере деятельности, но не обладает всей полнотой знаний в сфере информационных услуг³⁵.

Однако несмотря на аргументированность и весьма справедливое указание на необходимость расширительного толкования термина «потребитель» и распространение его понятийного аппарата, а также следующих из него прав и обязанностей на деятельность организаций при определении «слабой» стороны по сделке, в юридической литературе в ряде случаев усматривается некоторый скепсис относительно такого подхода. Так, Е. А. Усачева указывает, что распространение законодательства о защите потребителей на отношения между юридическими лицами является преждевременным по ряду причин. В частности, не выработаны адекватные критерии отделения потребительских сделок от иных сделок, совершаемых юридическим лицом (нетипичный характер представляется критерием достаточно расплывчатым); спорным является вопрос о том, могут ли в принципе у юридического лица существовать личные, семейные или домашние нужды. Кроме того, сама целесообразность распространения потребительских предпочтений на юридических лиц вызывает сомнения как таковая, поскольку их отсутствие не лишает организацию возможности обратиться за защитой своих прав в качестве участника гражданско-правовых отношений. При этом любое юридическое лицо, в отличие от гражданина, является профессиональным участником оборота, а вопрос о сопоставимости его «слабости» в непрофильных сферах со «слабостью» гражданина-потребителя остается открытым³⁶. Сходной позиции придержива-

³¹ Корнилов Э. Г. Закон о защите прав потребителей // Законность. 1999. № 12. С. 36—39.

³² Корнилов Э. Г. Защита прав потребителей при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 1999. С. 8.

³³ Кирюшина И. В. Правовой статус потребителя и его реализация в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2004. С. 34.

³⁴ Garvin L. T. Small Business and the False Dichotomies of Contract Law // The Ohio State University Moritz College of Law. Public Law and Legal Theory. Working Paper. Series No. 1.

³⁵ Ситдикова Л. Б. Теоретические и практические проблемы правового регулирования информационных и консультационных услуг в гражданском праве России. М., 2008. С. 65—66.

³⁶ Усачева Е. А. Правовые проблемы квалификации лица в качестве потребителя // Мировой судья. 2016. № 2. С. 27—31.

ется Ю. Н. Мулина, которая указывает, что расширительный подход к пониманию термина «потребитель», в том числе изложенный в Законе о несправедливых условиях 1977 г., является достаточно необычным и основан на уровне профессионализма предпринимателя вне сферы предпринимательской деятельности. При этом потребитель отличается от любого предпринимателя не только уровнем профессиональной осведомленности в конкретной сфере, но и характером деятельности: какой бы ни была сделка, совершенная предпринимателем, она совершается им для достижения в общем смысле экономической выгоды, следовательно, должна совершаться на его риск. Поэтому распространение режима защиты потребителя на предпринимателя в том же объеме является нежелательным³⁷.

Представляется, что опасения последних приведенных авторов относительно возможности распространения Закона о защите прав потребителей на отношения, возникающие между юридическими лицами, являются весьма обоснованными, однако несколько по иным основаниям, которые заключаются в существенном значении термина «потребитель» и идеи, которую вкладывал законодатель при его имплементации в практическую деятельность субъектов гражданских и иных публичных правоотношений. Полагаем, что при использовании термина «потребитель» законодатель попытался одновременно реализовать две идеи: — указать на то обстоятельство, что объект договора будет использоваться для удовлетворения личных потребностей конкретного лица; — указать на непрофессионализм потребителя в соответствующей сфере.

Однако указанный замысел, исходя из приведенных разносторонних подходов к интерпретации термина «потребитель», не был, как представляется, успешно реализован, поскольку в ряде случаев использование объекта для удовлетворения личных потребностей конкретного субъекта вовсе не свидетельствует о том, что потребитель не является профессионалом, и принцип равенства гражданского права, т.е.

баланс интереса между субъектами обязательственных правоотношений, нарушен. В частности, указанное несоответствие усматривается в случае, когда организация — завод, осуществляющий производство, заключает договор на электроснабжение; в данной связи не представляется возможным выдвинуть суждение о том, что лица, осуществляющие производство, не обладают профессиональными знаниями, расчетами и калькуляцией о необходимых производственных и потребляемых мощностях оборудования, размещенных на предприятии. Аналогичная ситуация может усматриваться, когда оборонное предприятие заключает договор на поставку какого-либо специального оборудования для создания оборонного комплекса страны. Представляется, что указанные случаи наглядно указывают на неудачную попытку совмещения приведенных идей в одном термине, поскольку в описанных примерах лица одновременно приобретают товар для личных целей, т.е. не для последующей перепродажи, но с наличием четких знаний и представлений — профессионализма в области, где будет использоваться соответствующий приобретенный объект.

Следовательно, допустимо сделать вывод, что при участии в конкретных правоотношениях двух профессиональных субъектов возложение на одного из них каких-либо дополнительных обязанностей не является справедливым, поскольку императивные начала гражданского права, в частности принцип равенства, реализуются в полном объеме.

В данном аспекте представляется, что основная идея, которая должна поддерживаться законодателем и правоприменительной практикой при наделении конкретного субъекта гражданских правоотношений статусом потребителя, заключается в том, что потребителем является лицо, которое фактически потребляет приобретенное благо для личных, в том числе промышленных, целей, т.е. является конечным пользователем (*end-user of goods*³⁸) соответствующего объекта гражданского оборота, будь то вещь, энергия или иной объект гражд-

³⁷ Опыты цивилистического исследования : сборник статей / Д. В. Гудков, И. И. Зикун, А. А. Зябликов [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков. М. : Статут, 2016. С. 196—225.

³⁸ Допустимость рассмотрения юридических лиц в качестве конечного пользователя соответствующего товара в том числе подтверждается требованиями, предъявляемыми к процессу сертификации продукции. См.: Приложения № 2, 3 ТР ТС 025/2012. Технический регламент Таможенного союза. О безопасности мебельной продукции, утв. решением Совета Евразийской экономической комиссии от 15.06.2012 № 32 // СПС «КонсультантПлюс».

данского оборота. Следовательно, определение статуса «потребитель» должно выполнять иные, не связанные с оценкой профессионализма соответствующего субъекта общественных отношений, цели.

При указанных обстоятельствах представляется, что наиболее корректным для указания на отсутствие равенства в конкретных правоотношениях и реализации второй из приведенных идей по имплементации термина «потребитель» в законодательную и практическую среду, т.е. для защиты непрофессионального субъекта, является понятие «слабая сторона» обязательственных правоотношений (договора). Для большей наглядности и в целях выявления случаев нарушения императивных начал гражданского законодательства — принципа равенства — полагаем актуальным рассмотреть целый ряд ситуаций в двух вариациях: в первом случае на стороне покупателя (заказчика) выступает физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, во втором — юридическое лицо.

Ситуация 1: лицо, купившее автотранспортное средство и не использующее его в профессиональных целях, обращается в сервисный центр, который указывает на необходимость проведения дорогостоящего ремонта. При этом спустя некоторое время лицо обнаруживает, что проведения дорогостоящего ремонта не требовалось.

Ситуация 2: лицо приобретает в аренду объект недвижимости, находящийся в другом городе, при этом со стороны контрагента сделаны соответствующие указания, что: i) по отношению к физическому лицу — в данном доме жил выдающийся ученый; ii) по отношению к юридическому лицу — присутствует оживленное движение (интенсивный трафик людей), что обеспечит поток клиентов. При этом спустя некоторое время лицо обнаруживает, что указания контрагента были ложными.

Ситуация 3: лицо обращается в туристическое агентство в целях планирования и полного обеспечения досуга (отпуск, teambuilding и т.д.), при этом основным условием является отсутствие требований по получению виз. На паспортном контроле у лиц, купивших туристический продукт, обнаруживается отсутствие обязательной визы, в связи с чем всех путешественников не пускают в самолет.

Ситуация 4: лицо обращается к оператору связи в целях заказа телекоммуникационных

услуг в отдаленных от цивилизации частях света. При этом при предоставлении услуг обнаруживается, что зона покрытия куда меньше, нежели рассчитывал заказчик.

Ситуация 5: лицо обращается к кредитной организации в целях приобретения специализированных активов, при этом банк указывает на потенциальную прибыльность указанных транзакций. Спустя некоторое время лицо, вступившее в указанную обязательственную связь, обнаруживает убыточность данной сделки по основаниям, связанным с непредставлением кредитной организацией всей информации о возможных рисках.

Очевидно, что из приведенных ситуаций допустимо выделить два объединяющих признака. Первый из них заключается в том, что контрагентом лица (покупателя, заказчика) является профессиональный субъект гражданских правоотношений: сервисный центр, риэлтор, брокер, турагентство, оператор связи, кредитная организация, сфера соответствующей деятельности является для них «зоной комфорта» (в силу осведомленности о специальных свойствах и деталях предлагаемых к реализации объектов гражданского оборота), поскольку именно с пребыванием в ней лицо связывает свой основной вид деятельности, направленный на получение прибыли. Вторым характерным признаком является то, что контрагентом профессионального «игрока» является лицо с прямо противоположным опытом (*background*), т.е. не обладающее специальными знаниями и (или) возможностями для пребывания в той же «зоне комфорта», что и профессиональный субъект при исполнении соответствующего обязательства.

Как представляется, аренда офиса, ремонт транспортного средства, используемого для сопровождения передвижений генерального директора, мероприятия, организуемые для сплочения трудового коллектива, покупка мебели для обстановки офиса, приобретение ценных бумаг лицом, не являющимся субъектом рынка ценных бумаг, а также другие действия, направленные для создания комфортных условий для осуществления бизнеса, не должны *изначально* рассматриваться как профессиональная деятельность такого субъекта, поскольку последний не обладает специальными знаниями в соответствующей сфере, что позволяет говорить о наличии неполной осведомленности о всех потенциальных рисках, о которых знает контрагент —

профессиональный субъект. В связи с этим полагаем допустимым сделать утверждение о том, что независимо от того, выступает ли физическое или юридическое лицо в описанных ситуациях на стороне покупателя (заказчика), данного субъекта возможно в ряде случаев рассматривать в качестве «слабой стороны» обязательства.

Следовательно, утверждение о том, что закон должен защищать каким-либо особым образом указанных покупателей (заказчиков), в том числе в случае, если они являются юридическими лицами и даже коммерческими организациями, прежде всего связано с ответом на вопрос о том, являются ли оба субъекта осведомленными в равной степени об особенностях заключаемой сделки, т.е. является ли возникающая обязательственная связь для них обыденной и не требующей получения специальных познаний. При этом представляется, что при изначальном рассмотрении фактически складывающихся правоотношений необходимо исходить из презумпции о том, что профессионал должен проинформировать о сущности заключаемой сделки под страхом признания его действий недобросовестным поведением и допущения возможности реализации «слабой» стороной отдельных способов защиты, в том числе признания сделки недействительной по основаниям, предусмотренным ст. 10, 168, 169 или ст. 179 ГК РФ, либо судебного изменения отдельных условий договора или его расторжения на основании ст. 428 ГК РФ и т.д. В некоторой степени сказанное подтверждается положениями, закрепленными в п. 10 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О свободе договора и ее пределах», согласно которому при рассмотрении споров о защите от несправедливых договорных условий суд определяет фактическое соотношение переговорных возможностей сторон и выясняет, было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры³⁹.

Таким образом, следует сделать вывод, что основными критериями для отнесения соответствующих лиц к числу «слабых субъектов» являются: i) их личный непрофессионализм в соответствующей сфере, а также ii) бездействие контрагента по созданию взаимно комфортных условий, т.е. состояния сбалансированной осведомленности при заключении и исполнении соответствующего обязательства. При этом представляется, что непрофессионализм указанного субъекта заключается не в том, что лицо не запросило дополнительную информацию или иным образом не проявило должную осмотрительность, а просто не знало, что запросить к предоставлению или разъяснению, поскольку не обладает специальными знаниями в соответствующей сфере. В связи с изложенным характерный тезис усматривает в юридической литературе: «неравенство переговорных возможностей возникает при заключении договора между профессиональным коммерсантом и потребителем (асимметрия профессионализма). Последний, не будучи юридически и экономически подготовлен, часто испытывает серьезные сложности с пониманием самой сути многостраничных стандартных условий (например, правил страхования).

В результате многим потребителям, которые не в состоянии в полной мере осознать смысл сложных юридических конструкций в их соотношении с законодательством и судебной практикой, не остается ничего иного, кроме как заключать договор в некотором смысле “вслепую”, надеясь на добросовестность коммерсанта и его озабоченность своей репутацией...»⁴⁰. Сказанное позволяет выдвинуть суждение о том, что по общему правилу при заключении договора согласие «слабой стороны» с условиями договора выражается в не более чем в следующем: i) согласие с тем, что и какой объект гражданского оборота лицо выбрало; ii) согласие с тем, сколько необходимо уплатить за соответствующее благо; iii) согласие лица с тем, что к нему будут относиться справедливо и разумно⁴¹ (далее — общий подход).

³⁹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 5.

⁴⁰ Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы : в 2 т. М. : Статут, 2012. Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. С. 302—364.

⁴¹ Белов В. А. Юридически значимые сообщения и их значение в потребительских правоотношениях // Вестник арбитражной практики. 2017. № 2. С. 51—61.

Представляется, что именно указанным правилом необходимо руководствоваться при предоставлении лицу специальных прав по защите, свойственных непрофессиональным участникам в соответствующей сфере, поскольку именно указанный подход в полном объеме реализует изначально приведенную императивность гражданского законодательства, которая заключается в необходимости соблюдения и исполнения принципов гражданского права. Вместе с тем важно отметить: в случае, если обе стороны не могли предвидеть негативных последствий, например, «обвала» или роста курса валют, т.е. «зона осведомленности» была для обеих сторон одинаковой и отвечающей в том числе объективно существующим критериям, полагаем, что исходя из принципа равенства оперирование специальными способами защиты представляется невозможным в описанном контексте.

Сказанное позволяет выдвинуть суждение о том, что в рамках контекста Закона о защите прав потребителей смысловая нагрузка термина «потребитель» заключается в том, что он сочетает в себе как понятие конечного пользователя (*end-user of the goods*), так и содержательную составляющую понятия «слабая сторона» обязательственных отношений. Однако в контексте иных правовых актов, где используется термин «потребитель», усматривается реализация исключительно первой из приведенных идей, значение которой сводится к указанию на тот факт, что лицо, приобретающее соответствующее благо, будет использовать его для личных целей, т.е. является конечным его пользователем, при этом далеко не факт, что указанный субъект является «слабой стороной» и императивные начала гражданского законодательства, т.е. принцип равенства, не реализуются в полном объеме.

Также необходимо отметить, что профессиональный «игрок» — коммерсант в целях снижения рисков и возможностей использования «слабым субъектом» соответствующих специальных способов защиты может самостоятельно влиять на степень его осведомленности о характере заключаемой сделки, т.е. вовлекать его в свою профессиональную область. В свою очередь, представляется, что на характеристики осведомленности такого лица может влиять целый ряд факторов, которые в той или иной степени будут сказываться на общем

правилом о согласии с условиями заключаемого договора, в частности к указанным аспектам допустимо отнести:

- 1) наличие профессиональных знаний (сотрудников);
- 2) кратность совершения сделок или совершение сделок в процессе обычной хозяйственной деятельности;
- 3) разъяснение о рисках вступления в соответствующие обязательственные отношения, предоставляемые контрагентом;
- 4) наличие договоренностей с контрагентом о том, что он осуществляет полное сопровождение процесса эксплуатации приобретенного объекта гражданского оборота и др.

Наличие профессиональных знаний (сотрудников), безусловно, увеличивает степень осведомленности «слабой стороны» о приобретаемом объекте гражданского оборота. Например, в случае если заключается договор аренды объекта недвижимости сроком более чем 1 (один) год с упущением в части проведения процедуры государственной регистрации, в результате чего арендатор не приобретает право противопоставления⁴², указание на то, что последний не знает особенностей правового регулирования арендных правоотношений не будет иметь юридической силы. Вместе с тем в ряде случаев даже наличие юристов и иных специалистов не может являться основанием для снятия с профессионального субъекта обязанности по информированию «слабого субъекта» об особенностях сделки. В данной связи необходимо обратить внимание на судебное дело между ПАО «Транснефть» и ПАО «Сбербанк России», где столкнулись, бесспорно, два гиганта отечественного бизнес-сообщества. Так, в указанном деле были заявлены требования о признании сделки «валютный опцион с барьерным условием» действительной и применении последствий ее недействительности в виде двусторонней реституции путем возврата каждой из сторон всего полученного по сделке. Примечательным в данном деле является разделение позиций судов относительно рассмотрения ПАО «Транснефть» в качестве «слабой стороны». Так, суд первой инстанции признал недействительным заключенный договор на основании ст. 10, 168 ГК РФ, при этом в качестве мотивировочной части суд указал: «Как следует из материалов дела, истец не является профессио-

⁴² См.: Белов В. А. Договор аренды : научно-познавательный очерк. М. : Статут. 2018. С. 100—107.

нальным участником финансового рынка в области производных финансовых инструментов. Заключение сделок с производными финансовыми инструментами не является для истца ни основным, ни дополнительным видом деятельности... С учетом представленных в материалах дела доказательств и объяснений сторон, судом установлено, что истец ранее не заключал сделки с производными финансовыми инструментами, условия которых были бы аналогичны условиям оспариваемой сделки... Суд соглашается с доводом истца о том, что до заключения оспариваемой сделки у истца отсутствовал опыт заключения аналогичных расчетных валютных барьерных опционов... Различия в статусе, опыте и квалификации истца и ответчика обусловили неравенство их переговорных возможностей как следствие профессиональной и информационной асимметрии при заключении оспариваемой сделки... Ответчик, являясь профессионалом в сфере финансового рынка в силу своего статуса банковского учреждения, обладающим узкоспециализированными познаниями в области финансовых рынков, обширным опытом и достаточной квалификацией в сфере сделок с деривативами, исходя из общих требований гражданского законодательства и устоявшихся на финансовом рынке стандартов поведения, действуя добросовестно при заключении оспариваемой сделки с истцом, должен был приложить необходимые и достаточные усилия для того, чтобы положения (условия) сложного финансового инструмента были ясными, недвусмысленными и понятными истцу, не обладающему специальными знаниями, навыками, опытом и квалификацией в отношении таких сделок, как оспариваемая, проявить заботу о истце как о клиенте, соблюсти приоритет интересов клиента, надлежащим образом уведомить о рисках заключения сделки со сложным финансовым инструментом... В связи с вышеизложенным суд признает обоснованным довод истца о сложности и затруднительности для лица, не являющегося профессиональным участником финансового рынка, итогового восприятия и итогового понимания условий сделки...»⁴³.

В свою очередь, нельзя не отметить, что, отменяя принятое судом первой инстанции ре-

шение, суд апелляционной инстанции указал прямо противоположную позицию о том, что ПАО «Транснефть» нельзя отнести к «слабой стороне» договора, которое не могло оценить последствия заключаемой сделки по следующим обстоятельствам: «Истец не доказал, что ответчик действовал с намерением причинить вред истцу, а также не доказал “заведомую недобросовестность” действий ответчика... суд не может признать обоснованными выводы, что истец не является профессиональным участником финансового рынка в области производных финансовых инструментов... итоговое восприятие и итоговое понимание условий сделки... является для истца сложным и затруднительным... В структуре истца существуют специализированные подразделения, которые занимаются оценкой и управлением рисками, в том числе валютными. К указанным подразделениям, в частности, относятся департамент экономики, управление финансового обеспечения и оценки рисков, отдел корпоративного финансирования, отдел оценки рисков и налогового планирования... Следовательно, истец мог адекватно оценивать свои риски от заключения оспариваемых сделок еще до их заключения...»⁴⁴.

Приведенные выводы судов наглядно демонстрируют сложность и весьма неоднозначное восприятие действий профессиональных «игроков» по вовлечению лиц в существо заключаемой сделки в целях снижения рисков и возможностей использования «слабой стороной» специальных способов защиты.

Кратность совершения сделок также является одним из факторов, который влияет на права и способы защиты. В частности, в случае, если лицо приобрело объект гражданского оборота, о качественных характеристиках которого контрагент не проинформировал надлежащим образом, в связи с чем покупатель, оперируя общим подходом, добился удовлетворения соответствующего требования; но в последующем снова вступил в обязательственные отношения в рамках частного правового спора, он будет лишен права ссылаться на однородность указанных нарушений. При этом исключение возможности повторной защиты частных интересов в описанной ситуации не должно исклю-

⁴³ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 21.06.2017 по делу № А40-3903/17-55-23 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁴ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.08.2017 по делу № А40-3903/17 // СПС «КонсультантПлюс».

чать меры административного воздействия, поскольку последние направлены на защиту интересов неопределенного круга лиц. Таким образом, необходимо обратить внимание, что многократность совершения однотипных сделок может являться основанием для квалификации активностей лица в качестве обычной хозяйственной деятельности, а следовательно, увеличения требований к порогу допустимости, при котором вмешательство суда в обязательственные отношения является оправданным. Представляется, что в данной связи допустимым является проведение аналогии с исключением из общего правила о необходимости получения дополнительных корпоративных одобрений при заключении договора, в случае если такие сделки совершаются в процессе обычной хозяйственной деятельности⁴⁵.

Применительно к следующему аспекту, имеющему влияние на способы реализации и защиту прав непрофессиональных субъектов, необходимо отметить, что разъяснение о рисках вступления в соответствующие обязательственные отношения, предоставляемые контрагентом, имеет существенное влияние на степень возможности реализации общего подхода. Более того, необходимо обратить внимание, что в ряде сфер деятельности, в частности при потребительском кредитовании, наблюдается обязательная необходимость формирования и предоставления потребителю специальных (индивидуальных) условий кредитования⁴⁶, которые действительны в течение определенного периода времени, предоставляемого именно в целях того, чтобы потребитель мог осознать и понять условия заключаемого договора.

Также необходимо обратить внимание, что в ряде случаев в качестве критерия, свидетельствующего о возможности рассмотрения юридического лица как «слабой стороны», допустимо выделить ситуации, когда предприниматель не желает отвлекаться на вопросы, связанные с эксплуатацией и технической поддержкой приобретенных объектов, используемых для непрофильных целей, например, эксплуатация кофе-машин, холодильников, компьютеров, мобильных устройств и т.д., в связи с чем

при поиске потенциального контрагента, осуществляющего реализацию соответствующего объекта гражданского оборота, одним из обязательных условий является наличие возможности у последнего осуществлять на постоянной основе сервисное обслуживание приобретенного товара. Следовательно, расширение всех прав и способов защиты, свойственных «слабым субъектам», будет сохраняться за покупателем в полном объеме, т.е. будет реализовываться ранее приведенное общее правило при условии исполнения им обязанностей, предусмотренных соглашением о сервисном обслуживании. Представляется, что обоснованность такого подхода также следует из абз. 2 п. 2 ст. 469 ГК РФ, согласно которому применительно к обозначенной ситуации покупатель проинформировал поставщика, что не желает быть осведомленным о характере работы (специфики товара) соответствующего приобретаемого объекта, но хочет, чтобы он способствовал осуществлению его бизнес-процессов, за что готов уплачивать соответствующие денежные средства.

В связи с изложенным представляется, что необходимо исходить из презумпции о том, что чем больше профессиональный контрагент вовлек покупателя (заказчика) в область своей деятельности, т.е. создал «комфортные условия» для понимания сущности заключаемой сделки, тем меньше шансов у такого лица воспользоваться соответствующими способами защиты, характерными для «слабых субъектов». В противном случае лицо, не обладающее должной компетенцией, будет вправе указывать на то, что наступившие негативные последствия были за пределами его понимания, в связи с чем оно будет полномочно использовать соответствующие специальные способы защиты. Безусловно, в зависимости от степени исполнения профессиональным контрагентом своих обязанностей по информированию о деталях фактически складывающихся правоотношений те или иные способы защиты могут отпадать. Между тем представляется, что изначально профессиональный субъект в соответствующей сфере не может обладать одинаковыми со «слабой стороной» правами,

⁴⁵ См.: постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью». П. 6 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 6.

⁴⁶ Указание Банка России от 23.04.2014 № 3240-У «О табличной форме индивидуальных условий договора потребительского кредита (займа)» // Вестник Банка России. 2014. № 62.

в том числе, когда речь идет о взаимоотношениях между юридическими лицами, где одна из организаций приобретает непрофильный актив. В данной связи стоит согласиться с утверждением А. Г. Карапетова о том, что алгоритмом для предоставления защиты «слабому субъекту» является подход, выраженный в следующем: «чем более выраженным было неравенство переговорных возможностей, тем меньший порог несправедливости спорного условия требуется для того, чтобы суд вмешался и ограничил свободу договора, и наоборот, чем более равными были переговорные возможности сторон, тем более серьезной должна быть несправедливость и аномальность спорного условия, чтобы оно было заслужено изменено (заблокировано) судом»⁴⁷.

Сказанное наглядно демонстрирует, что на стороне «слабого субъекта» могут выступать как физические лица, так и организации, вступающие в соответствующие обязательственные правоотношения, выходящие за рамки их профессиональных навыков (целей создания), т.е. являющиеся для них непрофильным видом деятельности. При этом представляется, что в целях стимулирования проактивного поведения со стороны профессиональных субъектов необходимо обеспечить возложение на последних бремени доказывания создания сбалансированных условий для заключения сделки, где бы обе стороны имели полную осведомленность о ее правовых последствиях. Представляется, что закрепление приведенного правила о распределении бремени доказывания будет иметь позитивное влияние на разрешение соответствующих споров, поскольку в настоящее время как в юридической литературе, так и судами отмечается, что при оперировании нормами, содержащимися в п. 2, 3 ст. 428 ГК РФ, лицо должно доказать, что оно совершало соответствующие активные действия, в том числе по инициации запросов о предоставлении дополнительной информации о существовании и рисках заключаемой сделки и доведении до профессионального участника

(кредитора) сведений о своих намерениях при заключении соответствующей сделки, и т.д. В частности, на такого рода подход указывает А. Г. Карапетов: «Тот факт, что присоединение к предложенной проформе было вынужденным, а индивидуальные переговоры были заблокированы, должен доказываться присоединившейся стороной. Доказать это обстоятельство можно, в частности, представив соответствующую переписку, указывающую на безуспешные попытки добиться урегулирования разногласий, или доказательства, подтверждающие, что сторона, предложившая проформу, заранее исключала для себя какие-либо индивидуальные переговоры по стандартизированным условиям или в своей практике ранее по такого типа сделкам работала по модели “бери или уходи”...»⁴⁸. Сходная позиция наблюдается и в судебной практике: «Доказательства того, что истец не знал, на каких условиях он заключает договор, или им при заключении спорной сделки были заявлены какие-либо возражения по спорным пунктам договора в связи с тем, что они существенным образом нарушают баланс интересов сторон и являются обременительными для АКБ «Российский капитал» (ОАО), в материалах дела отсутствуют...»⁴⁹.

В связи с изложенным, полагаем, что возложение на непрофессионального субъекта дополнительных обязанностей о проявлении должной осмотрительности может быть справедливым решением исключительно в том случае, если он был предупрежден о возможных правовых последствиях, а также особенностях объекта заключаемой сделки, поскольку, по нашему мнению, преимущественно основанием для возникновения соответствующего спора является умолчание (недосказанность) со стороны профессионального участника правоотношений, что является недопустимым поведением, поскольку нераскрытие соответствующей информации является нарушением в том числе экономических основ, одной из которых является свобода выбора. Представляется, что

⁴⁷ Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2017. С. 881.

⁴⁸ Договорное и обязательственное право (общая часть). С. 872—873.

⁴⁹ Постановление ФАС Московского округа от 21.06.2012 по делу № А40-86646/11-158-492 // СПС «КонсультантПлюс». Также см.: постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.12.2015 по делу № А40-37561/2015, постановление ФАС Московского округа от 10.07.2013 по делу № А41-27131/10, постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 19.03.2014 по делу № А29-1092/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

изложенный подход в том числе будет способствовать построению более доверительных отношений в обществе в целом, а его участники не будут «ходить оборачиваясь» и высказывать преждевременное недоверие новым потенциальным контрагентам. Следовательно, развитие доверительных отношений в обществе в целом позволит сделать оборот экономических ценностей более предсказуемым, что снизит количество возникающих споров.

Подытоживая, полагаем допустимым сформулировать следующие тезисы:

- потребитель — это лицо, приобретающее объект гражданского оборота для его использования в качестве конечного пользователя (end user);
- наличие у лица статуса «потребителя» не делает его непрофессионалом в соответствующей сфере и изначально не наделяет его специальными правами, а контрагента корреспондирующими обязанностями, в целях восстановления нарушенных императивных начал гражданского законодательства — принципа равенства;
- «слабая сторона» обязательственных отношений — это лицо, которое в силу специфики фактически складывающихся правоотношений не может в полной мере оценить и осмыслено принять возможные негативные последствия, возникающие в результа-

те принятия и исполнения соответствующих обязанностей;

- наличие или отсутствие статуса предпринимателя (коммерсанта) не играет предопределяющего значения для квалификации лица в качества «слабой стороны» обязательственных правоотношений;
- в качестве признаков отношений, в которых одного из его участников допустимо квалифицировать в качестве «слабого» субъекта, допустимо выделить: контрагентом лица является предприниматель (коммерсант), для которого осуществляемая деятельность является профессиональной и одним из основных способов преумножения прибыли; усматривается явная невозможность влияния на существо договорных условий, т.е. наблюдается неравенство в переговорных возможностях, в том числе по причинам того, что лицо не обладает соответствующими знаниями и не может прогнозировать соответствующие риски;
- одним из ключевых факторов, влияющих на возможность использования свойственных «слабой стороне» обязательственных правоотношений арсенала прав и способов защиты, является проактивное поведение профессионального субъекта, которое заключается в информировании, а также получении заверений от лица об осознании всей рискованности заключаемой сделки.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Белов В. А. Договор аренды: научно-познавательный очерк. — М. : Статут, 2018. — 107 с.
2. Белов В. А. Договор проката: видовая договорная категория или элемент юридической техники? // Вестник арбитражной практики. — 2017. — № 3. — С. 26—38.
3. Белов В. А. Кодекс европейского договорного права // European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий : в 2 кн. — М. : Юрайт, 2015. — Кн. 1. — 308 с.
4. Белов В. А. Статус лица: юридический аспект // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 10. — С. 72—78.
5. Белов В. А. Юридически значимые сообщения и их значение в потребительских правоотношениях // Вестник арбитражной практики. — 2017. — № 2. — С. 51—61.
6. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право : в 4 кн. — 3-е изд., стер. — М. : Статут, 2011. — Кн. 1 : Общие положения. — 848 с.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к разделу III «Общая часть обязательственного права» / А. В. Барков, А. В. Габов, М. Н. Илюшина [и др.] ; под ред. Л. В. Санниковой. — М. : Статут, 2016. — 622 с.
8. Данилов В. В. Защита прав потребителя в системе конституционных прав человека в России : автореф. ... канд. юрид. наук. — М., 2009. — 23 с.
9. Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307—453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : М-Логос, 2017. — 1120 с.

10. Егорова М. А. Развитие норм о доминирующем положении в четвертом антимонопольном пакете // Юрист. — 2016. — № 7. — С. 10—14.
11. Зуйкова Н. В. Публичный договор // СПС «КонсультантПлюс».
12. Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы : в 2 т. — М. : Статут, 2012. — Т. 2 : Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. — 453 с.
13. Кирюшина И. В. Правовой статус потребителя и его реализация в гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 2004. — 24 с.
14. Корнилов Э. Г. Закон о защите прав потребителей // Законность. — 1999. — № 12. — С. 36—39.
15. Корнилов Э. Г. Защита прав потребителей при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. — М., 1999. — 26 с.
16. Корнилов Э. Г. Юридическое лицо как потребитель // Закон. — 1999. — № 3. — С. 120—123.
17. Опыты цивилистического исследования : сборник статей / Д. В. Гудков, И. И. Зикун, А. А. Зябликов [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков. — М. : Статут, 2016. — 448 с.
18. Райлян А. А. Гражданско-правовая защита прав потребителя: вопросы теории и судебной практики // Арбитражный и гражданский процесс. — 2008. — № 10. — С. 22—24.
19. Ситдикова Л. Б. Гражданско-правовой статус потребителя в сфере оказания информационных услуг // Юридический мир. — 2010. — № 9. — С. 56—58.
20. Усачева Е. А. Правовые проблемы квалификации лица в качестве потребителя // Мировой судья. — 2016. — № 2. — С. 27—31.
21. Хвоцинский А. Публичный договор: защита частного интереса? // Бизнес-адвокат. — 2000. — № 9.
22. Garvin L. T. Small Business and the False Dichotomies of Contract Law // The Ohio State University Moritz College of Law. Public Law and Legal Theory. — 2004. — Working Paper Series No. 1.

Материал поступил в редакцию 26 февраля 2018 г.

THE LEGAL ESSENCE OF THE CONCEPTS “CONSUMER” AND “WEAKER PARTY” IN CIVIL LEGAL RELATIONS

BELOV Valeriy Aleksandrovich — PhD in Law, Publishing Editor of the Digest of Trade and Consumer Law News of the M-Logos Institute
5707623@mail.ru
117534, Russia, Moscow, ul. Akademika Yangel'ya, d. 14, k. 2, kv. 221

Abstract. *The article provides for the comparison of the concepts of “a consumer” and “a weaker party” in debtor-creditor relations as well as defines ideas and criteria for using the relevant conceptual apparatus.*

When writing this article, the author used such private-scientific methods of cognition as formal-legal, comparative-legal, technical-legal methods, which allowed to draw the following conclusions regarding the subject of research: a consumer is a person acquiring the object involved in civil-law transactions for the purpose to use the object as an end user; “a consumer” status does not make a person unprofessional in the relevant field and, initially, due to this status, a person acquiring the object involved in a civil transaction is not vested with special rights, and the counterparty is not vested with corresponding obligations in order to restore the violated peremptory principle of the civil legislation — the principle of equality; “a weaker party” in legal relations is a person who, due to the specifics of the actual legal relations, can not fully appreciate and understand the possible negative consequences arising from acquisition and execution of corresponding duties; the presence or absence of the status of an entrepreneur (trader) does not have a pre-determining importance to characterise a person as a “weaker party” in legal relations. The following characteristics can be identified and applied to qualify one of the participants of legal relations as “a weaker party:” a counterparty of a person is an entrepreneur (trader) for whom the activity in question is professional one and it constitutes one of the main ways to increase profits; it is obvious that the contractual conditions can not be influenced, i.e., there is an obvious inequality in the negotiating power of the parties because the person does not possess the relevant knowledge and can not predict the relevant risks; one of the key factors influencing the possibility of using the arsenal of rights and methods of protection inherent to the weaker party of legal relations is the proactive behavior of the professional that includes informing as well as receiving assurances from the person concerning his or her awareness of the entire risks of the transaction in question.

Keywords: consumer, “weaker party”, non-professional party, lack of professional knowledge, physical entity, legal entity, consumer goals, non-professional activities.

REFERENCES

1. Belov V.A. *Dogovor arendy: nauchno-poznovatelnyi ocherk* [Lease contract: a scientific and educational essay]. Moscow, Statute Publ., 2018. 107 p.
2. Belov V.A. *Dogovor prokata: vidovaya dogovornaya kategoriya ili element yuridicheskoi tekhniki?* [Rental agreement: is it a specific contractual category or an element of arbitrazh practice]. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*. 2017. no. 3. pp. 26—38.
3. Belov V.A. *Kodeks evropeiskogo dogovornogo prava - European Contract Law: obshchii i sravnitelno-pravovoi kommentarii* [The Code of European Contract Law: general and comparative legal commentary]. In 2 books. Moscow, Yurayt Publ., 2015, Book 1, 308 p.
4. Belov V.A. Status litsa: yuridicheskii aspekt [The status of a person: a juridical aspect]. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2017, no. 10, pp. 72—78.
5. Belov V.A. Yuridicheski znachimye soobshcheniya i ikh znachenie v potrebitel'skikh pravootnosheniyakh [Legally significant messages and their meaning in consumer legal relations]. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki* [Bulletin of arbitrazh practice]. 2017, no. 2, pp. 51—61.
6. Braginsky M.I., Vitryansky V.V. *Dogovornoe pravo* [Contract law], in 4 vol. 3rd ed., reptint., Vol. 1, General provisions, Moscow, Statute Publ., 2018, 848 p.
7. *Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii. Postateinyi kommentarii k razdelu III "Obshchaya chast' obyazatel'nogo prava"* [The Civil Code of the Russian Federation. An article-by-article commentary to Section III "The General Part of the Compulsory Law"]. A.V. Barkov, A.V. Gabov, M.N. Ilyushin et al.; Ed. by L.V. Sannikova. Moscow, Statute Publ., 2016, 622 p.
8. Danilov V.V. *Zashchita prav potrebitelya v sisteme konstitutsionnykh prav cheloveka v Rossii: Avtoref. ... kand. yur. nauk.* [Protection of consumer rights in the system of constitutional human rights in Russia: Abstract of the PhD Thesis]. Moscow, 2009, 23 p.
9. *Dogovornoe i obyazatel'stvennoe pravo (obshchaya chast')*: postateinyi kommentarii k statyam 307—453 *Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii* [Contractual and Obligations Law (General Part): an article-by-article commentary on Art. 307—453 of the Civil Code of the Russian Federation] [Electronic publication. Edition 1.0]. Ed. by A.G. Karapetov. Moscow, M-Logos, 2017, 1120 p.
10. Egorova M.A. Razvitie norm o dominiruyushchem polozhenii v chetvertom antimonopolnom pakete [Development of norms on the dominant position in the fourth anti-monopoly package]. *Jurist*. 2016, no. 7, pp. 10—14.
11. Zuykova N.V. *Publichnyi dogovor* [Public contract]. Legal reference system "Konsultant Plus." [Electronic resource]. «KonsultantPlus».
12. Karapetov A.G., Saveliev A.I. *Freedom of contract and its limits: In 2 vol.* Moscow, Statute Publ., 2012, vol. 2. *Predely svobody opredeleniya uslovii dogovora v zarubezhnom i rossiiskom prave* [Limits of freedom to determine the terms of the contract in foreign and Russian law]. 453 p.
13. Kiryushina I.V. *Pravovoi status potrebitelya i ego realizatsiya v grazhdanskom prave: Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Legal status of the consumer and its implementation in civil law: Abstract of the PhD Thesis]. Tomsk, 2004. 24 p.
14. Kornilov E. G. *Zakon o zashchite prav potrebitelei* [Law on the Protection of Consumer Rights]. *Zakonnost*. 1999. no. 12, pp. 36—39.
15. Kornilov E. G. *Zashchita prav potrebitelei pri rassmotrenii grazhdanskikh del v sudakh obshchei yurisdiksii. Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk: 12.00.03* [Protection of consumers' rights when considering civil cases in courts of general jurisdiction. Abstract of the PhD in Law: 12.00.03]. Moscow, 1999. 26 p.
16. Kornilov E. G. Yuridicheskoe litso kak potrebitel [A legal entity as a consumer]. *Zakon* [Law]. 1999, no.3, pp. 120—123.
17. *Opyty tsivilisticheskogo issledovaniya: sbornik statey* [Experiences of civil jurisprudence research: Collection of articles. D.V. Gudkov, I.I. Zikun, A.A. Zyablikov et al. Head of the writing team and publishing editors A.M. Shirvindt, N.B. Shcherbakov. Moscow, Statute Publ., 2016. 448 p.

18. Raylyan A.A. *Grazhdansko-pravovaya zashchita prav potrebitelya: voprosy teorii i sudebnoi praktiki* [Protection of consumer rights under civil law: questions of the theory and jurisprudence]. *Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess* [Arbitration and civil process]. 2008, no. 10, pp. 22—24.
19. Sitdikova L.B. *Grazhdansko-pravovoi status potrebitelya v sfere okazaniya informatsionnykh uslug* [Civil status of the consumer when information services are being provided]. *Yuridicheskii mir*. 2010, no. 9, pp. 56—58.
20. Usacheva E.A. *Pravovye problemy kvalifikatsii litsa v kachestve potrebitelya* [Legal problems of the person's qualification as a consumer]. *Mirovoi sudya* [Justice of the Peace]. 2016, No, 2. pp. 27—31.
21. Khvoshchinsky A. *Publichnyi dogovor: zashchita chastnogo interesa?* [Public contract: protection of a private interest?]. *Bisnes-advokat* [Business-lawyer]. 2000, no. 9.
22. Garvin L. T. *Small Business and the False Dichotomies of Contract Law*. The Ohio State University Moritz College of Law. Public Law and Legal Theory. 2004. Working Paper Series no. 1

И. Б. Лагутин*

ДЕНЕЖНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ РОССИЙСКОГО ФИНАНСОВОГО ПРАВА

Аннотация. Данная статья посвящена правовому регулированию денежных отношений в Российской Федерации. В работе анализируются понятия, используемые в праве денежного обращения, научные подходы к определению его элементов, система денежных отношений Российской Федерации. Предлагается авторский подход к содержанию денежного права, выделяется дополнительный элемент денежных отношений, посвященный альтернативному денежному обращению. В настоящее время денежные отношения регулируются самыми разными отраслями права, такими как гражданское право (так как деньги являются обязательным элементом купли-продажи), уголовное право (деньги это собственность, которую это право призвано защищать) и т.д. Более того, в статье ставится вопрос о необходимости научного обоснования отношений, возникающих при обращении денег, и вычленения из этих отношений тех, которые относятся непосредственно к предмету финансового права. Предпринята попытка соотнесения понятий «денежное право» и «право денежного обращения». В этой связи определяется, что право денежного обращения регулирует процесс обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации, а денежное право выступает комплексным правовым образованием, включающим в себя правовые механизмы обращения валют и правовую природу не только денег, но и денежных суррогатов и альтернативных валют, обращение которых нормами российского финансового права не регулируется. В статье делается вывод о том, что в настоящее время в Российской Федерации до конца не сформировался единый государственный подход к системе денежных отношений, а также ставится вопрос: стоит ли делать ставку на национальную валюту или продолжать активно пользоваться мировыми резервными валютами для развития экономики. Также делается заключение, что требуется более детальная и качественная разработка денежного права в рамках науки финансового права, его содержания и состава элементов. Данная статья — это попытка сформулировать новый подход к денежному праву как разделу финансово-правовой науки, задать векторы его дальнейшего развития и определить новые направления совершенствования науки финансового права на современном этапе.

Ключевые слова: деньги, право, наука, финансовое право, система, альтернативные деньги.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.045-053

Денежное обращение во все времена было важным условием эффективного функционирования государства и общества. Устойчивость денежной системы — это залог стабильности и уверенности в завтрашнем дне для всех жителей любого государства, независимо от их уровня жизни, национальных, религиозных

и иных особенностей. Резкая девальвация национальной валюты влечет за собой нестабильность и хаос и, как следствие, политические катаклизмы, которые могут привести, как показывает практика, даже к свержению действующей в стране власти. Ни одна революция в мире не происходила в странах, где подавля-

© Лагутин И. Б., 2018

* Лагутин Игорь Борисович, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой финансового права, конституционного, гражданского и административного судопроизводства, директор Центра изучения проблем публичного управления и финансового права Юго-Западного государственного университета swsu.ee@gmail.com
305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94

ющее большинство граждан живут хорошо, в достатке и с уверенностью в будущем.

Стабильность денежной системы государства зависит от множества факторов, которые чаще всего в различных странах сходны, но иногда существенно разнятся. К всеобщему сожалению, в мировой практике до сих пор не выработано единого рецепта того, что нужно делать для обеспечения указанной стабильности. Более того, кажущиеся ранее оплоты финансового благополучия сейчас уже не являются такими нерушимыми. В жизни любого человека, государства, к сожалению, нет ничего вечного. В большей степени это относится к финансам и финансовой системе. Не понимая неизбежного, правительства отдельных государств в надежде на сохранение своего финансового могущества идут на самые жесткие и иногда даже жестокие меры, цена которых — жизни многих людей.

Стоит отметить, что цивилизованное денежное обращение с момента своего появления потребовало правового регулирования. В первую очередь это касалось ответственности за подделку денег, позднее — принятия актов, направленных на регулирование выпуска и обращения денежных знаков. С тех пор прошло достаточно много времени, но неизменными по-прежнему остаются сами деньги и законы, которые регулируют процесс их обращения. Да, современное законодательство в этой части стало более сложным как структурно, так и содержательно, что вызвано появлением новых форм общественных отношений. В практике выработаны национальные и международные механизмы, направленные на противодействие незаконному денежному обращению и способствующие легальным расчетам. Все это, по мнению автора данной статьи, требует переосмысления понятия и содержания денежных отношений в рамках науки финансового права.

В настоящее время денежные отношения регулируются самыми разными отраслями права. Это гражданское право (так как деньги являются обязательным элементом купли-продажи); уголовное право (деньги это собственность, которую это право призвано защищать) и т.д. В связи с этим появилась необходимость *научного обоснования отношений, возникающих при обращении денег*, и вычленения из

этих отношений тех, которые относятся непосредственно к *предмету финансового права*.

Удивительно, но именно денежное право — это одна из самых неразработанных и мало исследованных частей российского финансового права, но при этом именно денежное право является определяющим по отношению ко всем иным финансовым правоотношениям — бюджетным, налоговым, контрольным и т.д.

Также стоит отметить, что деньги являются предметом исследования не только юридических, но и экономических наук. Связано это с тем, что в экономической науке деньги рассматриваются как универсальное средство обмена товарами и услугами. Совершенно иное отношение к категории «деньги» встречается в юридической науке. О двойственной правовой природе денег в своей работе пишет М. В. Карасева, которая справедливо отмечает, что «деньги являются предметом исследования двух наук — экономики и юриспруденции»¹.

Как уже отмечалось, в рамках юридической науки денежные отношения можно встретить в различных отраслях российского права. При этом важно отметить, что для современной науки финансового права не имеет принципиального значения, что именно в денежном праве к какой отрасли права относится. Связано это с тем, что *денежное право представляет собой комплексное образование, включающее в себя нормы различных отраслей российского права, но объединяющихся тем, что все они регулируют денежные отношения*. Более того, для получения полной картины необходимо исследовать указанные отношения в единой системе, и наиболее подходящая для этого отрасль российского права — финансовое право.

Принципиально иной точки зрения придерживался профессор А. И. Худяков, который еще в начале 2000-х гг. указывал на то, что финансовое право не знает института «финансово-правовое регулирование денежного обращения» и что категория «денежное обращение» принадлежит исключительно гражданскому праву². Данная точка зрения в настоящее время уже потеряла свою актуальность, а институт «финансово-правовое регулирование денежного обращения» под разными наименованиями и с различным содержанием встречается

¹ Карасева М. В. Финансовое право и деньги : монография. Воронеж, 2006. С. 4.

² Худяков А. И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. Алматы, 2001. С. 157.

в большом количестве современных учебников по финансовому праву.

Итак, в настоящее время нет единого подхода к тому, как именовать ту часть финансово права, которая регулирует денежные отношения в Российской Федерации.

До недавнего времени достаточно часто встречалось такое понятие, как «эмиссионное право», которое было детально обосновано и охарактеризовано в работах К. С. Бельского и др. Под эмиссионным правом К. С. Бельский понимает «Совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения в области эмиссионной деятельности Центрального банка РФ и кредитных учреждений (банков), направленной на организацию в стране наличного и безналичного денежного обращения»³. В последнее время данный термин в своих работах также использует И. А. Цинделиани⁴.

Помимо термина «эмиссионное право» в последнее время при характеристике раздела финансового права, посвященного денежному обращению, используются и другие понятия, такие как «денежное право»⁵ и «право денежного обращения».

Подход, связанный с тем, что в финансовом праве необходимо выделить укрупненное подразделение в качестве подотрасли финансового права, именуемое «право денежного обращения» встречается в монографии Е. М. Ашмариной⁶, а также в работах И. И. Кучерова и Л. Л. Арзумановой⁷.

И. И. Кучеров определяет право денежного обращения как «совокупность финансово-правовых норм, регулирующих общественные отношения, которые складываются в процессе эмиссии, хранения, перевозки, инкассации, уничтожения и замены наличных денег, ведения кассовых операций, использования национальной и иностранной валюты при

осуществлении наличных и безналичных расчетов, а также в рамках контроля за денежным обращением, применения санкций за нарушения порядка денежного обращения, противодействия легализации (отмыванию) денежных средств»⁸. Данное определение основано на систематизации и обобщении имеющегося законодательства в области денежного обращения.

Л. Л. Арзуманова указывает, что право денежного обращения представляет собой «совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, возникающие в процессе финансовой деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, направленные на организацию денежного обращения в наличной и безналичной форме, выраженной как в национальной, так и иностранной валюте, включая эмиссию денежных средств, в целях обеспечения бесперебойного функционирования и реализации общесоциальных задач и функций государства и муниципальных образований образует подотрасль финансового права — право денежного обращения»⁹. Данное определение также основано в первую очередь на имеющемся законодательстве, но трансформируется в теоретические положения, совершенствуя теорию российского финансового права, также в нем определяются цель и задачи осуществления денежного обращения.

Что касается денежного права, то данное понятие встречается в коллективной монографии Н. М. Артемова, Л. Л. Арзумановой и А. А. Ситника «Денежное право (финансово-правовое регулирование обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации)».

Важно отметить, что соотносятся понятия «денежное право» и «право денежного обра-

³ Бельский К. С. Эмиссионное право как институт финансового права // Государство и право. 2006. № 5. С. 55.

⁴ Цинделиани И. А. Эмиссионное право в системе финансового права // Финансовое право. 2013. № 12.

⁵ См.: Артемов Н. М., Арзуманова Л. Л., Ситник А. А. Денежное право (финансово-правовое регулирование обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации). М., 2011; Назаров В. Н. О понятии и системе денежного права // Финансовое право. 2013. № 7.

⁶ См. подробнее: Ашмарина Е. М. Некоторые аспекты расширения предмета финансового права в Российской Федерации: проблемы и перспективы. М., 2004. С. 54—55.

⁷ См. подробнее: Кучеров И. И. Право денежного обращения : курс лекций. М., 2013; Арзуманова Л. Л. Право денежного обращения как подотрасль финансового права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014.

⁸ Кучеров И. И. Право денежного обращения : курс лекций. С. 91—92.

⁹ Арзуманова Л. Л. Указ. соч. С. 12.

щения» как общее и частное. Так, право денежного обращения регулирует процесс обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации, а денежное право выступает комплексным правовым образованием, включающим в себя правовые механизмы обращения валют и правовую природу не только денег, но и денежных суррогатов и альтернативных валют¹⁰, обращение которых нормами российского финансового права не регулируется.

В этом плане употребление понятия «денежное право» в рамках науки финансового права выглядит более предпочтительным. Однако с точки зрения финансового права как отрасли права (системы норм) более оправданным является употребление словосочетания «право денежного обращения», так как именно в такой форме данные отношения проще отграничивать от других отраслей российского права, главным образом от гражданского права.

В этой связи возникает определенное методологическое противоречие, а именно различие в наименовании подотрасли финансового права и раздела финансово-правовой науки. Первое — это «право денежного обращения», а во втором случае — «денежное право». Однако данное отличие, по мнению авторов, не влечет за собой никаких негативных последствий для развития финансового права в будущем, а наоборот — позволяет более широко исследовать данный вид общественных отношений, включая в него нереализуемые в России формы денежного обращения или «денежные отношения», не имеющие никакого правового регулирования, такие как альтернативное денежное обращение (электронные деньги, квазиденьги и т.д.), а также региональное и местное денежное обращение, историю его осуществления в отдельные периоды развития нашего государства.

Важно понимать, что денежные отношения и полномочия по эмиссии денежных знаков в государстве — это важный политический институт, наделенный широкими властными полномочиями. Государство обладает так называемым *исключительным эмиссионным правом*, а именно исключительным правом на выпуск в обращение денежных знаков с целью

обеспечения экономического оборота внутри страны.

Несмотря на то, что в России был период построения социалистического государства и общества, государство не смогло отказаться от денежных отношений, так как деньги являются универсальным средством управления обществом, независимо от политического строя. Так, Е. А. Ровинский писал, что «в социалистическом обществе плановое регулирование денежного обращения не только возможно, но и объективно необходимо»¹¹. Однако стоит понимать, что советские деньги не были так значимы для жизни общества, как это происходит в настоящее время. Причина в том, что государство в тот период не просто реализовывало свое право на эмиссию денежных знаков, но и осуществляло сбалансированность доходов и расходов населения, не только устанавливая размер заработной платы, стипендий, пенсий и т.д., но и определяя цены на товары и услуги, расходы на транспорт, связь, коммунальные услуги и т.п. Следовательно, роль государства в сбалансированности жизнедеятельности общества была очень важна. Такой подход, с одной стороны, давал определенную стабильность и уверенность в завтрашнем дне и обеспечивал единый минимальный уровень жизни населения, с другой — приводил к «уравниловке» в доходах и, как следствие, к снижению заинтересованности граждан в повышении производительности труда.

О значении денежной власти в жизни современного государства и общества пишет А. И. Хорошильцев, определяя то, что «власть Центрального банка (монетарная власть) — это не власть денег, а власть над ними, которая вытекает из роли финансов в современном мире и специфики управления ими. Деньги — одно из оснований и один из носителей власти»¹².

В современной российской науке финансового права до сих пор нет единого мнения о том, в какой части финансового права должно располагаться денежное право. Так, А. И. Худяков институт денежного обращения относил в Общей части финансового права. Он обосновывал это тем, что данный институт является комплексным и состоит в основной своей массе из норм гражданского права. Финансовое

¹⁰ См. подробнее об этом: Артемов Н. М., Лагутин И. Б. Региональное и местное денежное обращение: особенности осуществления и правового регулирования // Государство и право. 2014. № 2. С. 101—105.

¹¹ Финансовое право. М. : Юрид. лит., 1971. С. 355—356.

¹² Хорошильцев А. И. Юридическая кратология: теоретические основы : монография. М., 2014. С. 248.

же право, в свою очередь, лишь использует нормы гражданского права для изучения специфики денежных отношений в рамках уже своего предмета¹³.

Иной точки зрения придерживаются другие ученые. Так, К. С. Бельский эмиссионное право называет авангардным институтом Особенной части финансового права¹⁴. Сходный подход встречается в большинстве современных российских учебников по финансовому праву.

По мнению И. И. Кучерова, при исследовании института денежного обращения необходимо четко понимать предмет соответствующего правового регулирования этой сферы общественных отношений¹⁵. Также он справедливо обращает внимание на то, что «правовое регулирование денежного обращения, хотя обычно и рассматривалось в системе финансово-правового регулирования, зачастую непосредственно из фокуса предмета финансового права выпадало»¹⁶.

Стоит отметить, что в дореволюционной науке денежное обращение не было самостоятельным правовым институтом, а рассматривалось в рамках института государственного кредита. Связано это было с особенностями эмиссии бумажных денег, которые часто выступали орудием кредита. Так, как справедливо подчеркивал И. Х. Озеров, «эмиссионный институт, выпустивший известное количество банкнот, должен хранить у себя соответствующее количество золота и серебра (в зависимости от той валюты, которая имеет место в стране) для размена банкнот на случай их предъявления»¹⁷. Часть эмитируемых до революции банкнот были своего рода слиянием ценной бумаги — они предусматривали возмездность, а также являлись денежным суррогатом, так как могли использоваться в расчетах. Примером такой эмиссии являются билеты Государственного казначейства, выпущенные во время Первой мировой войны, которые долж-

ны были действовать до 20-х гг. XX в. и по которым начислялись проценты.

Часто банкноты даже именовались, как *кредитные билеты*. Примером таких кредитных билетов являются государственные кредитные билеты Российской империи начала XX в.

В советское время меняется система денежного обращения, что непосредственно сказалось и на науке финансового права. Так, денежное обращение и институт государственного кредита начинают рассматриваться как абсолютно разные правовые институты. Денежное обращение в СССР в научной и учебной литературе выделяется в отдельный раздел финансового права. Так, в учебнике 1971 г. Е. А. Ровинского, Б. Н. Иванова, М. И. Барышева гл. XXI именуется «Правовые основы денежного обращения в СССР». Расположен данный раздел был в Особенной части. Е. А. Ровинский указывал на особенности социалистического денежного обращения. Так, к важнейшим преимуществам денежной системы социалистического государства он относил: а) *устойчивость валюты*, которая обеспечивается установленным весом и содержанием золота в денежной единице и громадным количеством принадлежащих государству товаров, реализуемых по плановым ценам; б) *плановое регулирование денежного обращения*, основанное на учете потребностей хозяйственного оборота страны в наличных деньгах и размещения денежной массы по отдельным районам; в) *единство*, исключающее возможность нахождения и обращения заменителей денег, выпускаемых кем-либо помимо органа, осуществляющего эмиссионное право государства¹⁸. Стоит также отметить, что с 1935 г. в СССР была установлена уголовная ответственность должностных лиц за незаконный выпуск денежных суррогатов¹⁹.

В современном финансовом праве раздел, посвященный денежному обращению, именуется по-разному, и в него заложено разное

¹³ См.: Худяков А. И. Дискуссионные вопросы предмета финансового права // Финансовое право. 2009. № 3.

¹⁴ См., например: Бельский К. С. Эмиссионное право как институт финансового права // Государство и право. 2006. № 5.

¹⁵ См. подробнее: Кучеров И. И. Право денежного обращения: понятие, предмет и метод // Финансовое право. 2013. № 3. С. 3.

¹⁶ Кучеров И. И. Право денежного обращения: понятие, предмет и метод. С. 3.

¹⁷ См. подробнее: Озеров И. Х. Основы финансовой науки : Бюджет. Форма взимания. Местные финансы. Государственный кредит. М., 2008. С. 453—464.

¹⁸ Финансовое право. М. : Юрид. лит., 1971. С. 355.

¹⁹ См.: постановление ЦИК и СНК СССР от 31.05.1935 // СЗ СССР. 1935. № 30. Ст. 234.

содержание. Так, в учебнике «Финансовое право» под редакцией О. Н. Горбуновой указанный раздел именуется «Финансово-правовое регулирование денежной системы и расчетов в Российской Федерации» и включает в себя определение денег, историю денежного обращения, формы денег, здесь определяются значение финансово-правовых норм в регулировании денежной системы в Российской Федерации, денежная система РФ, правовое регулирование денежного обращения и расчетов в Российской Федерации²⁰. Также раздел, посвященный правовым основам денежной системы, встречается в учебнике под редакцией Е. Ю. Грачевой, Г. П. Толстопятенко²¹. В учебнике под редакцией М. В. Карасевой есть раздел «Финансово-правовые основы денежного обращения»²². Сходное название встречается и в учебно-методическом комплексе Н. И. Химичевой и Е. В. Покачаловой «Правовые основы денежного обращения и расчетов»²³.

Подводя итог, можно заключить, что в Российской Федерации в процессе определения института, посвященного денежным отношениям, можно выделить два основных подхода. В рамках первого подхода (более широкого) определяется, что *финансовое право исследует правовые основы денежной системы в Российской Федерации*, которая включает в себя денежное обращение. Второй (более узкий) подход утверждает, что *к предмету финансового права относится только денежное обращение*.

В Республике Беларусь существует смешанный подход, а исследуемый раздел именуется «Правовое регулирование денежного обращения. Денежная система Республики Беларусь»²⁴. В литературе Украины данный раздел именуется «Правовые основы денежного обращения» или «Правовые основы денежного обращения и безналичных расчетов»²⁵.

Стоит отметить, что под денежным обращением большинством ученых понималось именно обращение национальной валюты в налич-

ной форме, однако некоторые авторы к ним относят и безналичные расчеты. Валютные отношения, как правило, всегда рассматривались как отдельный институт финансового права.

Впервые идея включения валютных отношений в денежные отношения была определена в коллективной монографии Н. М. Артемова, Л. Л. Арзумановой, А. А. Ситника «Денежное право (финансово-правовое регулирование обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации)». Данный подход вполне оправдан, так как иностранная валюта в любом государстве, где разрешен свободный оборот иностранной валюты, фактически выполняет функцию денег, так как за иностранную валюту в этих государствах могут приобретаться товары и оказываться услуги. Именно это условие требует рассмотрения этих двух институтов в комплексе.

В настоящее время указанный подход, несомненно, требует уточнения, так как, по мнению авторов данной работы, необходимо включать в раздел науки финансового права не только существующие формы и методы денежного обращения, но и *дополнительные виды денежных отношений*, которые в России не получили правового регулирования, так как они тоже по своей правовой природе являются финансово-правовыми отношениями. Эти отношения связаны с альтернативным денежным обращением наличной и безналичной валюты в Российской Федерации и зарубежных странах.

Подводя итог, можно заключить, что в настоящее время в Российской Федерации до конца не сформировался единый государственный подход к системе денежных отношений. Необходимо понять, как будет указанная система развиваться, какие она ставит перед собой цели и какими средствами в дальнейшем будет пользоваться. Также для развития экономики необходимо понять, стоит ли делать ставку на национальную валюту, или продолжать активно пользоваться мировыми

²⁰ См.: Финансовое право : учебник / отв. ред. О. Н. Горбунова. М., 2006. С. 499—529.

²¹ См.: Финансовое право : учебник / отв. ред. Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. М., 2008. С. 328—340.

²² См.: Финансовое право : учебник / отв. ред. М. В. Карасева. М., 2006. С. 553—570 ; Финансовое право Российской Федерации : учебник / колл. авт. ; под ред. М. В. Карасевой. М., 2012. С. 573—594.

²³ См.: Химичева Н. И., Покачалова Е. В. Финансовое право. М., 2005. С. 390—402.

²⁴ См.: Каменков В. С., Каменков А. В. Финансовое право Республики Беларусь : учеб.-метод. комплекс. Минск, 2008. С. 243—246.

²⁵ См.: Финансовое право Украины / под ред. Л. К. Вороновой. Киев, 2009. С. 322—339 ; Орлюк О. П. Финансовое право : академический курс. Киев, 2010. С. 650—688.

резервными валютами, что, в свою очередь, негативно влияет на курс рубля.

Также, несомненно, требуется более детальная и качественная разработка денежного права в рамках науки финансового права, его содержания и состава элементов. Данная

статья — это попытка сформулировать новый подход к денежному праву как разделу финансово-правовой науки, задать векторы его дальнейшего развития и определить новые направления совершенствования науки финансового права на современном этапе.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арзуманова Л. Л. Право денежного обращения как подотрасль финансового права Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014.
2. Артемов Н. М., Арзуманова Л. Л., Ситник А. А. Денежное право (финансово-правовое регулирование обращения национальной и иностранной валюты на территории Российской Федерации). — М., 2011.
3. Артемов Н. М., Лагутин И. Б. Региональное и местное денежное обращение: особенности осуществления и правового регулирования // Государство и право. — 2014. — № 2.
4. Ашмарина Е. М. Некоторые аспекты расширения предмета финансового права в Российской Федерации: проблемы и перспективы. — М., 2004.
5. Бельский К. С. Эмиссионное право как институт финансового права // Государство и право. — 2006. — № 5.
6. Каменков В. С., Каменков А. В. Финансовое право Республики Беларусь : учеб.-метод. комплекс. — Минск, 2008.
7. Карасева М. В. Финансовое право и деньги : монография. — Воронеж, 2006.
8. Кучеров И. И. Законные платежные средства: теоретико-правовое исследование : монография. — М. : Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, 2016.
9. Кучеров И. И. Право денежного обращения : курс лекций. — М., 2013.
10. Кучеров И. И. Право денежного обращения: понятие, предмет и метод // Финансовое право. — 2013. — № 3.
11. Озеров И. Х. Основы финансовой науки : Бюджет. Форма взимания. Местные финансы. Государственный кредит. — М., 2008.
12. Орлюк О. П. Финансовое право : академический курс. — Киев, 2010.
13. Назаров В. Н. О понятии и системе денежного права // Финансовое право. — 2013. — № 7.
14. Правовое регулирование денежного обращения (Денежное право) : монография / Н. М. Артемов, И. Б. Лагутин, А. А. Ситник [и др.]. — М. : Норма ; Инфра-М, 2016. — 96 с.
15. Финансовое право Украины / под ред. Л. К. Вороновой. — Киев, 2009.
16. Финансовое право. — М. : Юрид. лит., 1971.
17. Финансовое право : учебник / отв. ред. Е. Ю. Грачева, Г. П. Толстопятенко. — М., 2008.
18. Финансовое право : учебник / отв. ред. О. Н. Горбунова. — М., 2006.
19. Химичева Н. И., Покачалова Е. В. Финансовое право. — М., 2005.
20. Хорошильцев А. И. Юридическая кратология: теоретические основы : монография. — М., 2014.
21. Худяков А. И. Дискуссионные вопросы предмета финансового права // Финансовое право. — 2009. — № 3.
22. Худяков А. И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. — Алматы, 2001.
23. Цинделиани И. А. Эмиссионное право в системе финансового права // Финансовое право. — 2013. — № 12.

Материал поступил в редакцию 8 января 2018 г.

MONETARY LAW IN THE SYSTEM OF RUSSIAN FINANCIAL LAW

LAGUTIN Igor Borisovich — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Financial Law, Constitutional, Civil and Administrative Proceedings, Director of the Center for the Study of Public Administration Issues and Financial Law of the South-Western State University
swsu.ee@gmail.com
305040, Russia, Kursk, ul. 50 let Oktyabrya, d. 94

Abstract. *The article is devoted to the legal regulation of monetary relations in the Russian Federation. The research analyzes the concepts used in law of monetary circulation, scientific approaches to the determination of its elements, the system of monetary relations of the Russian Federation. The author suggests his own approach to determining the subject matter of monetary law, determines an additional element of monetary relations associated with alternative monetary circulation. At present, monetary relations are regulated by a wide range of branches of law: civil law, since money is a compulsory element of purchase and sale transactions, criminal law, since money is the property that this law is called upon to protect, etc. Moreover, the article raises the question of the need for scientific substantiation of the relations arising when money is circulated and differentiation of those relations from those that relate directly to the subject matter of financial law. An attempt was made to correlate the notions of "money" and "law of monetary circulation." In this regard, it is determined that law of monetary circulation regulates the process of circulation of national and foreign currencies within the territory of the Russian Federation, and monetary law acts as a complex legal entity that includes not only legal mechanisms for currency circulation and the legal nature of money, but also money surrogates and alternative currencies the circulation of which is not regulated by the norms of Russian financial law. The article concludes that at present the Russian Federation has not yet formed any unified state approach to the system of monetary relations, and it also raises the question of what is worth betting on for the economy development: the national currency or the world's reserve currencies. Also, it is concluded that more detailed and qualitative development of monetary law is required within the framework of the science of financial law, its content and structure of elements. This article represents an attempt to formulate a new approach to monetary law as a branch of the financial and legal science, to set vectors for its further development and to identify new directions to improve the science of financial law at the present stage.*

Keywords: *money, law, science, financial law, system, alternative money.*

REFERENCES

1. Arzumanova L.L. *Pravo denezhnogo obrashcheniya kak podotrasl' finansovogo prava Rossiiskoi Federatsii. Diss. ... dokt. yurid. nauk* [Law of Monetary Circulation as a Sub-Barnch of Financial Law of the Russian Federation. Abstract of the Doctoral Dissertation]. Moscow, 2014.
2. Artemov N.M., Arzumanova L.L., Sitnik A.A. *Denezhnoye pravo (finansovo-pravovoe regulirovanie obrashcheniya natsionalnoi i inostrannoi valyuty na territorii Rossiiskoi Federatsii* [Monetary law (financial and legal regulation of circulation of national and foreign currencies in the territory of the Russian Federation)]. Moscow, 2011; Nazarov V.N. *O ponyatii i sisteme denezhnogo prava* [On the concept and the system of monetary law]. *Finansovoe pravo* [Financial Law]. 2013. no. 7.
3. Artemov N.M., Lagutin I.B. *Regionalnoe i mestnoe denezhnoe obrashchenie: osobennosti osushchestvleniya i pravovogo regulirovaniya* [Regional and local monetary circulation: peculiarities of implementation and legal regulation]. *Gosudarstvo i pravo* [The State and Law]. 2014, no. 2.
4. Ashmarina E.M. *Nekotorye aspekty rasshireniya predmeta finansovogo prava v Rossiiskoi Federatsii: problemy i perspektivy* [Some aspects of expanding the subject of financial law in the Russian Federation: problems and prospects]. Moscow, 2004.
5. Belsky K.S. *Emissionnoe pravo kak institut finansovogo prava* [Emission Law as an institute of financial law]. *Gosudarstvo i pravo* [The State and Law]. 2006, no. 5.
6. Kamenkov V.S., Kamenkov A.V. *Finansovoe parvo Respubliki Belarus: ucheb.-metod. kompleks* [Financial Law of the Republic of Belarus: Teaching Materials]. Minsk, 2008.



7. Karaseva M.V. *Finansovoe pravo i dengi: monografiya* [Emission law and the money: monograph]. Voronezh, 2006.
8. Kucherov I.I. *Zakonnye platezhnye sredstva: teoretiko-pravovoe issledovanie: monografiya* [Legal means of payment: theoretical and legal research: monograph]. Moscow, Institute of Legislation and Comparative Jurisprudence under the Government of the Russian Federation, 2016.
9. Kucherov I.I. *Pravo denezhnogo obrashcheniya: kurs lektsiy* [Law of monetary circulation: Lecture course]. Moscow, 2013.
10. Kucherov I.I. *Pravo denezhnogo obrashcheniya: kurs lektsiy* [Law of monetary circulation: Lecture course]. *Finansovoe pravo* [Financial Law]. 2013, No. 3.
11. Ozerov I.Kh. *Osnovy finansovoi nauki: Byudzhët. Forma vzymaniya. Mestnye finansy. Gosudarstvennyi kredit (seriya "Nauchnoye nasledie")* [Fundamentals of financial science: Budget. The form of collection. Local finance. State loans (series "Scientific Heritage")]. Moscow, 2008.
12. Orlyuk O.P. *Finansovoe pravo. Akademicheskii kurs* [Financial Law. Academic course]. Kiev, 2010.
13. Nazarov V.N. O ponyatii i sisteme denezhnogo prava [The Concept and system of Financial Law]. *Finansovoe pravo* [Financial Law]. 2013, no. 7.
14. *Pravovoe regulirovanie denezhnogo obrashcheniya (Denezhnoe pravo): monografiya* [Legal regulation of monetary circulation (Monetary Law): monograph]. N.M. Artemov, I.B. Lagutin, A.A. Sitnik et al. Moscow, NORMA, INFRA-M, 2016. 96 p.
15. *Finansovoe pravo Ukrainy* [Financial Law of Ukraine]. Ed. by L.K. Voronova. Kiev, 2009.
16. *Finansovoye pravo* [Financial Law]. Moscow, "Yuridicheskaya literatura" Publ., 1971.
17. *Finansovoe pravo: uchebnik* [Financial Law: A textbook]. Ed. by E.Yu. Gracheva, G.P. Tolstopyatenko. Moscow, 2008.
18. *Finansovoe pravo: uchebnik* [Financial Law: A textbook]. Ed. by O.N. Gorbunova. Moscow, 2006.
19. Khimicheva N.I., Pokachalova E.V. *Finansovoye pravo* [Financial Law]. Moscow, 2005.
20. Khoroshiltsev A.I. *Yuridicheskaya kratologiya: teoreticheskie osnovy: monografiya* [Legal Cratology: theoretical foundations: monograph]. Moscow, 2014.
21. Khudyakov A.I. *Diskussionnye voprosy predmeta finansovogo prava* [Argumentative issues of the subject of financial law]. *Finansovoe pravo* [Financial Law]. 2009, no. 3.
22. Khudyakov A.I. *Finansovoe pravo Respubliki Kazakhstan. Obshchaya chast* [Financial Law of the Republic of Kazakhstan. General part]. Almaty, 2001.
23. Tsindeliani I.A. Emissionnoe pravo v sisteme finansovogo prava [Emission law in the system of Financial Law]. *Finansovoe pravo* [Financial Law]. 2013, no. 12.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

А. Г. Донченко*, А. А. Токарева**

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С СЕКСУАЛЬНОЙ ЭКСПЛУАТАЦИЕЙ И СЕКСУАЛЬНЫМИ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯМИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ, В СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ

Аннотация. В статье анализируется уголовное законодательство государств, относящихся к англосаксонской, романо-германской и мусульманской правовым семьям, в части установления ответственности за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних. Настоящий анализ направлен на совершенствование отечественного уголовного законодательства относительно противодействия анализируемым преступлениям с учетом позитивного опыта решения этих проблем в законодательстве зарубежных стран. Методологической основой явился диалектический метод как универсальный инструмент познания в сочетании с такими общенаучными и частнонаучными методами, как формально-логический, юридико-технический, сравнительно-правовой, системный, а также метод толкования. Сформулированы выводы о том, что многие зарубежные страны характеризуются широкой конкретизацией составов преступлений, связанных с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних, а также детально подходят к дифференциации уголовной ответственности за данные преступления. В результате сформулированы предложения, касающиеся криминализации в российском уголовном законе деяния, выражающегося в домогательстве в отношении несовершеннолетнего с сексуальными целями, а также представлена авторская редакция дефиниции «сексуальная цель», которую предлагается закрепить в примечании к ст. 135.1. Кроме того, предложено дополнить квалифицирующим видом деяния, предусмотренные ст. 131, 132, 134, 135, 240, 242.1, 242.2 УК РФ, в части их совершения близкими лицами и иными лицами, проживающими в одной семье с несовершеннолетним и занимающиеся его воспитанием, а также лицами, обязанными осуществлять надзор за ним. Приведенное исследование позволило заключить, что внесенные изменения и дополнения в гл. 18 и 25 УК РФ обеспечат защиту прав и интересов детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений, поскольку преждевременное начало сексуальной жизни наносит вред их нравственному, физическому и психическому развитию.

© Донченко А. Г., Токарева А. А., 2018

* Донченко Александр Григорьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной юридической академии (СГЮА)
donchenko.sgap@mail.ru

410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1

** Токарева Алена Анатольевна, магистрант кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной юридической академии (СГЮА)

tokareva.a.a@bk.ru

410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1

Ключевые слова: зарубежное законодательство, защита детей, сексуальная эксплуатация, сексуальные злоупотребления, несовершеннолетние, домогательство с сексуальными целями, сексуальная цель, детская проституция, детская порнография.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018. 139.6.054-062

Противодействие сексуальной эксплуатации и сексуальным злоупотреблениям несовершеннолетних, превратившееся в глобальную проблему, должно решаться согласованными и скоординированными усилиями мирового сообщества и, в частности, его правоохранительных систем. Следовательно, уголовно-правовая охрана несовершеннолетних от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений, проводимая в рамках Российского государства, немыслима без учета зарубежного опыта. В связи с этим в рамках настоящей статьи представляется целесообразным исследовать уголовное законодательство ряда государств, относящихся к англосаксонской, романо-германской и мусульманской правовым семьям, в части установления ответственности за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних, с целью определения позитивного опыта противодействия данным преступлениям.

К англосаксонской правовой семье принято относить правовые системы Великобритании, США, Канады, Австралии, стран Британского Содружества. Характерными особенностями общего права является то, что основным источником права выступает судебный прецедент, а законодательные акты лишь дополняют и корректируют этот основной источник права.

В уголовном законодательстве Великобритании ответственность за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних, устанавливается Законом о половых преступлениях 2003 г. (Sexual Offences Act 2003)¹. При этом следует иметь в виду, что сами термины «сексуальная эксплуатация» и «сексуальные злоупотребления» в Законе не встречаются, однако можно выделить формы данных деяний, которые отнесены к таковым с учетом содержания международных актов². Вышеназванный Закон Великобритании группирует 17 составов преступлений против поло-

вой неприкосновенности несовершеннолетнего следующим образом.

Первую группу преступлений составляют сексуальные злоупотребления, совершенные в отношении ребенка, не достигшего возраста 13 лет. К ним относят: изнасилование ребенка, нападение на ребенка путем проникновения, сексуальные нападения, понуждение или подстрекательство ребенка к сексуальным действиям. Кроме того, в данную группу преступлений относят такие формы сексуальной эксплуатации, как пользование за плату сексуальными услугами детей в возрасте до 18 лет, их вовлечение в проституцию, порнографию, а также подстрекательство к этим занятиям. Тем самым законодатель Великобритании определяет наибольшую общественную опасность данных преступлений.

Вторую группу составляют сексуальные злоупотребления в отношении несовершеннолетних в возрасте от 13 до 16 лет. Сюда включены: понуждение или подстрекательство несовершеннолетнего к сексуальным действиям, сексуальные действия в отношении несовершеннолетнего, подготовка или содействие совершению полового преступления против несовершеннолетнего, принуждение наблюдать за половым актом, совершение действий сексуального характера в присутствии ребенка и др. К данной группе относят и аналогичные преступления против половой неприкосновенности несовершеннолетнего, совершенные лицом, исполняющим обязанности опекуна или попечителя, либо лицом, которому по роду его деятельности установлена обязанность осуществлять надзор за несовершеннолетними (работники детских домов, учителя, врачи и т.д.).

Вместе с тем Закон Великобритании 2003 г. предусмотрел уголовную ответственность за так называемый груминг в сексуальных целях в отношении детей. Груминг представляет собой общение взрослого человека с ребенком посредством информационно-телекоммуни-

¹ Закон о половых преступлениях от 20 ноября 2003 г. // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (дата обращения: 03.03.2018).

² Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений (CETS № 201) // СЗ РФ. 2014. № 7. Ст. 632.

кационных технологий с целью совершения в отношении них сексуальных действий. Ответственность же за данное деяние наступает в случае, если виновный, достигший совершеннолетия, после двух эпизодов груминга преднамеренно встречает жертву или же пытается встретиться с ней (ст. 15)³.

Третью группу анализируемых преступлений составляют те же преступления, что и во второй группе, только совершенные членом семьи против несовершеннолетнего, не достигшего возраста 18 лет. Особенностью данных норм, является то, что они расширяют круг лиц, относящихся к членам одной семьи, устанавливая в качестве специального субъекта преступления иного родственника потерпевшего — тетю и дядю, двоюродных братьев и сестер, единокровных или единоутробных братьев и сестер, приемных родителей, сводных братьев и сестер, которые живут в одной семье с потерпевшим и занимаются уходом за ним, его обучением и т.п.

Вышеизложенное позволяет констатировать то, что уголовное законодательство Великобритании в отношении детей в возрасте от 13 до 16 лет устанавливает запрет на совершение любых сексуальных действий, а если же подобные действия совершаются с детьми в возрасте до 13 лет, то в любом случае рассматриваются как изнасилование, которое влечет за собой более строгое наказание. Возраст согласия на вступление в половой контакт наступает с 16 лет. Однако согласно ст. 9 вышеуказанного Закона, если виновное лицо было разумно убеждено, что потерпевший достиг возраста 16 лет, оно освобождается от уголовной ответственности, но это правило не распространяется на случаи, когда потерпевшему не исполнилось 13 лет.

В Примерном уголовном кодексе США (далее — Примерный УК)⁴ преступления, относящиеся к избранной теме исследования, закреплены в разд. 213 во втором титуле «Преступления, включающие в себя опасность для личности». В рамках данного раздела Пример-

ного УК установлена ответственность за следующие формы сексуальных злоупотреблений: изнасилование, извращенное половое сношение с применением насилия или иного воздействия либо обмана, развращение несовершеннолетних и их соблазнение, нападение по сексуальным мотивам, непристойное обнажение.

Анализ Примерного УК позволяет сделать вывод о том, что в США, как и в Великобритании, запрещается на законодательном уровне совершать половые сношения или извращенные половые сношения в отношении детей, не достигших 16 лет. Однако этот возраст изменяется в зависимости от штата: например, в УК штата Огайо это 13 лет (п. А (3) ст. 2907.02), в УК штата Кентукки — 14 (ст. 510.050), а в УК штата Техас — 17 лет (п.а. (2А) ст. 22.011). Причем для УК большинства штатов ссылка на ошибку в возрасте не принимается во внимание в качестве обстоятельства, освобождающего от ответственности. Об этом прямо говорится в УК штатов Висконсин (п. 2 ст. 939.43) и Пенсильвания (ст. 3102). Все же в отдельных штатах, например в штатах Аляска и Калифорния, суды допускают защиту в силу «разумной» ошибки в возрасте, если обвиняемый «разумно» полагал, что потерпевший достиг определенного возраста⁵. Возраст уголовно-правовой охраны несовершеннолетнего повышается вплоть до 21 года в случае, если вышеуказанные действия совершаются специальным субъектом (опекуном или иным лицом, ответственным за воспитание и благополучие ребенка).

В Примерном УК термин «сексуальная эксплуатация несовершеннолетних» не употребляется, как он не встречается и в законах штатов. Однако следует обратить внимание на Закон США «О защите жертв насилия и торговли людьми», где сексуальная эксплуатация тесно соотносится с торговлей детьми. Статья 1591 этого Закона устанавливает ответственность за торговлю детьми в целях сексуальной эксплуатации. При этом ответственность дифференцируется в зависимости от возраста ребенка: от 14 до 18 лет и до 14 лет⁶.

³ См.: Бимбинов А. А. Ненасильственные посягательства на половую неприкосновенность несовершеннолетних по уголовному праву зарубежных стран // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 7. С. 156.

⁴ Примерный уголовный кодекс США 1962 г. // URL: <http://constitutions.ru/?p=5849&page=5> (дата обращения: 03.03.2018).

⁵ Уголовное право США / под ред. И. Д. Козочкина. М. : Юрайт, 2017. С. 163.

⁶ Глобальная программа по борьбе с торговлей людьми : Набор методических пособий по вопросам борьбы с торговлей людьми. Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 2006. С. 35.

В Своде законов США также содержатся нормы об ответственности за распространение порнографии и другие формы сексуальной эксплуатации, именуемые как ненасильственные сексуальные преступления⁷. Так, в гл. 110 «Сексуальная эксплуатация и прочие злоупотребления в отношении детей» торговля детьми в целях последующего вовлечения в поведение откровенно сексуального характера с последующим запечатлением на визуальных носителях вынесена в отдельную статью. В статье 225.1 Свода законов США установлена ответственность за торговлю детьми для производства с целью распространения материалов, содержащих изображения полового акта или иных действий сексуального характера с участием несовершеннолетнего либо изображения сексуальных действий, связанных с реальным или имитируемым насилием (садомазохизмом) над несовершеннолетним.

Глава 71 «О непристойности» Свода законов США предусматривает ответственность за оборот порнографической продукции в виртуальном пространстве. Запрещенными являются следующие деяния в отношении несовершеннолетних: владение с намерением продать, продажа непристойных материалов, отправление почтой неприличных материалов в виде обложки или конверта, а также материалов, побуждающих к непристойности, импорт или транспортировка непристойных материалов, трансляция речевых непристойностей, распространение непристойных материалов посредством кабельного или платного телевидения, занятие передачей непристойных материалов в качестве бизнеса, транспортировка непристойных материалов для продажи или распространения⁸.

В статье 1466А содержатся нормы о распространении непристойных материалов с участием несовершеннолетних в откровенно сексуальных сценах. Лицо совершает преступление, если получает, распространяет (или имеет) с целью распространения) любое визуальное изображение (рисунок, графику, мультфильм, живопись или скульптуру), где изображается участие несовершеннолетнего в откровенно сексуальных, непристойных сце-

нах, а также в сценах, имитирующих насилие (садизм, мазохизм), или половых актах с партнерами любого пола, или в иных действиях сексуального характера, либо же в актах зоофилии, за исключением случаев, когда данные изображения обладают художественной ценностью или представляют интерес с точки зрения науки или политики. При этом не влияет на квалификацию тот факт, что при изготовлении подобных визуальных изображений принимало участие совершеннолетнее лицо, а не конкретный несовершеннолетний. Норма применима к ситуациям с псевдофотографиями ребенка, т.е. материалами, в которых задействованы взрослые статисты, изображающие несовершеннолетних. Визуальное изображение как предмет рассматриваемого деяния охватывает любые изображения, находящиеся на необработанных фотопленках, видео-, компьютерных дисках или иных электронных носителях, способные преобразовываться в зрительный образ, а также фотографии, видео-, компьютерные изображения, цифровые изображения и графику, созданные с помощью электронных, механических или иных средств. Обращая внимание на специфику предмета преступления, американский законодатель подчеркивает в данной норме, что графическое изображение откровенно сексуального характера связано с демонстрацией зрителю гениталий ребенка, участвующего в данной сцене.

Таким образом, проведенное исследование уголовного законодательства Великобритании и США свидетельствует о том, что, несмотря на некоторую абстрактность в описании признаков преступлений, оба государства довольно детально и тщательно дифференцируют ответственность с учетом возрастных категорий потерпевшего, способа совершения преступления, а также субъектов преступлений в зависимости от их правового статуса по отношению к потерпевшим, тем самым особо проявляется направленность законодательства стран англосаксонской правовой семьи на защиту детей от всех форм сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений.

Анализ уголовного законодательства стран мусульманской правовой семьи — Туниса,

⁷ Преступления. Свод законов США — титул 18 (извлечение) // URL: <http://constitutions.ru/?p=4490> (дата обращения: 03.03.2018).

⁸ Чупрова А. Ю. Ответственность за распространение порнографии с использованием информационных технологий в праве США // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 4 (28). С. 191.

Пакистана, Ирана — показал, что сексуальная эксплуатация несовершеннолетних в перечисленных выше формах вовсе не криминализируется, а подобные дела, если они встречаются, решаются в рамках предписаний шариата.

Романо-германская правовая семья охватывает право стран континентальной Западной Европы, поэтому ее второе название — «континентальная правовая система», а также право подавляющего большинства государств Центральной и Южной Америки, право Южной Кореи, Японии, Индонезии и других азиатских стран. В отличие от англосаксонской правовой семьи в романо-германской в системе источников главное место занимает закон⁹.

В Уголовном законодательстве Франции¹⁰ нормы, устанавливающие ответственность за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних, расположены в трех отделах: отдел II «О сводничестве и тождественных преступных деяниях», отдел III «Сексуальные агрессии», отдел V «О поставлении в опасность несовершеннолетних лиц».

Статья 222-22 УК Франции в качестве формы сексуальных злоупотреблений в отношении несовершеннолетних выделяет сексуальную агрессию, под которой понимаются любые сексуальные посягательства, совершенные путем применения насилия, принуждения, угрозы или обмана. Если данные деяния совершаются в отношении лиц, обладающих половой неприкосновенностью, то ответственность значительно усиливается. Так, в составе изнасилования, которое подразумевает собой не только половое сношение в «естественной» форме с потерпевшим (потерпевшей), но и любые акты сексуального проникновения путем насилия, принуждения, угрозы или обмана, квалифицирующими признаками являются случаи совершения изнасилования несовершеннолетнего, не достигшего 15 лет, в отношении лица, находящегося в особо уязвимом положении в силу возраста, а также если оно совершено законным, естественным или приемным родственником по восходящей линии или любым другим лицом, имеющим власть над потерпевшим. Аналогичные квалифицирующие признаки содержатся в прочих сексу-

альных агрессиях, не являющихся изнасилованием.

В отделе V «О поставлении в опасность несовершеннолетних лиц» УК Франции закреплены такие формы сексуальной эксплуатации в отношении несовершеннолетнего, как содействие или попытка содействия его развращению; сексуальное посягательство в отношении ребенка, не достигшего пятнадцатилетнего возраста, совершенное лицом, достигшим совершеннолетия, без применения насилия, принуждения, угрозы или обмана; изготовление, транспортировка, распространение любым способом с использованием любого носителя информации, сообщения насильственного или порнографического характера, способного причинить существенный вред человеческому достоинству, либо торговля таким сообщением, если это сообщение может быть увидено или воспринято несовершеннолетним. Анализ данного отдела позволяет констатировать, что во Франции возраст согласия для занятия деятельностью сексуального характера составляет 15 лет (ст. 227-25 УК Франции). Однако в определенных случаях охраняется половая неприкосновенность и лиц, достигших возраста согласия, если они являются особо уязвимыми вследствие их зависимого положения.

Не менее важен и тот факт, что в УК Франции наказуемыми являются любые предложения вступить в половую связь с использованием информационно-телекоммуникационных технологий, в том числе сети Интернет, исходящие от совершеннолетнего к лицу, не достигшему 15 лет, или же лицу, представляющемуся таковым (ст. 227-22-1). Если после подобного предложения последовали реальные встречи с несовершеннолетним с целью вступить с ним в половую связь, виновный будет нести более строгое наказание.

Отдел II «О сводничестве и тождественных преступных деяниях» предусмотрел ответственность за сводничество, выразившееся в том числе в вовлечении в занятие проституцией, в соращении или найме для занятия проституцией либо в оказании давления на несовершеннолетнего с целью заставить его заниматься проституцией или продолжить это делать (ст. 225-5).

⁹ Уголовное право Германии / под ред. А. В. Серебренниковой. М. : Юрайт, 2017. С. 38.

¹⁰ Уголовный кодекс Франции 1992 г. // URL: <http://www.crimpravo.ru/page/zar-uk/> (дата обращения: 03.03.2018).

УК Италии¹¹ содержит достаточное количество правовых норм, предусматривающих ответственность за различные действия, направленные на сексуальную эксплуатацию несовершеннолетних. В главе III «О преступлениях против личной свободы» наряду с насильственными и ненасильственными сексуальными злоупотреблениями в отношении несовершеннолетних содержатся нормы, предусматривающие наказание за организацию и содействие проституции лиц, не достигших 18 лет (ст. 600-2), за использование лиц моложе 18 лет в целях порнографии (ст. 600-3), за организацию и пропаганду туризма с целью эксплуатации проституции несовершеннолетних (ст. 600-5).

УК Италии, в отличие от уголовных законов других стран, не дифференцирует ответственность исходя из возраста несовершеннолетнего и субъекта преступления. Причинение вреда лицу, не достигшему 14 лет, и осуществление преступления родственником по восходящей линии, родителем, в том числе приемным, опекуном или любым лицом, которому несовершеннолетний был вверен для воспитания, обучения или надзора, либо лицом, совместно проживающим в доме с несовершеннолетним, признаются отягчающими обстоятельствами и впоследствии влияют на размер наказания.

Сам же термин сексуальной эксплуатации несовершеннолетних признается уголовным законодательством Италии квалифицирующим признаком состава торговли людьми и влечет повышенную уголовную ответственность виновного. Так, ст. 601 УК Италии «Торговля людьми» признает в качестве квалифицирующего признака торговлю несовершеннолетними младше 18 лет.

В УК Швеции¹² непосредственно закрепляется ответственность за сексуальную эксплуатацию. Глава 6 «О половых преступлениях» УК Швеции устанавливает ответственность за следующие формы сексуальных посягательств в отношении несовершеннолетних: изнасилование, сексуальное принуждение, сексуальная эксплуатация, половая связь с потомком либо родным братом или сестрой, сексуальное приставание, сводничество, совращение несовершеннолетнего. Сексуальная эксплуатация

включает в себя: совершение полового акта с несовершеннолетним, не достигшим пятнадцати лет, а также вступление в половую связь с кем-либо, не достигшим восемнадцатилетнего возраста и являющимся его потомком, либо с лицом, за воспитание которого он или она ответственны, или за заботу и попечение над которым он или она ответственны по решению органа власти. При этом УК Швеции дифференцирует ответственность по степени тяжести сексуальной эксплуатации. Так, за тяжкую сексуальную эксплуатацию в отношении несовершеннолетнего приговаривается лицо, если при совершении преступления оно действовало, пренебрегая заботой о потерпевшем, или же если преступление в связи с юным возрастом потерпевшего или по иным причинам является тяжким (ст. 4 гл. 6).

Все изложенное относительно ответственности за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями в отношении несовершеннолетних, по уголовному законодательству Франции, Италии и Швеции позволяет констатировать, что эти страны весьма скрупулезно регламентируют и максимально дифференцируют ответственность за данную группу преступлений. Положительным является опыт Швеции, где сексуальную эксплуатацию несовершеннолетних выделяют в качестве вида сексуального посягательства и непосредственно закрепляют в тексте уголовного закона.

Таким образом, проведенное исследование ответственности за преступления, связанные с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями несовершеннолетних, в современных правовых системах позволяет сформулировать следующие выводы.

Только некоторые страны (США, Швеция) используют в своем уголовном законодательстве термин «сексуальная эксплуатация несовершеннолетних» и выделяют его в качестве вида сексуальных посягательств. В большинстве уголовных законов зарубежных государств данное понятие не встречается, а ее формы криминализуются в рамках различных, зачастую не связанных друг с другом деяний, а иногда и в различных правовых актах (страны англосаксонской правовой семьи). Вместе

¹¹ Уголовный кодекс Италии 1930 г. // URL: <http://www.crimpravo.ru/page/zar-uk/> (дата обращения: 03.03.2018).

¹² Уголовный кодекс Швеции 1962 г. // URL: http://www.sweden4rus.nu/rus/info/juridisk/ugolovnyj_kodeks_shvecii (дата обращения: 03.03.2018).

с тем в странах, относящихся к мусульманской правовой семье, сексуальная эксплуатация в перечисленных выше формах вовсе не криминализируется, а подобные дела, если они встречаются, решаются в рамках предписаний шариата. Полагаем, что в подобных случаях можно говорить о недостаточно последовательном выполнении рекомендаций, содержащихся в международно-правовых документах, ведь международным сообществом под сексуальной эксплуатацией понимается широкий перечень общественно опасных деяний, посягающих хоть каким-то образом на сексуальные свойства несовершеннолетнего¹³.

Законодательство стран Западной Европы и США характеризуется широкой конкретизацией составов половых преступлений. Так, например, за многие виды преступлений, признаваемых в уголовном законодательстве РФ как развратные, предусмотрены отдельные нормы, устанавливающие за них ответственность, также по уголовному законодательству европейских стран предварительная преступная деятельность в половой сфере является наказуемой и образует состав преступления, в то время как в России она не имеет самостоятельного значения.

Страны англосаксонской и романо-германской правовых семей довольно детально подходят к дифференциации уголовной ответственности за преступления против половой неприкосновенности и общественной нравственности несовершеннолетних.

Законодательство большинства стран закрепляет либо в качестве квалифицирующего признака, либо как обстоятельство, отягчающее наказание, такой признак, как совершение посягательств, связанных с сексуальной эксплуатацией и сексуальными злоупотреблениями в отношении несовершеннолетних, их родственником, лицом, проживающим в одной семье с потерпевшим и занимающимся уходом за ним, его обучением, а также работниками различных образовательных, лечебных и иных социальных учреждений, в которых могут находиться несовершеннолетние.

На основании изложенных выводов предлагаем:

1) дополнить гл. 18 УК РФ статьей 135.1, которую изложить в следующей редакции:

«Статья 135.1. Домогательство в отношении несовершеннолетнего с сексуальными целями

Предложение лица, достигшего восемнадцатилетнего возраста, о встрече с несовершеннолетним (несовершеннолетней) с использованием информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть Интернет) с сексуальными целями, если за таким предложением последовали практические действия, направленные на проведение такой встречи, — ...

Примечание. Под сексуальными целями в настоящей статье понимаются цели виновного совершить половое сношение, мужеложство, лесбиянство или иные действия сексуального характера в отношении несовершеннолетнего (несовершеннолетней) или использовать его (ее) для изготовления порнографических материалов или предметов, в том числе за денежное или любое другое вознаграждение и за его обещание, а также иные цели, направленные на удовлетворение сексуального влечения виновного или на вызывание сексуального возбуждения у потерпевшего лица, или на пробуждение у него интереса к сексуальным отношениям»;

2) дополнить квалифицирующим видом деяния, предусмотренные ст. ст. 131, 132, 134, 135, 240, 242.1, 242.2 УК РФ и изложить в следующей редакции: «...совершенное близким родственником или иным лицом, которые проживают в одной семье с несовершеннолетним (несовершеннолетней) и занимаются его (ее) воспитанием, а равно педагогическим работником или другим работником образовательной организации, медицинской организации, организации, оказывающей социальные услуги, либо иной организации, обязанным осуществлять надзор за несовершеннолетним (несовершеннолетней), —...».

Предложенные изменения и дополнения гл. 18 и 25 УК РФ, на наш взгляд, необходимы. Это связано с тем, что домогательство в отношении несовершеннолетних с использованием информационно-телекоммуникационных сетей (включая сеть Интернет) с сексуальными целями приобрело распространенный харак-

¹³ См., например: Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений (CETS № 201) // СЗ РФ. 2014. № 7. Ст. 632 ; Всеобъемлющая стратегия ООН по оказанию помощи и поддержки жертвам сексуальной эксплуатации и сексуальных надругательств со стороны персонала ООН (принята Генеральной Ассамблеей ООН от 21.12.2007) // URL: <http://www.un.org/ru/peacekeeping/issues/sexualexploitationdocs.shtml> (дата обращения: 03.03.2018).

тер. На сегодняшний момент по уголовному законодательству РФ само по себе домогательство представляет собой неоконченную преступную деятельность, а в судебной практике как домогательство расценивают приготовление к следующим деяниям: к понуждению к действиям сексуального характера, совершенное в отношении несовершеннолетнего (несовершеннолетней) (ч. 2 ст. 133 УК РФ), половому сношению и иным действиям сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста (ст. 134 УК РФ), развратным действиям (ст. 135 УК РФ), а также к получению сексуальных услуг несовершеннолетнего (ст. 240.1 УК РФ). Если же обратиться к санкциям этих статей, то окажется, что большинство из данных преступлений относятся к категориям небольшой и средней тяжести, однако, как известно, уголовная ответственность наступает за приготовление только к тяжкому и особо тяжкому преступлениям. В связи с этим можно сделать вывод, что в Российской Федерации данные преступления криминализованы лишь частично. Однако подобное явление требует должного реагирования со стороны государства, поскольку влияет на нор-

мальное психическое развитие ребенка. Более того, данное деяние будет обладать «двойной превенцией»: его своевременное выявление позволит предотвратить другое, как правило, более тяжкое преступление.

Введение квалифицированного вида в ранее обозначенные деяния необходимо из-за их повышенной общественной опасности. А. П. Дьяченко и Е. И. Цымбал отмечают, что в 26 % случаев совершения преступлений в данной сфере виновными признавались кровные родственники (отец или старший брат). В 24 % случаев преступления совершались отчимами, дедушками, дядями, которые постоянно контактировали с потерпевшими и которых те воспринимали как близких для себя лиц¹⁴. Безусловно, общественная опасность в данном случае увеличивается, поскольку ребенок, желая видеть в своих близких защиту, претерпевает от них разного рода насилие, что воспринимается им эмоционально, как предательство, наносящее большой душевный ущерб, порождающий неблагоприятные последствия именно для психического, нравственного развития ребенка, подрывая его веру в себя, окружающих, а также в моральные устои общества.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бимбинов А. А. Ненасильственные посягательства на половую неприкосновенность несовершеннолетних по уголовному праву зарубежных стран // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2015. — № 7. — С. 147—161.
2. Дьяченко А. П., Цымбал Е. И. Уголовно-правовая охрана детей от сексуальных посягательств: опыт России и зарубежных стран // Lex Russica. — 2014. — Т. ХСVI. — № 11. — С. 1304—1315.
3. Уголовное право США : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры / под ред. И. Д. Козочкина. — М. : Юрайт, 2017. — 218 с.
4. Уголовное право Германии : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры / под ред. А. В. Серебrenниковой. — М. : Юрайт, 2017. — 124 с.
5. Чупрова А. Ю. Ответственность за распространение порнографии с использованием информационных технологий в праве США // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2014. — № 4 (28). — 190—194.

Материал поступил в редакцию 25 марта 2018 г.

¹⁴ Дьяченко А. П., Цымбал Е. И. Уголовно-правовая охрана детей от сексуальных посягательств: опыт России и зарубежных стран // Lex Russica. 2014. Т. ХСVI. № 11. С. 1311.

RESPONSIBILITY FOR CRIMES RELATED TO SEXUAL EXPLOITATION AND SEXUAL ABUSE OF MINORS IN MODERN LEGAL SYSTEMS

DONCHENKO Aleksandr Grigorievich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal and Penal Law of the Saratov State Law Academy (SSAL)
donchenko.sgap@mail.ru
410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, d. 11

TOKAREVA Alena Anatolyevna — Master Student of the Department of Criminal and Penal Law of the Saratov State Law Academy (SSAL)
tokareva.aa@bk.ru
410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, d. 11

Abstract. *The article analyzes the criminal legislation of states of Anglo-Saxon, Roman-German and Muslim legal families with regard to the establishment of responsibility for crimes related to sexual exploitation and sexual abuse of minors. The analysis carried out by the author is aimed at improving the domestic criminal legislation with regard to fighting against the crimes being analyzed, taking into account the positive experience of how these problems are resolved in the legislation of foreign countries. Methodologically, the article is based on the dialectical method as a universal instrument of cognition combined with such general scientific and specific scientific methods as formal-logical, legal-technical, comparative-legal, systemic methods, and a method of interpretation. Conclusions are drawn that many foreign countries are characterized by a wide specification of elements of crimes associated with sexual exploitation and sexual abuse of minors as well as by using a detailed approach to differentiating criminal responsibility for such crimes. As a result, the authors make proposals concerning criminalization in the Russian criminal law of the acts that are expressed in harassment of a minor for sexual purposes. The authors also give their own definition of a “sexual purpose” that is proposed to be envisaged in the Note to Art. 135.1. Moreover, it is proposed to supplement acts provided for in Art. 131,132,134, 135, 240, 242.1, 242.2 of the Criminal Code of the Russian Federation with the qualifying element when such acts are committed by family members living in the same family as a minor and engaged in his / her upbringing as well as by persons responsible for supervising a minor. This study allows the authors to conclude that modifications and amendments made in Chapters 18 and 25 of the Criminal Code of the Russian Federation will secure protection of the rights and interests of children from sexual exploitation and sexual abuse, since the premature initiation of sexual life harms their moral, physical and mental development.*

Keywords: *foreign legislation, child protection, sexual exploitation, sexual abuse, minors, sexual harassment, sexual purpose, child prostitution, child pornography.*

REFERENCES

1. Bimbinov A.A. *Nenasilstvennye posyagatelstva na polovuyu neprikosnovennost nesovershennoletnikh po ugovnomu pravu zarubezhnykh stran* [Non-violent intrusion on the sexual inviolability of minors in the criminal law of foreign countries]. *Vestnik universiteta imeni O.E. Kutafina* [The Currier of the Kutafin Moscow State Law University]. 2015, No. 7, pp. 147—161.
2. Dyachenko A.P., Tsybal E.I. *Ugolovno-pravovaya okhrana detey ot seksualnykh posyagatelstv: opyt rossii i zarubezhnykh stran* [Criminal legal protection of children from sexual assault: experience of Russia and foreign countries]. LEX RUSSICA. 2014, vol. XCVI, no. 11. pp.1304—1315.
3. *Ugolovnoe pravo SSHA: uchebnoe posobie dlya bakalavriata i magistratury* [The US Criminal Law: A study-guide for Bachelor and Master Students]. Ed. by I.D. Kozochkin. Moscow, Yurayt Publ., 2017. 218 p.
4. *Ugolovnoe pravo Germanii: uchebnoe posobie dlya bakalavriata i magistratury* [The Criminal Law of Germany: A study-guide for Bachelor and Master students]. Ed. by A. V. Serebrennikova . Moscow, Yurayt Publ., 2017. 124 p.
5. Chuprova A.Yu. *Otvetstvennost za rasprostraneniye pornografii s ispolzovaniem informatsionnykh tekhnologiy v prave SSHA* [Responsibility for the dissemination of pornography using information technology in the US law]. *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii* [Juridical Science and Practice: The Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia]. 2014, no. 4 (28), pp. 190-194.

В. В. Котлярова*

ПОЛНАЯ И НЕПОЛНАЯ АПЕЛЛЯЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ И СУДЕБНОМ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРОЦЕССАХ

Аннотация. Статья посвящена вопросам, связанным с полной и неполной апелляцией в теории процессуального права, каждая из которых имеет определенные характерные черты, позволяющие отграничивать одну от другой. Сравнительный анализ норм гражданского процессуального и арбитражного процессуального права свидетельствует о наличии и сочетании отличительных признаков двух видов апелляции, что позволяет говорить о смешанной модели апелляции в отечественном гражданском процессе. Отмечается, что для судебного административного процесса также в большей мере характерна смешанная апелляция, вобравшая в себя признаки двух ее видов, но качественно отличающаяся от предыдущей в лучшую сторону в силу предпринятого законодателем положительного шага по наделению суда апелляционной инстанции полномочием отменять судебное решение и направлять административное дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции в трех исчерпывающих случаях. Автор разделяет точку зрения относительно необходимости нормативного расширения числа оснований направления дела на новое рассмотрение судом апелляционной инстанции. Анализ двух видов апелляций позволяет автору прийти к выводу о приемлемости модели неполной апелляции для отечественного процессуального права в большей мере и, как следствие, о необходимости теоретической проработки и совершенствования законодательства в отношении российской смешанной модели апелляции в гражданском процессе. Необходимость внесения законодательных корректив продиктована тем, что нормативное установление повторности рассмотрения дела судом второй инстанции приводит к потере смысла апелляции как проверочной инстанции, а легальное закрепление правомочия направления дела на новое рассмотрение просто очевидно. В свете предстоящего реформирования процессуального законодательства представляется, что отмеченные пробелы и недостатки могут быть восполнены и скорректированы в новом едином кодифицированном акте путем наделения суда апелляционной инстанции полномочием отмены судебного акта и направления дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции в исчерпывающем перечне случаев, в том числе и при установлении факта нарушения подсудности, с учетом того, что на суд второй инстанции не должны возлагаться не свойственные ему функции по первичному рассмотрению дела.

Ключевые слова: полная апелляция, неполная апелляция, гражданский процесс, судебный административный процесс, суд апелляционной инстанции, судебные полномочия, направление на новое рассмотрение, пределы рассмотрения дела, интересы законности, новые доказательства.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.063-071

© Котлярова В. В., 2018

* Котлярова Вера Викторовна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского процессуального и предпринимательского права Самарского национального исследовательского университета им. С. П. Королева
vera-er@maul.ru
443011, Россия, г. Самара, ул. Академика Павлова, д. 1, юридический факультет

Известно, что в теории процессуального права учеными выделяются полная и неполная модели апелляции. Каждая из указанных видов апелляции имеет свое содержательное наполнение, а именно те признаки, которые отличают их друг от друга.

Модель полной апелляции, будучи одним правовых институтов римского права, приобретшая свое законодательное закрепление во времена правления императора Юстиниана (VI в.), уже в те времена допускала представление сторонами новых доказательств, исследование которых производилось в судебном заседании. Так, применительно к апелляционной процедуре рассмотрения дела римлянами использовалось понятие «новое разбирательство» (лат. *judicium novum*).

Основная суть полной апелляции заключается в том, что спор, рассмотренный судом первой инстанции, снова рассматривается апелляционным судом на основании поданной жалобы, а сторонам предоставлено право представления новых доказательств и принесения новых возражений. Апелляционный суд никак не связан результатами рассмотрения дела в первой инстанции¹. Так, русский ученый Т. М. Яблочков отмечал, что целью полной апелляции является «исправить погрешности» сторон, не представивших в суд первой инстанции «фактический материал для окончательного решения дела»². Как правило, по справедливому замечанию профессора Е. А. Борисовой, при полной апелляции весь процесс в суде первой инстанции подвергается объективной проверке, так как проверяется соответствие фактических обстоятельств дела действительности³. Также модель полной апелляции характеризуется тем, что апелляционному суду законодателем предоставлено полномочие вынесения нового постановления.

Сущность модели неполной апелляции, берущей свое начало в древнегерманском праве, заключается в осуществлении проверки самого процесса в суде первой инстанции и вынесенного решения. Стороны лишены права ссылаться на новые факты, представлять новые

доказательства. Производство в апелляционном суде направлено не на новое разбирательство, а имеет целью осуществить проверку вынесенного решения, исправить судебные ошибки, а не «погрешности» сторон. В данном виде апелляции процесс в суде первой инстанции подвергается субъективной проверке, поскольку судом второй инстанции осуществляется именно проверка законности и обоснованности вынесенного решения (были ли судом установлены обстоятельства, имевшие место в действительности, на основании фактического материала и доказательств, представленных сторонами в первую инстанцию). Модель неполной апелляции характеризуется тем, что в полномочия апелляционного суда входят такие правомочия, как отмена судебного акта и направление дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции или принятие нового постановления.

Если в качестве цели полной апелляции выступает «совершенствование» процесса в суде первой инстанции, то цель неполной апелляции заключается в «совершенствовании» вынесенного решения⁴. Основным признаком, отграничивающим полную апелляцию от неполной, выступает дозволение или запрет представления в апелляционный суд новых доказательств⁵. Каждая из рассматриваемых видов апелляции имеет свои преимущества и недостатки.

К преимуществу полной апелляции можно отнести ее целевую направленность на достижение именно материальной истины по делу.

Профессором М. Ш. Пацация тезисно был сформулирован ряд недостатков полной апелляции, выдвигаемых в научной литературе различными учеными, критикующими данный вид апелляции: 1) замедление процесса ввиду необходимости исследования новых доказательств; 2) отсутствие непосредственного изучения доказательств, поскольку апелляционный суд, как правило, располагает только делом с протоколами суда первой инстанции; 3) необходимость присутствия сторон, что влечет увеличение судебных расходов; 4) «по-

¹ Жилин Г. А. Апелляция: полная и неполная // Эж-Юрист. 2003. № 21.

² Яблочков Т. М. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., доп. Ярославль : Книгоиздательство Т. К. Гассанова, 1912. С. 219.

³ Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам. М. : Городец, 2005.

⁴ Борисова Е. А. Апелляция, кассация, надзор по гражданским делам. М. : Норма, 2013. С. 143.

⁵ Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2012.

буждение пассивности» участников процесса в суде первой инстанции, которым предоставлена возможность достижения желаемого результата при вторичном рассмотрении дела апелляционной инстанцией; 5) условия, затрудняющие сторонам принять участие в процессе в суде апелляционной инстанции в целях отстаивания своей позиции (территориальная удаленность, транспортные расходы и др.)⁶.

Кроме того, Е. В. Васьковский отмечал, что полная апелляция может способствовать злоупотреблению правом «со стороны тяжущихся, которые могут умышленно откладывать представление доказательств», осознавая возможность их представления во вторую инстанцию, в целях затягивания судебного процесса⁷.

В качестве преимуществ неполной апелляции можно выделить следующие: 1) процессуальная экономия времени, поскольку представление дополнительных доказательств в суд апелляционной инстанции запрещено; 2) стимулирование активности сторон в представлении доказательств по делу именно в суд первой инстанции вследствие запрета их представления в апелляционную инстанцию; 3) экономия денежных средств, поскольку сторонам не надо нести дополнительных судебных расходов.

Положительными результатами законодательного закрепления неполной апелляции, как пишет Е. А. Борисова, выступают разгрузка и освобождение апелляционного суда от излишней работы, а также освобождение участников процесса от дополнительных судебных издержек⁸.

Е. В. Васьковский выделял недостаток неполной апелляции, заключающийся в опасности, что вынесенное судом первой инстанции решение может не соответствовать действительности, но ее предупреждение возможно посредством совершенствования норм, регулирующих порядок рассмотрения дел в суде первой инстанции⁹.

Анализ национального права европейских стран показывает, что модель неполной апелляции занимает доминирующее положение и чаще находит законодательное закрепление в кодифицированных актах Европы (Германия, Австрия, Англия, Италия, Испания, Швеция, Дания, Латвия, Литва и др.).

Переходя к анализу российского законодательства в целях определения модели апелляции, характерной для отечественного гражданского и арбитражного судопроизводства, отметим, что ее вид напрямую зависит от следующих факторов: 1) вторичное рассмотрение дела по существу или осуществление проверки и законности, и обоснованности решения, а также пределы рассмотрения (ст. 327 ГПК РФ, 327.1 ГПК РФ, ст. 266, 268 АПК РФ); 2) дозволение или запрет на представление новых доказательств (ч. 2 ст. 327.1 ГПК РФ, ч. 2, 3 ст. 268 АПК РФ); 3) объем полномочий, представленных апелляционному суду (ст. 328 ГПК РФ, ст. 269 АПК РФ).

Рассмотрим первый фактор. Так, согласно ч. 1 ст. 327 ГПК РФ апелляционный суд *вторично* рассматривает дело по существу, что свойственно модели полной апелляции. Пленум Верховного Суда РФ дает разъяснения, что повторное апелляционное рассмотрение дела подразумевает проверку и оценку судом второй инстанции фактических обстоятельств дела, а также необходимость дать юридическую квалификацию в пределах доводов апелляционных жалобы и требований, заявленных в суде нижестоящей инстанции¹⁰. В то же время частью 2 ст. 327.1 ГПК РФ законодательно установлена *проверка законности и обоснованности* судебного решения в обжалуемой части и в *интересах законности* в полном объеме. Не углубляясь в рассмотрение понятия «интересы законности», применяя которое законодатель дает возможность суду проверить судебное решение в полном объеме, отметим лишь, что в научной литературе указанная де-

⁶ Пацация М. Ш. О полной и неполной апелляции в арбитражном процессе // Законодательство и экономика. 2005. № 12.

⁷ См.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М.: Зерцало, 2003. С. 369; Малышев К. И. Курс гражданского судопроизводства. СПб., 1875. Т. 2. С. 196.

⁸ Борисова Е. А. Институт апелляции в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994. С. 15.

⁹ Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 369.

¹⁰ См.: постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции». П. 20 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 9.

финиция уже неоднократно подвергалась критике со стороны ученых в силу неудачной формулировки и неопределенности разъяснения, данного Верховным Судом РФ¹¹.

Практически аналогичные нормы содержатся в арбитражном процессуальном законодательстве. Буквальное толкование ч. 1 ст. 268 АПК РФ свидетельствует о *повторном* характере рассмотрения дела в суде апелляционной инстанции. Однако в АПК РФ законодатель ставит возможность проверки судебного акта в полном объеме в зависимости от волеизъявления участников процесса. Согласно ч. 5, 6 названной статьи судом второй инстанции осуществляется *проверка законности и обоснованности* судебного акта в обжалуемой части (за исключением проверки безусловных процессуальных оснований для отмены судебного решения, установленных ч. 4 ст. 270 АПК РФ), но с учетом непредставления возражений участвующими в деле лицами. В случае обнаружения апелляционным судом при рассмотрении дела в установленных пределах в пояснениях или возражениях на апелляционную жалобу доводов относительно обжалования судебного акта в иной части, чем указана в жалобе, то, как указал Пленум ныне упраздненного Высшего Арбитражного Суда РФ, суд проверяет судебный акт в пределах, определяемых жалобой и указанными дополнительными доводами¹².

Так, мы видим, что проблема определения пределов рассмотрения апелляционным судом в гражданском и арбитражных процессах решается по-разному. Данная проблема кроется в соотношении основополагающих начал цивилистического процесса, когда, как отмечается в Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной Думы

от 08.12.2014 № 124 (1), интересами законности подменяется диспозитивная воля заинтересованного лица. Указанная дилемма всегда сопряжена с проблемой поворота к худшему, когда потенциальный апеллант решает для себя вопрос целесообразности дальнейшего обжалования судебного акта с учетом возможного ухудшения его положения в сравнении с тем, чего он добился в суде первой инстанции. В свете унификации норм процессуального законодательства, как справедливо отмечено М. Е. Глазковой, законодательный подход к решению вопроса определения пределов рассмотрения дела в апелляционной инстанции в цивилистическом процессе должен быть единообразен¹³.

Дополнительно отметим, что возложение законодателем на суд второй инстанции обязанности повторного рассмотрения дела по правилам производства суда первой инстанции в случае установления безусловных процессуальных оснований для отмены судебного решения (ч. 5 ст. 330 ГПК РФ, ч. 6.1 ст. 268 АПК РФ) искажает суть апелляционного производства и лишает участников цивилистического процесса возможности отстаивать свои права и законные интересы в суде первой инстанции.

Так, в цивилистическом процессе апелляционный суд повторно рассматривает дело по существу (по аналогии с процессом в суде первой инстанции), проверяя при этом законность и обоснованность судебного акта, что свидетельствует о смешении признаков модели полной и неполной апелляции. Между тем, по нашему мнению, законодательное закрепление повторности рассмотрения дела судом второй инстанции представляет собой негативное явление, поскольку тогда суть апелляции к проверочной инстанции теряет всякий смысл.

Переходя ко второму фактору, сразу отметим, что законом установлено правило, до-

¹¹ См., например: *Жуйков В. М.* Проблемы правового регулирования проверочных производств в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 11. С. 22—26 ; № 12. С. 15—20 ; *Сахнова Т. В.* Право на судебную защиту как субстантивное процессуальное право: эффект глобализации // Вестник гражданского процесса. 2014. № 3. С. 11—25 ; *Гущина Н. А.* Формирование единства практики реализации юридических норм и правовых позиций высшей судебной власти при рассмотрении гражданских дел // Современное право. 2014. № 10. С. 84—89.

¹² См.: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28.05.2009 № 36 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции». П. 25 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 8.

¹³ *Рожкова М. А., Глазкова М. Е., Савина М. А.* Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства : монография / под общ. ред. М. А. Рожковой. М. : ИЗИСП ; Инфра-М, 2015 (автор — М. Е. Глазкова).

пускающее принятие апелляционным судом дополнительных (новых) доказательств при наличии уважительных причин, если лицо обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции (ч. 1 ст. 327 ГПК РФ, ч. 2 ст. 268 АПК РФ). Пленумом Верховного Суда РФ уточняется, что в случае установления апелляционным судом факта недобросовестного поведения лица, вовремя не представившего доказательства, или факта злоупотребления процессуальными правами с его стороны, такие дополнительные доказательства не принимаются¹⁴. Сходный взвешенный подход был сформулирован еще ранее Пленумом Высшего Арбитражного Суда РФ, что при решении вопроса о возможности принятия новых доказательств суд второй инстанции устанавливает причины их непредставления в нижестоящий суд при первом рассмотрении дела. Сам факт признания доказательств относимыми и допустимыми не является основанием для их принятия апелляционным судом¹⁵.

В данном случае в юридической литературе по вопросу определения вида апелляции сложились следующие точки зрения. Одни авторы полагают, что введение законодателем ограничения на представление дополнительных доказательств есть не что иное, как неполная апелляция¹⁶. С точки зрения Е. А. Борисовой, «в законе скорее нашла отражение идея полной апелляции»¹⁷. В то же время можно говорить и о том, что здесь мы наблюдаем комплексное сочетание признаков как полной, так и неполной апелляции. Так, с одной стороны, законодателем установлен запрет на представление новых доказательств, что характерно для неполной апелляции. С другой стороны, легитимирована такая правовая конструкция, которая допускает в определенных случаях возможность принятия дополнительных фактов и сведений, называемая просто «уважительные причины», учитывая, что понятие «уважительность» является критерием оценочным, и законом не установлено исчерпывающего перечня таких обстоятельств.

Далее, рассматривая третий фактор и исходя из системного толкования ст. 328 ГПК РФ и ст. 269 АПК РФ, следует отметить, что законодатель не наделил апелляционный суд полномочием отмены судебного решения и направления дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции, что в полной мере соответствует модели полной апелляции.

Отсутствие у суда апелляционной инстанции полномочия на отмену судебного решения и направление дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции, в том числе и в случае установления факта нарушения правил подсудности, является дискуссионным вопросом в доктрине. Данная проблема выступает краеугольным камнем в обеспечении процессуальных гарантий отправления правосудия по гражданским делам в апелляционной инстанции, поскольку ненаделение суда второй инстанции данным правомочием входит в противоречие с конституционной гарантией на судебную защиту, согласно которой никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 1 ст. 47 Конституции РФ). В научной литературе Е. А. Борисовой на протяжении многих лет справедливо поднимается вопрос о необходимости введения такого полномочия апелляционного суда в случаях наличия безусловных оснований для отмены решения, среди которых может быть и нарушение правил о подсудности¹⁸. При этом верность данных суждений неоднократно находила свое подтверждение в правовых позициях Конституционного Суда РФ, но, к сожалению, пока соответствующей законодательной новеллы так и не последовало. Но в качестве положительного момента стоит отметить первые шаги к «намеченной цели» разработчиков Концепции единого ГПК РФ, предложивших в новом кодифицированном акте предусмотреть полномочие апелляционного суда на направление дел на новое рассмотрение в суд нижестоящей инстанции.

¹⁴ См. п. 20 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2012 № 13.

¹⁵ См. п. 26 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 28.05.2009 № 36.

¹⁶ Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2012 (автор главы — В. М. Муршудова).

¹⁷ Борисова Е. А. Апелляция, кассация, надзор по гражданским делам. С. 153; Сметанников А. Е. Проблема становления форм апелляции в российском арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 7.

¹⁸ Борисова Е. А. Проверка судебных актов по гражданским делам.

Таким образом, можно сделать вывод, что в цивилистическом процессе институт апелляции вобрал в себя признаки как полной, так и неполной модели. Такое смешение различных признаков двух видов апелляции, как правильно отмечает Е. А. Борисова, позволяет сделать вывод об отсутствии в процессуальном законодательстве «того или иного вида апелляции в чистом виде» и о наличии смешанной модели¹⁹.

Слияние признаков двух видов апелляции в российском цивилистическом процессе и отсутствие глубокого проработанного законодательного подхода негативным образом отражаются на эффективности отправления правосудия, поскольку приводят к нарушению права на справедливое разбирательство и права на доступ к правосудию.

Обратимся к административному судопроизводству, где складывается немного иная картина. Буквальное толкование ч. 1 ст. 308 КАС РФ позволяет расценивать апелляционное производство по административному делу как полноценную процедуру по *вторичному* рассмотрению дела, не связывающую суд основаниями и доводами апелляционной жалобы и возражениями на нее, где судебные органы исследуют дело в полном объеме. В данном случае проблема определения пределов рассмотрения апелляционной жалобы сопряжена с проблемой поворота к худшему. Названное положение в полной мере соответствует модели полной апелляции.

В то же время дополнительные доказательства принимаются судом только при условии уважительности причин их непредставления в суд нижестоящей инстанции (ч. 2 ст. 308 КАС РФ). Учитывая, что право представления новых доказательств и ссылки на новые факты предоставляются сторонам при полной апелляции, а невозможность их заявления установлена неполной апелляцией, то полагаем, что вышеприведенная норма сочетает в себе признаки двух видов апелляции.

Проблема отсутствия у суда второй инстанции полномочия направления дела на новое рассмотрение нашла свое нормативное разрешение пока только в КАС РФ. Так, новеллой КАС РФ явилось законодательное наделение суда апелляционной инстанции полномочием отменить судебное решение первой инстанции и направить дело на новое рассмотрение в строго установленных законом трех случаях (п. 3 ст. 309 КАС РФ), что характерно для неполной апелляции. Нельзя не признать, что легальное закрепление данного правомочия явилось первым положительным шагом на пути нормативного расширения полномочий апелляционного суда. Стоит согласиться с мнением Р. М. Масаладжиу о необходимости расширения законодательного перечня случаев направления административного дела на новое рассмотрение судом апелляционной инстанции в целях укрепления процессуальных гарантий участников процесса²⁰.

В связи с законодательным расширением пределов рассмотрения административного дела в апелляционной инстанции, когда суд рассматривает дело в полном объеме на основе имеющихся и дополнительно представленных доказательств, принимаемых только в случае уважительности причин, в научной литературе высказано мнение, что установленная КАС РФ модель в большей мере тяготеет к полной апелляции²¹.

В то же время комплексное сочетание признаков полной апелляции, проявляющихся в повторности рассмотрения судом апелляционной инстанции в полном объеме и дозволении представлять дополнительные доказательства, а также свойств неполной апелляции, заключающихся в наделении суда второй инстанции полномочием направления дела на новое рассмотрение и в определенных ограничениях по представлению новых фактов, позволяет прийти к выводу о смешанной модели апелляции в судебном административном процессе.

¹⁹ Борисова Е. А. Апелляционное производство — гарантия судебной защиты. Европейский гражданский процесс и исполнительное производство : сборник материалов Международной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 25 марта 2011 г. / отв. ред. Д. Х. Валеев. М. : Статут, 2012.

²⁰ См. подробнее: Масаладжиу Р. М. Апелляционное производство по административным делам: новые подходы и старые проблемы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 5. С. 31—37.

²¹ Административное судопроизводство : учебник / под ред. В. В. Яркова. М. : Статут, 2016 (автор главы — С. К. Загайнова).

Проведя сравнительный анализ двух видов апелляций, признаки каждой из которых нашли отражение в отечественном законодательстве, можно полагать, что наиболее приемлемой для российского процессуального права выступает неполная модель апелляции.

В свете предстоящего реформирования законодательства представляется, что российская смешанная модель апелляции в цивилистическом процессе, вобравшая в себя признаки двух ее видов, нуждается в серьезной теоретической проработке со стороны ученых и совершенствовании со стороны законодателя в целях обеспечения гарантий судебной защиты. Необходимость внесения законодательных корректив продиктована тем, что нормативное установление повторности рассмотрения дела судом второй инстанции представляется негативным явлением, поскольку в данном случае суть апелляции как проверочной инстанции теряет всякий смысл, а легальное закрепление правомочия направления дела на новое рассмотрение просто очевидно. Отмеченные пробелы и недостатки могут быть восполнены и скорректированы в новом едином кодифицированном акте путем наделения суда апел-

ляционной инстанции полномочием отмены судебного акта и направления дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции в исчерпывающем перечне случаев, в том числе и при установлении факта нарушения подсудности, с учетом того, что на суд второй инстанции не должны возлагаться не свойственные ему функции по первичному рассмотрению дела.

Модель апелляции в административном судопроизводстве качественно отличается от предыдущей в лучшую сторону вследствие наделения суда второй инстанции правомочием направления дела на новое рассмотрение, пусть и в ограниченном количестве случаев. Поэтому модель апелляции, установленная в судебном административном процессе, представляется более удачной в сравнении с моделью апелляции в цивилистическом процессе. В то же время остается открытым вопрос расширения числа случаев направления административного дела на новое рассмотрение, нормативное разрешение которого видится в необходимости внесения соответствующих изменений и дополнений в административное процессуальное законодательство.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Административное судопроизводство : учебник / под ред. В. В. Яркова. — М. : Статут, 2016. — 506 с.
2. *Борисова Е. А.* Апелляционное производство — гарантия судебной защиты. Европейский гражданский процесс и исполнительное производство : сборник материалов Международной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 25 марта 2011 г. / отв. ред. Д. Х. Валеев. — М. : Статут, 2012. — 335 с.
3. *Борисова Е. А.* Апелляция, кассация, надзор по гражданским делам. — М. : Норма, 2013. — 320 с.
4. *Борисова Е. А.* Институт апелляции в гражданском процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1994. — 22 с.
5. *Борисова Е. А.* Проверка судебных актов по гражданским делам. — М. : Городец, 2005. — 304 с.
6. *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса. — М. : Зерцало, 2003. — 464 с.
7. *Гущина Н. А.* Формирование единства практики реализации юридических норм и правовых позиций высшей судебной власти при рассмотрении гражданских дел // Современное право. — 2014. — № 10. — С. 84—89.
8. *Жилин Г. А.* Апелляция: полная и неполная // Эж-Юрист. — 2003. — № 21. — С. 8.
9. *Жуйков В. М.* Проблемы правового регулирования проверочных производств в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. — 2012. — № 11. — С. 22—26; № 12. — С. 15—20.
10. *Мальшев К. И.* Курс гражданского судопроизводства. — СПб., 1875. — Т. 2.
11. *Масаладжиу Р. М.* Апелляционное производство по административным делам: новые подходы и старые проблемы // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2016. — № 5. — С. 31—37.
12. *Пацация М. Ш.* О полной и неполной апелляции в арбитражном процессе // Законодательство и экономика. — 2005. — № 12. — С. 47—59.
13. Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. П. В. Крашенинникова. — М. : Статут, 2012. — 636 с.

14. Рожкова М. А., Глазкова М. Е., Савина М. А. Актуальные проблемы унификации гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства : монография / под общ. ред. М. А. Рожковой. — М. : Инфра-М, 2015. — 304 с.
15. Сахнова Т. В. Право на судебную защиту как субстантивное процессуальное право: эффект глобализации // Вестник гражданского процесса. — 2014. — № 3. — С. 11—25.
16. Сметанников А. Е. Проблема становления форм апелляции в российском арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. — 2006. — № 7. — С. 34—36.
17. Яблочков Т. М. Учебник русского гражданского судопроизводства. 2-е изд., доп. — Ярославль : Книгоиздательство Т. К. Гассанова, 1912. — 336 с.

Материал поступил в редакцию 6 марта 2018 г.

COMPLETE AND INCOMPLETE APPEALS IN CIVIL AND JUDICIAL ADMINISTRATIVE PROCESSES

KOTLYAROVA Vera Viktorovna — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Procedural and Business Law of the Korolev Samara National Research University
vera-er@maul.ru
443011, Samara, ul. Academician Pavlova, 1, Yuridicheskiy fakultet [Faculty of Law]

Abstract. *The article is devoted to issues related to the definition of a complete and incomplete appeal in the theory of procedural law, each of which has certain distinctive features that allow differentiating one from another. Comparative analysis of the norms of civil procedural and arbitration procedural law justifies the existence and combination of distinguishing features of the two types of appeal, which makes it possible to speak of a mixed model of appeal in domestic civilistic proceedings. It is noted that a mixed appeal that contains characteristics of two types is typical for administrative proceedings. However, it is qualitatively different from the previous ones for the better because of the positive step taken by the law-maker and aimed at vesting the court of appeal with the power to revoke the judgment and refer an administrative case for reconsideration to the court of first instance in three exhaustive cases. The author shares the viewpoint that it is necessary to expand the number of grounds that can be applied to refer the case for reconsideration to the court of appeal. The analysis of two types of appeals allows the author to come to the conclusion concerning admissibility of the incomplete appeal model for domestic procedural law to a greater extent, and, as a consequence, the need for theoretical elaboration and improvement of legislation with regard to the Russian mixed model of appeal in the civilistic procedure. The need to introduce legislative modifications is predetermined by the fact that the normative consolidation of reconsideration of the case by the court of second instance results in the loss of the meaning of the appeal as a verification instance, and the legal consolidation of the power to refer the case for consideration is but obvious. In the light of the forthcoming reform of the procedural legislation, it seems that the gaps and shortcomings in question can be filled in and harmonized in a new codified act by vesting the appellate court with the power to revoke the judicial act and forward the case for reconsideration to the court of first instance in an exhaustive number of cases, including the cases when the fact of breach of jurisdiction has been established taking into account the fact that the second instance court should not be entrusted with functions that are not inherent to it with regard to initial consideration of the case.*

Keywords: *complete appeal, incomplete appeal, civilistic process, judicial administrative process, appellate court, judicial powers, referral for new consideration, limits of consideration of the case, interests of legality, new evidence.*

REFERENCES

1. *Administrativnoe sudoproizvodstvo: uchebnik* [Administrative Proceedings: A Textbook]. Ed. by V. V. Yarkov. Moscow, Statute Publ., 2016. 506 p.
2. Borisova E. A. *Apellyatsionnoe proizvodstvo - garantiya sudebnoy zashchity* [Appeal proceedings as a guarantee of judicial protection]. *Evropeyskiy grazhdanskiy protsess i ispolnitelnoe proizvodstvo: sbornik*



- materialov mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* ["The European Civil Procedure and Enforcement Proceedings": Proc. International Scientific and Practical Conference]. Kazan, Kazan (Privolzhsky) Federal University, 25 March 2011. Ed. by D.H. Valeev. Moscow, Statute Publ., 2016. 335 p. (in Russian).
3. Borisova E. A. *Apellyatsiya, kassatsiya, nadzor po grazhdanskim delam* [Appeal, cassation, court review in civil cases]. Moscow, Norma Publ., 2013. 320 p.
 4. Borisova E. A. *Institut apellyatsii v grazhdanskom protsesse : avtoref. dis. ... kand. yuridit. nauk.* [An Institute of Appeal in Civil Procedure : Abstract of the PhD Thesis]. Moscow, 1994. 22 p.
 5. Borisova E.A. *Proverka sudebnykh aktov po grazhdanskim delam* [Verification of judicial acts in civil cases]. Moscow, Gorodets Publ., 2005. 304 p.
 6. Vaskovsky E. V. *Uchebnik grazhdanskogo protsessa* [Textbook of civil procedure]. Moscow, Zertsalo Publ., 2003. 464 p.
 7. Gushchina N.A. *Formirovanie edinstva praktiki realizatsii yuridicheskikh norm i pravovykh pozitsiy vysshey sudebnoy vlasti pri rassmotrenii grazhdanskikh del* [Formation of the unity of practice of implementation of legal norms and legal standings of the highest judicial authority in civil cases]. *Sovremennoe pravo* [Contemporary Law]. 2014, no. 10, pp. 84 - 89.
 8. Zhilin G. A. *Apellyatsiya: polnaya i nepolnaya* [An appeal: complete and incomplete]. *EZH-Yurist Publ*, 2003, no. 21, P. 8.
 9. Zhuikov V.M. *Problemy pravovogo regulirovaniya proverochnykh proizvodstv v grazhdanskom sudoproizvodstve* [Problems of legal regulation of verification proceedings in civil court procedure]. *Arbitrazhnyi i grazhdanskiy protsess*. 2012, no. 11. pp. 22 - 26; no. 12. pp. 15 - 20.
 10. Malyshev K. I. *Kurs grazhdanskogo sudoproizvodstva* [The course of civil proceedings]. Volume II. St. Petersburg, 1875. pp. 220—264.
 11. Masaladzhii R.M. *Apellyatsionnoe proizvodstvo po administrativnym delam: novye podkhody i starye problemy* [Appeal proceedings in administrative cases: new approaches and old problems]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika* [Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice]. 2016, no. 5, pp. 31—37
 12. Patsatsiya M. Sh. *O polnoy i nepolnoy apellyatsii v arbitrazhnom protsesse* [Complete and incomplete appeals in arbitration procedure]. *Zakonodatelstvo i ekonomika* [Legislation and Economics]. 2005, no. 12, pp. 47—59.
 13. *Postateynyy kommentariy k grazhdanskomu protsessualnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [An article-by-article commentary to the Civil Procedure Code of the Russian Federation]. Ed. by P.V. Krasheninnikov. Moscow, Statute Publ., 2012. 636 p.
 14. Rozhkova M.A., Glazkova M.E., Savina M.A. *Aktualnye problemy unifikatsii grazhdanskogo protsessualnogo i arbitrazhnogo protsessualnogo zakonodatelstva: monografiya* [Actual problems of unification of civil procedural and arbitration procedural legislation: Monograph]. Ed. by M.A. Rozhkova. Moscow, INFRA-M, 2015. 304 p.
 15. Sakhnova T.V. *Pravo na sudebnuyu zashchitu kak substantivnoe protsessualnoe pravo: effekt globalizatsii* [The right to judicial protection as a substantive procedural right: the impact of globalization]. *Vestnik grazhdanskogo protsessa* [Herald of Civil Procedure]. 2014, no. 3, pp. 11—25.
 16. Smetannikov A. E. *Problema stanovleniya form apellyatsii v rossiyskom arbitrazhnom protsesse* [The problem of the formation of forms of appeal in the Russian arbitration procedure]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess* [Arbitration and Civil Procedure]. 2006, no. 7, pp. 34—36.
 17. Yablochkov T. M. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo sudoproizvodstva* [A Textbook of Russian Civil Court Procedure]. 2nd ed., suppl. Yaroslavl, T.K. Gassanov Publishing House, 1912. 336 p.

А. В. Руденко*

СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В РЕШЕНИЯХ ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Аннотация. Законодательству об административных правонарушениях уделяется пристальное внимание, поскольку привлечение к юридической ответственности всегда связано с ограничением прав и свобод лиц, привлекаемых к ответственности. Законодательство об административных правонарушениях в Российской Федерации представлено на уровне федерального законодательства и законодательства субъектов РФ. Субъекты РФ вправе устанавливать административную ответственность за нарушение нормативных правовых актов субъектов Федерации и муниципальных правовых актов. Как в федеральном, так и в региональном законодательстве в полной мере должны соблюдаться основные принципы права. Одним из них выступает принцип правовой определенности. Это неоднократно подчеркивал и Европейский Суд по правам человека, и Конституционный Суд РФ. В статье проведен анализ правовых позиций Верховного Суда РФ, касающихся соблюдения принципа правовой определенности законодателями субъектов РФ при принятии законов об административной ответственности, выработаны рекомендации, соблюдение которых позволит избежать нарушения принципа правовой определенности при принятии законов об административной ответственности субъектами РФ. Также в статье проводится анализ действующего регионального законодательства на предмет его соответствия требованиям принципа правовой определенности. Большинство законов субъектов Федерации содержит нормы, не соответствующие принципу правовой определенности. На данный момент продолжают действовать нормы, сходные с теми или даже аналогичные тем, которые Верховный Суд РФ отменил как нарушающие принцип правовой определенности. В то же время, анализируя потребности и возможности регионального законодателя в защите норм субъектов Федерации и норм муниципальных правовых актов, можно прийти к выводу, что соблюдение принципа правовой определенности в некоторых сферах практически невозможно. В первую очередь это связано с необходимостью защиты муниципальных правовых актов, имеющих общую сферу регулирования, но различное содержание. Федеральный законодатель при установлении административной ответственности также не во всех случаях обеспечивает соблюдение данного принципа. Поэтому проблема соблюдения принципа правовой определенности при установлении административной ответственности на всех уровнях законодательства требует выработки общих подходов. Необходима разработка новых механизмов законотворческой техники, которые позволят соблюсти все требования принципов права.

© Руденко А. В., 2018

* Руденко Артем Валериевич, кандидат юридических наук, заведующий кафедрой административного и финансового права Крымского филиала Российского государственного университета правосудия (РГУП)

RudenkoCrimea@yandex.ru

295000, Россия, Республика Крым, г. Симферополь, ул. Павленко, д. 9

Ключевые слова: административное право, административная ответственность, законодательство субъектов Федерации, региональное законодательство, законотворчество, законодательство об административных правонарушениях, судебная практика, Верховный Суд РФ, правовые позиции, принцип права, правовая определенность.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.072-081

Административная ответственность, являясь одним из видов юридической ответственности, направлена на защиту общественных отношений, существующих в государстве. Особенность административной ответственности, отличающей ее от других видов юридической ответственности, заключается в предусмотренной Конституцией РФ и Кодексом РФ об административных правонарушениях (далее КоАП РФ) возможности ее регулирования законами субъектов РФ.

Возможность регулирования административной ответственности как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов РФ, имеет как преимущества, связанные с возможностью учета региональной специфики при установлении административной ответственности, так и проблемы, вытекающие в основном из недостаточно четкого регулирования данных отношений в федеральном законодательстве. Существующие нормативные предписания не дают четкого понимания границ регионального нормотворчества в данной сфере, что приводит к многочисленным ошибкам при установлении административной ответственности на уровне субъектов РФ.

Нормативно-правовое регулирование возможности установления административной ответственности на уровне субъектов Федерации вытекает из положений Конституции РФ и федеральных законов.

Пункт «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ¹ говорит о том, что административное, административно-процессуальное законодательство относится к сферам совместного ведения Российской Федерации и субъектов РФ. Тем самым устанавливается возможность регулирования административной ответственности на уровне субъектов Федерации. Данное конституционное положение находит свое продолжение в федеральном законодательстве.

Пункт 39 ч. 2 ст. 26.3 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»² определяет, что к полномочиям органов государственной власти субъекта РФ по предметам совместного ведения, осуществляемым данными органами самостоятельно за счет средств бюджета субъекта РФ (за исключением субвенций из федерального бюджета), относится решение вопросов установления административной ответственности за нарушение законов и иных нормативных правовых актов субъекта РФ, нормативных правовых актов органов местного самоуправления, определения подведомственности дел об административных правонарушениях, предусмотренных законами субъектов РФ, организации производства по делам об административных правонарушениях, предусмотренных законами субъектов РФ. Таким образом, указанный Федеральный закон конкретизирует положения Конституции РФ, определяя полномочия субъектов РФ по установлению административной ответственности.

Более подробно полномочия Российской Федерации и субъектов РФ по установлению административной ответственности определены в КоАП РФ.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 1.3 КоАП РФ³ Российская Федерация наделяется правом установления административной ответственности по вопросам, имеющим федеральное значение, в том числе административной ответственности за нарушение правил и норм, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ.

Субъекты Федерации в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 1.3.1 КоАП РФ уполномочены на уста-

¹ Конституция Российской Федерации (принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г.) (с поправками) // Российская газета. 25.12.1993. № 237.

² СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1.

новление законами субъектов РФ об административных правонарушениях административной ответственности за нарушение законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ, нормативных правовых актов органов местного самоуправления.

Следует согласиться с О. В. Панковой, что «конструкция п. 3 ч. 1 ст. 1.3 КоАП РФ не содержит четких законодательно закрепленных рамок регионального правотворчества. Исходя из содержания указанной нормы, общий и основной критерий, обуславливающий правомерность регионального правотворчества в сфере административно-деликтных отношений, выражается в отнесении того или иного вопроса к числу федерально значимых, т.е. имеющих значение не только для жителей определенного края, области, республики, но и для всей Российской Федерации»⁴.

Неоднозначность правового регулирования вопроса административной ответственности на федеральном уровне приводит к установлению субъектами РФ административной ответственности с нарушениями как полномочий субъектов Федерации, так и правил юридической техники. Данную ситуацию можно проследить при анализе решений Верховного Суда РФ по делам об отмене норм законов субъектов РФ об административных правонарушениях.

Учитывая значимость правовых позиций Верховного Суда РФ не только для судов, но и для юрисдикционных органов и законодательных органов субъектов Федерации, необходимо провести анализ и выделить основные ошибки, допускаемые при принятии законов об административной ответственности субъектами Федерации. Выработанные в результате анализа рекомендации могут быть использованы законодательными органами субъектов РФ при разработке законодательства об административной ответственности.

В данной статье будут проанализированы случаи нарушения принципа правовой определенности нормы в нормотворческой деятельности субъектов Федерации.

«В своем основном значении принцип правовой определенности прежде всего предполагает стабильность правового регулирования и существующих правоотношений. Правовая определенность необходима для того, чтобы участники соответствующих отношений могли в разумных пределах предвидеть последствия своего поведения, быть уверенными в неизменности своего официально признанного статуса, приобретенных прав и обязанностей. Указанный принцип в рассматриваемом аспекте имеет целью обеспечить участников соответствующих отношений возможностью точно прогнозировать результат своих действий, дать надежду, что их права будут защищены, принципы разрешения спора правоприменителем будут прогнозируемы и предсказуемы, не будут меняться от случая к случаю, а будут гарантировать стабильность»⁵.

Так, нарушение принципа правовой определенности является одним из наиболее частых нарушений, допускаемых региональным законодателем. Верховным Судом РФ неоднократно отменялись нормы законов субъектов Федерации об административных правонарушениях именно по мотивам нарушения принципа правовой определенности. О важности соблюдения данного принципа при осуществлении нормотворческой деятельности высказывался и Конституционный Суд РФ.

Конституционный Суд РФ в своих постановлениях⁶ указывает, что правовая норма должна отвечать общеправовому критерию формальной определенности, вытекающему из принципа равенства всех перед законом и судом, поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии ясности, недвусмысленности нормы, ее единообразного понимания и применения всеми правоприменителями; напротив, неопределенность правовой нормы ведет к ее неоднозначному пониманию и, следовательно, к возможности ее произвольного применения, а значит — к нарушению принципа равенства всех перед законом и судом.

⁴ Панкова О. В. Рассмотрение в судах общей юрисдикции дел об административных правонарушениях / под ред. О. А. Егоровой. М. : Статут, 2014. 440 с.

⁵ Назаренко Т. Н. Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации // Управление судебного департамента по Смоленской области. URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=9 (дата обращения: 11.01.2017).

⁶ См.: постановления Конституционного Суда РФ от 25.04.1995 № 3-П; от 15.07.1999 № 11-П; от 11.11.2003 № 16-П; от 21.01.2010 № 1-П // URL: <http://doc.krsf.ru/decision/KSRFDecision23725.pdf> (дата обращения: 11.01.2017).

Развивая эти положения, Конституционный Суд РФ в постановлениях⁷ указывает, что неопределенность содержания правовой нормы не может обеспечить ее единообразное понимание, создает возможность злоупотреблений исполнительной властью своими полномочиями. Кроме того, Федеральные законы от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» и от 17.07.2009 № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденная постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 № 96, прямо относят нормы, устанавливающие отсутствие или неопределенность условий или оснований принятия решения, выборочное изменение объема прав — возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц); юридико-лингвистическую неопределенность, к коррупциогенному фактору.

Данные нарушения нормотворческой техники в полной мере присущи и законам об административной ответственности.

Как указывает Верховный Суд РФ⁸, «реализация органами государственной власти субъекта РФ нормотворческих полномочий предполагает соблюдение требований, предъявляемых федеральным законодателем к форме и содержанию правовой нормы, в том числе требования определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы и ее согласованности с системой действующего правового регулирования, вытекающего из конституционного принципа равенства всех перед законом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и применения правовой нормы. В полной мере данное

положение относится и к законодательству об административной ответственности».

Анализируя практику Верховного Суда РФ по отмене норм законов субъектов РФ об административных правонарушениях, можно выделить несколько наиболее распространенных нарушений, допускаемых региональными законодателями.

Так, Судебная коллегия Верховного Суда РФ пришла к выводу, что «статьи 2.5, 3.1, 3.4, 3.9, 3.17, 6.15 Закона Белгородской области от 4 июля 2002 г. № 35 “Об административных правонарушениях на территории Белгородской области”, предусматривающие ответственность за складирование или хранение строительных материалов, продукции, сырья на территории городских и сельских поселений, за нарушение правил благоустройства и содержания внутриквартальных территорий, за нарушение нормативных требований по подготовке к сезонной эксплуатации жилищно-коммунальных объектов, инженерных сетей и оборудования, за нарушение правил содержания строительных площадок, за самовольное производство земляных работ, а также за нарушение требований к использованию пиротехнических изделий, не дают словесного описания конкретных противоправных действий (бездействий), образующих объективную сторону перечисленных составов административных правонарушений, а отсылают к правилам (порядку), установленным (утвержденным) или органами государственной власти области, или органами местного самоуправления»⁹.

По мнению Коллегии, при таком положении названные законоположения не отвечают требованиям определенности, ясности и недвусмысленности, которые необходимы для норм, устанавливающих административную ответственность, что является основанием для признания правовых норм недействующими.

Анализируя ст. 2.7 Закона Белгородской области, предусматривающую ответственность за нарушение правил содержания уличного

⁷ См.: постановления Конституционного Суда РФ от 17.06.2004 № 12-П; от 15.07.1999 № 11-П; от 29.06.2004 № 13-П // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30281.pdf> (дата обращения: 11.01.2017).

⁸ См.: определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 30.05.2012 по делу 81-АПГ12-1 // URL: <http://www.zakonrf.info/suddoc/5c1d0bdac10e4ddc5ea46d5a06a2615/> (дата обращения: 11.01.2017).

⁹ См.: определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 30.05.2012 года по делу 57-АПГ13-6 // URL: <http://www.zakonrf.info/suddoc/5b1f5b71a736f1284db26eef8e3de730/> (дата обращения: 11.01.2017).

и внутриквартального освещения, Судебная коллегия приходит к выводу, что ее диспозиция также не содержит конкретных признаков объективной стороны правонарушения, что свидетельствует о неопределенности правового регулирования.

Также Судебная коллегия отмечает, что «О неопределенности правового регулирования свидетельствует и то обстоятельство, что в приведенных нормах региональный законодатель использовал сложный способ отсылки: норма отсылает не к конкретному правовому акту, а к целому ряду муниципальных нормативных правовых актов, а также к актам, принятым различными органами государственной власти субъекта Российской Федерации, что ведет к нарушению закрепленного в ч. 1 ст. 1.4 КоАП РФ принципа равенства лиц, совершивших административные правонарушения на территории одного субъекта Российской Федерации, перед законом».

Еще одним примером нарушения принципа определенности нормы служит ст. 32.1 Закона Чувашской Республики № 22 «Об административных правонарушениях в Чувашской Республике», устанавливавшая ответственность за осуществление регулярных пассажирских перевозок автомобильным транспортом без заключения договора на осуществление регулярных пассажирских перевозок автомобильным транспортом с уполномоченным органом исполнительной власти Чувашской Республики или органом местного самоуправления по организации транспортного обслуживания населения и без карточки разрешения, предусмотренных Законом Чувашской Республики «Об организации пассажирских перевозок автомобильным транспортом в Чувашской Республике» и нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, отмененная определением Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 26.02.2014 № 31-АПГ14-1¹⁰. Судебная коллегия пришла к выводу, что данная норма являлась бланкетной, предусматривала сложный способ отсылки: не к конкретному правовому акту, а к неопределенному кругу муниципальных нормативных правовых актов, что приводило к на-

рушению закрепленного в ч. 1 ст. 1.4 КоАП РФ, принципа равенства перед законом лиц, совершивших административные правонарушения на территории одного субъекта РФ.

В определении Верховного Суда РФ от 23.10.2013 № 53-АПГ13-9 указано, что «пункты 4 и 5 ст. 1.3 Закона Красноярского края от 02.10.2008 № 7-2161 “Об административных правонарушениях”, предусматривающие административное наказание соответственно за нарушение правил содержания животных в городах и других населенных пунктах, повлекшее причинение вреда здоровью или имуществу граждан, и за нарушение иных правил содержания животных, скота и птицы в городах и других населенных пунктах, установленных муниципальными правовыми актами, не содержат конкретные действия (бездействие), образующие состав административного правонарушения. Эти законоположения не отвечают требованиям определенности, ясности и недвусмысленности, которые необходимы для норм, устанавливающих административную ответственность, что является самостоятельным основанием для признания правовых норм недействующими»¹¹.

Также Судебная коллегия отмечает, что о неопределенности правового регулирования указанной нормы свидетельствует и то обстоятельство, что норма содержит сложный способ отсылки.

В этом же определении Судебная коллегия отмечает сразу несколько формулировок, используемых в законе субъекта Федерации об административной ответственности, которые ведут к нарушению правовой определенности нормы. Так, Судебная коллегия указывает, что «ст. 1.6 в части слов “а равно нарушение иных правил охраны жизни людей на водных объектах”, п. 2 ст. 7.1, предусматривающий административную ответственность за нарушение иных правил торговли, установленных органами местного самоуправления, и ст. 4.2 об административной ответственности за нарушение установленного порядка пользования участками недр местного значения, а также ч. 2 ст. 5.2, устанавливающая ответственность за иное загрязнение территорий, перечислен-

¹⁰ URL: http://dogovor-urist.ru/%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0/%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%BE/31-%D0%B0%D0%BF%D0%B314-1/ (дата обращения: 11.01.2017).

¹¹ См.: URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70423618/#ixzz3Thk4fLjd> (дата обращения: 11.01.2017).

ных в п. 1 названной статьи регионального нормативного акта, не указывают конкретные признаки действий (бездействия), образующие состав административного правонарушения, материальное основание административной ответственности, а содержат отсылку к иным неназванным правилам. Также ст. 4.3 регионального закона, устанавливающая административную ответственность за нарушение порядка сбора, вывоза, утилизации и переработки бытовых и промышленных отходов, не отвечает требованиям определенности, ясности и недвусмысленности, поскольку в качестве объективной стороны административного правонарушения указывает на любое нарушение порядка в обозначенной области, установленного органами местного самоуправления».

По мнению Судебной коллегии, содержание приведенных норм свидетельствует о том, что они не отвечают общеправовым критериям ясности и вызывают неоднозначное толкование, допускают возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения. Судебная коллегия приходит к выводу, что такая неопределенность законодательного регулирования ведет к нарушению закрепленного в ч. 1 ст. 1.4 КоАП РФ принципа равенства лиц, совершивших административные правонарушения, перед законом и снижает уровень гарантий, предусмотренных федеральным законодательством об административных правонарушениях.

В то же время в определении от 03.12.2014 № 1-АПГ14-16¹² Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда РФ оставила в силе ст. 2.2 Закона Архангельской области от 03.06.2003 № 172-22-03 «Об административных правонарушениях» в редакции от 30.05.2014, которая была обжалована прокурором Архангельской области по мотивам правовой неопределенности.

Статьей установлена административная ответственность за нарушение должностным лицом исполнительного органа государственной власти Архангельской области или органа местного самоуправления муниципального образования Архангельской области, осуществляющего исполнительно-распорядительные полномочия, порядка предоставления соответ-

ствующей государственной или муниципальной услуги в случае, если нормативное правовое регулирование отношений, возникающих в связи с предоставлением соответствующей государственной или муниципальной услуги, осуществляется нормативными правовыми актами Архангельской области или муниципальными нормативными правовыми актами органов местного самоуправления муниципальных образований Архангельской области, повлекшее непредоставление соответствующей государственной или муниципальной услуги заявителю либо предоставление соответствующей государственной или муниципальной услуги заявителю с нарушением установленных сроков, за исключением случаев, предусмотренных КоАП РФ, если эти действия (бездействие) не содержат уголовно наказуемого деяния.

Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда РФ, ссылаясь на ст. 3, 12, 13 Федерального закона от 27.07.2010 № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» пришла к выводу, что оспариваемая норма принята в рамках полномочий органа государственной власти субъекта РФ и устанавливает административную ответственность должностных лиц исполнительного органа государственной власти субъекта РФ или органа местного самоуправления соответствующего муниципального образования за нарушение порядка предоставления соответствующей государственной или муниципальной услуги в случае, если нормативное правовое регулирование отношений, возникающих в связи с предоставлением услуги, осуществляется нормативными правовыми актами Архангельской области или муниципальными нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, повлекшее непредоставление или предоставление соответствующей услуги с нарушением установленного срока.

По мнению Коллегии, объективная сторона состава административного правонарушения, предусмотренного ст. 2.2 областного Закона, раскрыта, в содержании нормы отсутствует правовая неопределенность.

Данное решение Суда вызывает ряд вопросов. Как видно из содержания статьи, в ней присутствует как неопределенность объектив-

¹² Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 03.12.2014 по делу 1-АПГ14-16 // URL: <http://www.zakonrf.info/suddoc/bb0721a5170f9739fc06b1c335d5bcde/> (дата обращения: 11.01.2017).

ной стороны состава правонарушения (нарушение лицом порядка предоставления государственной или муниципальной услуги), так и сложный способ отсылки (отсылка к неопределенному кругу областных и муниципальных нормативных правовых актов).

В данном случае вряд ли можно говорить об изменении позиции Верховного Суда РФ к соблюдению принципа правовой определенности нормы в законодательстве субъектов РФ. Скорее речь идет об отсутствии единых правовых позиций судебной практики, что подчеркивает важность данной проблемы.

Кроме того, как видно из определения, Суд дал оценку только полномочиям субъекта Федерации по установлению ответственности в данном вопросе, но не проанализировал структуру самой нормы.

Представляет интерес и позиция Верховного Суда РФ относительно наличия бланкетных норм в КоАП РФ. Ограничивая субъекты РФ в установлении административной ответственности путем формирования бланкетных норм, Верховный Суд РФ соглашается, что КоАП РФ содержит многочисленные нормы, в которых использован бланкетный способ правового регулирования. Такая позиция связана с тем, что в федеральном законе содержатся ссылки на нормативные правовые акты, действие которых распространяется на всю территорию РФ, в отличие от муниципальных правовых актов, регулирующих общественные отношения в границах одного конкретного муниципального образования¹³.

Следуя логике Верховного Суда РФ, можно прийти к выводу, что нормы законов об административной ответственности субъектов Федерации не должны содержать отсылок к муниципальным нормативным актам и нормативным актам субъектов Федерации, так как их действие не распространяется на всю территорию РФ, а, следовательно, нарушает принцип равенства лиц, совершивших административные правонарушения, перед законом. Однако само установление субъектами Федерации административной ответственности уже нарушает единство правового статуса лиц на территории РФ, так как субъект РФ в рамках своих полномочий вправе как устанавливать, так и не устанавливать административную ответственность за конкретные

проступки. Кроме того, действие КоАП РФ как закона, упоминаемого в ст. 1.4 КоАП РФ, распространяется на всех лиц, совершивших административные правонарушения, независимо от наличия регионального законодательства об административной ответственности.

Подытоживая приведенные позиции Верховного Суда РФ можно сделать вывод, что норма закона субъекта РФ об административной ответственности, соответствующая принципу правовой определенности, должна отвечать следующим требованиям:

- 1) содержать описание конкретных противоправных действий (бездействий), образующих объективную сторону состава административного правонарушения;
- 2) не допускать отсылку на нормативный правовой акт, регулирующий определенную деятельность, если в самой норме не содержится конкретное противоправное действие (бездействие), образующее объективную сторону состава административного правонарушения;
- 3) не допускать сложный способ отсылки: отсылка к неопределенному кругу нормативных правовых актов.

Данная позиция кажется абсолютно последовательной и логичной, но в ее реализации на практике возникает ряд проблем.

Первой проблемой, с которой сталкивается региональный законодатель, является большое количество нормативных актов, принимаемых как на уровне субъекта Федерации, так и на муниципальном уровне, которые требуют защиты с помощью мер административной ответственности. «Постатейная» защита этих актов невозможна, так как приведет к созданию огромного количества статей об административной ответственности, что, безусловно, затруднит процесс привлечения к административной ответственности лиц, виновных в совершении таких правонарушений.

На данный момент решения данной проблемы нет. Если мы возьмем для примера Кодекс города Москвы об административных правонарушениях от 21.11.2007 № 45¹⁴, то увидим множество норм, не соответствующих требованию правовой определенности. Это ст. 2.2, предусматривающая ответственность за

¹³ См.: определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 23.10.2013 № 53-АПГ13-9 // URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70423618/#ixzz3Thk4fLjd> (дата обращения: 11.01.2017).

¹⁴ URL: <http://docs.cntd.ru/document/3686331> (дата обращения: 11.01.2017).

невыполнение работодателем установленной законодательством города Москвы обязанности по созданию или выделению квотируемых рабочих мест, ст. 2.4, предусматривающая ответственность за нарушение установленных Правительством Москвы норм и правил в сфере опеки и попечительства, ст. 2.11, предусматривающая ответственность за нарушение установленного Правительством Москвы порядка предоставления отдельным категориям жителей города Москвы льгот по оплате ветеринарных услуг. Исходя из позиции Верховного Суда РФ, все указанные нормы могут быть отменены в связи с отсутствием в их диспозиции конкретных противоправных действий (бездействия), образующих объективную сторону состава административного правонарушения.

Вторая проблема практического характера возникает при попытке реализовать полномочие субъекта Федерации, предусмотренное п. 1 ч. 1 ст. 1.3.1 КоАП РФ, по защите законом субъекта Федерации об административной ответственности муниципальных правовых актов.

Муниципальные органы наделены правом принятия нормативных правовых актов. Защита этих актов возложена на субъекты Федерации и должна быть реализована через принятие законов субъектов Федерации об административных правонарушениях. Несмотря на внешнее общее сходство муниципальных правовых актов (правила благоустройства территории, правила содержания домашних животных и др.), содержательно они имеют отличия, отражающие специфику и потребности конкретного муниципального образования. Таким образом, через закон субъекта Федерации об административной ответственности невозможно защитить конкретную норму муниципальных правовых актов, так как в разных муниципальных правовых актах она может иметь разное, иногда противоположное содержание.

Поэтому региональный законодатель вынужден защищать в целом нормативные правовые акты муниципальных органов. Здесь можно привести в пример ст. 4.1 Закона Кировской области от 22.11.2007 № 200-ЗО «Об административной ответственности в Кировской области», устанавливающую ответственность за нарушение правил благоустройства, дей-

ствующих в муниципальном образовании, за исключением случаев, предусмотренных ч. 2 и 3 настоящей статьи¹⁵; ст. 9.3 Областного закона Ростовской области от 08.10.2002 № 273-ЗС «Об административных правонарушениях»¹⁶, предусматривающую ответственность за использование официальных символов муниципального образования в нарушение порядка официального использования, установленного уставом муниципального образования и (или) нормативными правовыми актами представительного органа муниципального образования.

Таким образом, позиция Верховного Суда РФ, высказанная в судебных актах, являясь логичной и оправданной, трудно реализуема на практике.

Кроме того, как видно из практики федерального законодателя, он тоже не видит решения данной проблемы. В качестве примеров можно привести ст. 6.3 и 20.4 КоАП РФ.

Статья 6.3 КоАП РФ «Нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения» предусматривает ответственность за нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения, выразившееся в нарушении действующих санитарных правил и гигиенических нормативов, невыполнении санитарно-гигиенических и противоэпидемических мероприятий. Статья 20.4 «Нарушение требований пожарной безопасности» предусматривает ответственность за нарушение требований пожарной безопасности, за исключением случаев, предусмотренных ст. 8.32, 11.16 настоящего Кодекса и ч. 3—8 настоящей статьи.

Как видно, обе статьи не содержат описание конкретного противоправного действия (бездействия), образующего объективную сторону состава административного правонарушения, а также используют сложный способ отсылки к непродленному кругу федеральных законов и федеральных подзаконных нормативных актов.

Таким образом, можно прийти к выводу, что на данный момент реализация принципа правовой определенности в законотворческой деятельности субъектов РФ при принятии законов об административной ответственности

¹⁵ URL: <http://docs.cntd.ru/document/973018673> (дата обращения: 11.01.2017).

¹⁶ Официальный портал Правительства Ростовской области. URL: <https://www.donland.ru/documents/Ob-administrativnykh-pravonarusheniyakh?pageid=128483&mid=134977&itemId=231> (дата обращения: 11.01.2017).

имеет ряд сложностей. Также не стоит забывать, что даже Европейский Суд по правам человека в своих решениях не абсолютизирует правовую определенность, но указывает, что норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей лицу сообразовать с ней свое поведение: лицо должно иметь возможность, получив при необходимости соответствующую консультацию, предвидеть в разумных пределах и применительно к конкретным обстоятельствам те последствия, которые может повлечь за собой данное поведение. Вместе с тем, по мнению Суда, предвидеть с абсолютной точностью соответствующие последствия не обязательно. Более того, хотя определенность формулировок желательна, необходимо избегать чрезмерной жесткости,

так как право должно обладать способностью следовать за меняющимися обстоятельствами. Поэтому во многих законах, как указывает Суд, используются термины, которые в большей или меньшей мере являются неопределенными, расплывчатыми. Их толкование и применение — задача судебной практики¹⁷.

К решению данной проблемы должны подключиться не только законодатели субъектов Федерации, но и судебные органы, а также федеральный законодатель. Разработка нового КоАП РФ дает уникальную возможность системно изменить подход к административной ответственности. И важную роль в этом должен сыграть именно новый КоАП РФ, в который должны быть заложены векторы развития законодательства субъектов РФ об административных правонарушениях.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Назаренко Т. Н. Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации // Управление судебного департамента по Смоленской области. URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=9 (дата обращения: 11.01.2017).
2. Панкова О. В. Рассмотрение в судах общей юрисдикции дел об административных правонарушениях / под ред. О. А. Егоровой. — М. : Статут, 2014. — 440 с.

Материал поступил в редакцию 23 ноября 2017 г.

COMPLIANCE WITH LEGAL CERTAINTY IN THE LEGISLATION OF CONSTITUENT ENTITIES OF THE RUSSIAN FEDERATION ON ADMINISTRATIVE OFFENSES IN THE DECISIONS OF THE SUPREME COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

RUDENKO Artem Valerievich — PhD in Law, Head of the Department of Administrative and Financial Law of the Crimean Branch of the Russian State University of Justice (RSUJ)
RudenkoCrimea@yandex.ru
295000, Russia, Republic of Crimea, Simferopol, ul. Pavlenko, d. 9

Abstract. *In the article the author pays close attention to the legislation on administrative offenses, since bringing to legal responsibility is always connected with the restriction of the rights and freedoms of persons held liable. Legislation on administrative offenses in the Russian Federation is presented at the level of federal legislation and legislation of the constituent entities of the Russian Federation. Constituent entities of the Russian Federation are authorized to establish administrative responsibility for the violation of regulatory legal acts of constituent entities of the Federation and municipal legal acts. Both the federal and regional legislations are obliged to respect the basic principles of law to full extent. One of fundamental principles is the principle of legal certainty, which has been repeatedly stressed by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Russian Federation. The article analyzes the legal standings of the Supreme Court of the Russian Federation concerning compliance with the principle of legal certainty on behalf of law-makers of the constituent entities of the Russian*

¹⁷ Назаренко Т. Н. Принцип «правовой определенности» и его применение судами общей юрисдикции Российской Федерации // Управление судебного департамента по Смоленской области. URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=9 (дата обращения: 11.01.2017).



Federation when adopting laws on administrative responsibility. Compliance with Recommendations that have been developed will prevent violation of the principle of legal certainty when laws on administrative responsibility are being adopted by the constituent entities of the Russian Federation. Also, the article analyzes the existing regional legislation with regard to its compliance with the requirements of the principle of legal certainty. The vast majority of the laws of constituent entities of the Federation contain norms that do not comply with the principle of legal certainty. At the moment, norms that are similar or even analogous to those that the Supreme Court of the Russian Federation has abolished because they violated the principle of legal certainty continue to operate. At the same time, analyzing the needs and opportunities of the local law-makers in protecting the norms of constituent entities of the Federation and the norms of municipal legal acts, one can come to the conclusion that it is almost impossible to follow the principle of legal certainty in some spheres. First, this is caused by the need to protect municipal legal acts that have a common scope of regulation, but different content. When establishing administrative responsibility the federal law-maker does not ensure the compliance with the principle in question in all cases. Therefore, the problem of observing the principle of legal certainty in establishing administrative responsibility at all levels of legislation requires the development of common approaches. It is necessary to develop new mechanisms of a legislative technique that will allow complying with all the requirements of the principles of law.

Keywords: administrative law, administrative responsibility, legislation of constituent entities of the Federation, regional legislation, lawmaking, legislation on administrative offenses, judiciary, Supreme Court of the Russian Federation, legal standings, principle of law, legal certainty.

REFERENCES

1. Nazarenko T. N. *Printsip «pravovoy opredelennosti» i ego primeneniye sudami obshchey yurisdiktsii Rossiyskoy Federatsii* [The principle of «legal certainty» and its application by the courts of general jurisdiction of the Russian Federation]. Board of the Judicial Department for the Smolensk Region. URL: http://usd.sml.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=9 (accessed: 11.01.2017)
2. Pankova O. V. *Rassmotreniye v sudakh obshchey yurisdiktsii del ob administrativnykh pravonarusheniyyakh* [Consideration of cases concerning administrative offences in the courts of general jurisdiction]. Ed. by O.A. Yegorova. Moscow, Statute Publ., 2014. 440 p.

ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ХОДЕ ВОЗОБНОВЛЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ ПО НОВЫМ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аннотация. В статье анализируются актуальные вопросы исполнения решений Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) при пересмотре уголовных дел по новым обстоятельствам. Приводятся обзор процессуальных моделей данной формы пересмотра окончательных судебных актов в зарубежных правовых системах, а также авторская классификация условий такого пересмотра в уголовном судопроизводстве РФ, выделяющая содержательные и формальные условия отмены или изменения вступивших в законную силу судебных решений. Исследуется феномен правовых позиций ЕСПЧ в качестве особой разновидности новых обстоятельств для пересмотра промежуточных и окончательных судебных решений в российской юрисдикции, на основе анализа практики Верховного Суда РФ выделяются проблемы эффективного исполнения решений ЕСПЧ при пересмотре дел по новым обстоятельствам, включая эффект «нуллификации правовых позиций» ЕСПЧ со стороны российских судебных инстанций. Причина данного явления может заключаться как в отсутствии качественных переводов решений ЕСПЧ, так и в искаженном понимании отечественным правоприменителем сути доктрины «margin of appreciation», предоставляющей ему известную свободу усмотрения при оценке применимых способов исполнения решений ЕСПЧ. Предлагаются изменения закона, направленные на совершенствование процессуальной практики применения решений ЕСПЧ в российском уголовном судопроизводстве, в том числе за счет внедрения положений, создающих правовую основу для участия заинтересованных лиц в процедуре рассмотрения Президиумом Верховного Суда РФ вопроса о необходимости пересмотра приговора.

Ключевые слова: новые обстоятельства, ЕСПЧ, пересмотр, окончательное судебное решение, правовые позиции, нуллификация, справедливое судебное разбирательство, нарушение, уголовное дело, толкование.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018. 139.6.082-091

Вопросы интеграции Российской Федерации в сферу действия универсальных и региональных международных договоров по правам

человека, а также вызванная этим необходимость парадигмальных изменений в правовом регулировании публично-правовых (в том чис-

© Осипов А. Л., 2018

* Осипов Артем Леонидович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
osipov1280@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ле уголовно-процессуальных) отношений отличаются непреходящей актуальностью в связи с тем, что результаты этих процессов определяют уровень реальной защищенности прав и свобод человека в государстве. Заметное влияние на систему уголовно-процессуального регулирования за два прошедших десятилетия оказало присоединение Российской Федерации к европейской системе защиты прав и свобод человека путем ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 (далее — Конвенция) и признания нашей страной *ipso facto* юрисдикции ЕСПЧ по вопросам применения данной Конвенции и Протоколов к ней. Гармонизация внутригосударственных правовых норм с положениями Конвенции не решила, однако, многих ключевых проблем, связанных с определением правового положения личности и гарантий защиты ее законных интересов в публичных видах судопроизводства. В первом приближении причины такого положения вещей связаны с инерцией правоприменения, построенного на преемственности процессуального опыта постсоветской квазисостязательной парадигмы, а также со сложностью восприятия нового для сознания российских правоприменителей феномена прецедентных решений ЕСПЧ. Заметное влияние на эффективность и темпы имплементации правовых позиций ЕСПЧ оказывают контекст внешнеполитической ситуации и связанная с ним напряженность во взаимоотношениях России и Совета Европы, что привело к наделению Конституционного Суда РФ правом признавать отдельные решения ЕСПЧ неисполнимыми в Российской Федерации.

На фоне всего перечисленного попытки отечественного законодателя определить правовой статус постановлений ЕСПЧ в российской правовой системе не были достаточно последовательными как на концептуальном уровне, так и в юридико-технической плоскости. Ситуация осложнялась постоянным и довольно динамичным развитием практики самого ЕСПЧ, который, сохраняя приверженность доктрине «margin of appreciation», развивал потенциал своего эффективного воздействия на страны — нарушительницы Конвенции путем выработки так называемых пилотных решений, обобщения своих правовых позиций в наиболее

устойчивые формы прецедентной практики под названием «WECL», расширял применение усеченных составов своих судебных формаций (от 3 до 1 судьи) в целях ускорения процесса рассмотрения обращений. Эволютивное развитие практики ЕСПЧ потребовало укрепления принципа субсидиарности конвенционной защиты и инициирования процедуры ратификации Протокола № 16 к Конвенции, наиболее заметным новшеством которого является право высших национальных судебных инстанций запрашивать у ЕСПЧ консультативные заключения по вопросам толкования и применения конвенционных норм.

Проблема эффективности диалога между ЕСПЧ и системой российского уголовного судопроизводства стоит достаточно остро для такого сегмента этой системы, как пересмотр окончательных судебных решений по новым обстоятельствам. В российских и зарубежных научных исследованиях отмечается, что такой пересмотр после исчерпания ординарных и некоторых экстраординарных средств правовой защиты выступает одним из наиболее эффективных механизмов, обеспечивающих восстановление прав лиц, пострадавших от государственного произвола (*restitution in integrum*), путем отмены или изменения судебных решений, вынесение которых сопровождалось нарушением положений Конвенции и Протоколов к ней¹.

Вопрос о необходимости и целесообразности пересмотра вступивших в законную силу судебных актов решается здесь на стыке согласования двух форм судебного усмотрения. Речь идет, во-первых, об усмотрении со стороны ЕСПЧ, который определяет тип нарушения Конвенции и Протоколов к ней, а также может рекомендовать пересмотр дела как наиболее подходящую форму восстановления прав заявителя на национальном уровне; во-вторых, об усмотрении Президиума Верховного Суда РФ при интерпретации значения правовых позиций ЕСПЧ, выраженных в конкретном постановлении, и определении причинно-следственной связи между выявленным нарушением конвенционных положений и законностью судебных решений, определивших правовой статус заявителя. Иными словами, национальный судебный орган, следуя концеп-

¹ См.: Апостолова Н. Н. Приемлемость и исполнение решений Европейского Суда по правам человека // Российская юстиция. 2011. № 11. С. 64—67; Leach P. Beyond the bug river — a new dawn for redress before the European Court of Human Rights? // European Human Rights Law Review. 2005. № 2. P. 148—164.

ции «margin of appreciation», обладает определенной свободой усмотрения в истолковании смысла постановления ЕСПЧ, его правовых последствий, а также способов исполнения. Степень свободы подобного истолкования, исходя из практики самого ЕСПЧ, определяется характером и содержанием формулировок того постановления ЕСПЧ, в связи с которым возникает вопрос о возобновлении производства по делу в национальной юрисдикции, а также степенью выраженности европейского консенсуса, достигнутого среди государств Совета Европы по тому или иному вопросу правового регулирования.

Для разрешения вопроса о необходимости возобновления производства и пересмотра решений по уголовным делам в связи с данной категорией новых обстоятельств в законодательстве большинства европейских государств используется сходная в своих общих чертах правовая конструкция. Основу этой конструкции составляет допущение, что не любое, а лишь наиболее существенное нарушение процедуры судопроизводства или законных интересов его участника может находиться в причинно-следственной связи с качеством итогового процессуального решения по существу уголовного дела. Точка зрения самого ЕСПЧ по этим вопросам с наибольшей полнотой раскрыта в тексте постановления Большой Палаты по делу «Moreira Ferreira против Португалии (no. 2)» от 11.07.2017. Предыстория дела заключалась в осуждении заявителя национальным судом Португалии за угрозу применения насилия в ходе уличной драки. Несмотря на поданное заявителем ходатайство о своем личном участии в апелляционном пересмотре дела, суд второй инстанции провел слушания в отсутствие заявителя и отклонил все его доводы о несогласии с приговором. Заявитель обратился в ЕСПЧ с жалобой на нарушение его прав, предусмотренных п. 1 ст. 6 Конвенции, связанных с эффективным участием в судебном разбирательстве. ЕСПЧ, удовлетворяя жалобу заявителя, указал, что помимо выплаты справедливой компенсации наилучшим способом восстановления прав заявителя является пересмотр национального судебного решения. Вместе с тем Верховный Суд Португалии отклонил ходатайство о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов.

В основу своей позиции о недопустимости такого пересмотра Верховный Суд Португалии, сославшись на положения Рекомендации Коми-

тета Министров Совета Европы № R (2000) 2, указал на то, что пересмотр окончательных судебных решений возможен либо в ситуации, когда ЕСПЧ прямо указал в своем постановлении, что решение национального суда противоречит Конвенции, либо когда национальные суды допустили настолько серьезные нарушения процедуры судопроизводства, которые ставят под сомнение законность вынесенного решения. По мнению Верховного Суда Португалии, в данном деле денежная компенсация явилась адекватным средством восстановления прав заявителя, тогда как ничто из решения ЕСПЧ не указывало на несправедливый характер итогового решения по делу. В такой ситуации заявитель подал новую жалобу в ЕСПЧ на нарушение ее прав по ст. 6 Конвенции в связи с решением Верховного Суда Португалии, который отказал в пересмотре итогового решения по его делу, дав свою ограничительную интерпретацию правовых последствий решения ЕСПЧ.

В постановлении Большой Палаты по результатам рассмотрения данной жалобы отмечено, что Конвенция не гарантирует права на пересмотр национальных судебных решений, оставляя вопрос о способах исполнения постановления ЕСПЧ в пределах усмотрения национальных властей, решение которых должно отвечать стандарту мотивированности. Наличие в тексте решения ЕСПЧ указания на то, что пересмотр окончательного судебного решения, вынесенного в национальной юрисдикции, является «в принципе наилучшим способом исправления допущенного нарушения», не означает, что пересмотр является единственным и строго необходимым способом исправления такого нарушения. Высшие национальные суды обладают известной свободой интерпретации выводов ЕСПЧ в части оценки наличия причинно-следственной связи между выявленным нарушением и законностью оспариваемого национального судебного акта.

В своем особом мнении к данному постановлению Большой Палаты судья ЕСПЧ от Португалии Пинто де Альбукерке приводит краткую хронологию развития правовых позиций ЕСПЧ относительно «условия о пересмотре» («retrial clause») как средства восстановления интересов заявителя. Отмечается, что впервые данное условие реализации постановлений ЕСПЧ сформировалось в контексте рассмотрения дел о нарушении принципа беспристрастности судами национальной безопасности в Турции. На фоне этих дел условие об импе-

ративности пересмотра дела в национальной юрисдикции получило название «Gençel clause». Сходный подход был применен при рассмотрении дела против Италии («Somogyi v. Italy», no. 67972/01), в котором нарушение ст. 6 Конвенции состояло в нарушении права подсудимого участвовать в судебном заседании.

В постановлении Большой Палаты по делу «Öçalan против Турции» от 12.05.2005 ЕСПЧ резюмировал накопившиеся на тот момент правовые позиции по вопросу о пересмотре дела в национальной юрисдикции, отметив, что такой пересмотр является в принципе наилучшим способом исполнения постановления ЕСПЧ в ситуации, связанной с нарушением принципа независимости и беспристрастности суда. При этом ЕСПЧ дополнил свой подход тем, что применение конкретных мер по исполнению решения суда должно определяться обстоятельствами конкретного дела и соответствовать выводам решения ЕСПЧ. В ходе дальнейшего развития практики ЕСПЧ «условие о пересмотре» стало включаться ЕСПЧ в решения, констатирующие нарушение отдельных аспектов ст. 6 Конвенции: право подсудимого участвовать в судебном заседании, право допрашивать свидетелей, показывающих против подсудимого, по делам о полицейской провокации, в случае нарушения права подсудимого иметь достаточные время и возможности для подготовки своей защиты и т.д.

В своем особом мнении по делу «Moreira Ferreira против Португалии (no. 2)» от 11.07.2017 судья Пинто де Альбукерке рассуждает о том, что чересчур строгий подход к вопросу о критериях для пересмотра национальных судебных решений в связи с постановлением ЕСПЧ противоречит нормам международного права и самой логике экстраординарных производств. В частности, речь идет о таком критерии для пересмотра решений, как являющийся характер неблагоприятных последствий, которые заявитель должен испытывать на момент рассмотрения дела в ЕСПЧ и на последующих этапах, вплоть до разрешения вопроса о пересмотре дела в национальной юрисдикции. Судья отмечает, что во многих европейских государствах возбуждение экстраординарной процедуры пересмотра окончательных судебных решений допустимо даже после отбытия осужденным наказания или его смерти, что

выходит за пределы действия критерия «длящегося характера нарушения». По пути закрепления длящегося характера нарушения как одного из обязательных критериев пересмотра дела по новым обстоятельствам пошли такие страны, как Россия, Бельгия, Франция, Румыния, Сан Марино, Словакия, Испания, Швеция. Другие страны воплотили иной подход, при котором пересмотр дела вне зависимости от длящегося характера последствий нарушения Конвенции может быть обусловлен тем, что судебное решение основано на допущенном нарушении (Босния и Герцеговина, Германия, Черногория), либо лишь предположении, что повторное рассмотрение дела может привести к иному результату (Норвегия).

После отказа одного из региональных судов ФРГ пересматривать уголовное дело в связи с вынесением постановления ЕСПЧ по делу «Görgülü против Германии» от 26.05.2004 Федеральный конституционный суд ФРГ вынес решение, в котором подчеркнул необходимость учета решений ЕСПЧ в случае, когда они требуют пересмотра национальных судебных решений².

В итоге постановлением Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Moreira Ferreira против Португалии (no. 2)» отказано в удовлетворении жалобы заявителя на несправедливость процедуры рассмотрения вопроса о пересмотре национальных судебных решений, однако вопрос о пределах свободы истолкования национальными судами правовых последствий решения ЕСПЧ в контексте «условия о пересмотре» остается остро дискуссионным.

Очевидно, что национальный суд в такой ситуации не вправе изменять содержание выводов решения ЕСПЧ, искажая их буквальную формулировку, а также должен приводить достаточные аргументы в пользу недопустимости пересмотра решений в ситуации, когда ЕСПЧ признал такой пересмотр наилучшим способом восстановления прав заявителя.

Рассмотрим особенности и проблемные аспекты функционирования российской модели пересмотра окончательных судебных решений по уголовным делам после вступления в силу связанных с ними постановлений ЕСПЧ, констатирующих нарушение прав заявителя. Согласно ч. 4 ст. 413 УПК РФ такие нарушения отнесены к категории новых обстоятельств,

² Bundesverfassungsgericht, Case 2 BvR 1481/04, decision of 14 Oct. 2004 (C.II.2), para. 67 // URL: www.bundesverfassungsgericht.de.

представляющих собой разновидность судебной ошибки в применении права, которая может состоять как в применении национального закона, противоречащего нормам Конвенции, так и в любом ином нарушении конвенционных прав заинтересованного лица. Являясь правовой конструкцией *sui generis*, данная разновидность юридических фактов не вполне соответствует дефиниции «новых обстоятельств», под которыми в п. 2 ч. 2 ст. 413 УПК РФ понимаются обстоятельства, не известные суду на момент вынесения решения, исключающие преступность и наказуемость деяния³. Согласно известному правовому принципу «*iura novit curia*» (суд знает право) ошибка в применении конвенционных норм не может объясняться неведением суда, призванного, согласно принципу субсидиарности международно-правовой защиты, своевременно применить конвенционную норму в национальной судебной практике. Справедливости ради надо все-таки заметить, что подобный аргумент о неведении национального суда может быть уместен в ситуации неожиданного изменения подходов ЕСПЧ к оценке той или иной ситуации в контексте его эволютивной практики, к чему может быть не готов национальный правоприменитель. Одной из причин непредсказуемости таких изменений может стать смещение акцентов в европейском консенсусе по тому или иному вопросу (когда количественные изменения в законодательствах стран — участниц Конвенции приводят к качественно новому стандарту правового регулирования некоторых отношений, что учитывается ЕСПЧ).

Концептуальные основы данного способа исполнения решений ЕСПЧ определены в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 21, которое содержит положение о том, что правовые позиции ЕСПЧ, содержащиеся в его окончательных постановлениях в отношении России, являются обязательными для судов. Применительно к вопросу о степени обязательности пересмотра национальных судебных решений в связи с констатацией

ЕСПЧ нарушения российскими властями конвенционных норм строгость отмеченного положения несколько ослаблена за счет закрепления системы условий, допускающих такой пересмотр: 1) если заявитель продолжает испытывать неблагоприятные последствия спорного судебного акта (*критерий темпоральности*); 2) если предоставленные заявителю иные средства восстановления его прав, не связанные с пересмотром национальных судебных решений (в том числе выплаченная ему на основании постановления ЕСПЧ справедливая компенсация), не обеспечивают восстановления его прав и свобод (*критерий исключительности*).

Наряду с отмеченными условиями Пленум Верховного Суда РФ рекомендует осуществлять пересмотр вступивших в силу национальных судебных актов при наличии хотя бы одного из двух обязательных последствий нарушения конвенционных прав заявителя: 1) решение российского суда противоречит Конвенции по существу (*критерий существенности*); 2) нарушение носит процессуальный характер и ставит под сомнение результаты рассмотрения дела (*критерий каузальности*).

Данные критерии пересмотра окончательных судебных решений в российской юрисдикции можно назвать содержательными. К формальным же критериям пересмотра окончательных судебных актов можно отнести:

- вступление в силу постановления ЕСПЧ в отношении России, констатирующего нарушение прав заявителя, допущенного в ходе уголовного судопроизводства;
- отсутствие сведений об инициировании управомоченными субъектами процедуры признания Конституционным Судом РФ постановления ЕСПЧ, в связи с которым поднимается вопрос о возобновлении производства по делу, неисполнимым⁴;
- внесение Председателем Верховного Суда РФ, согласно ч. 5 ст. 415 УПК РФ, представления в Президиум Верховного Суда РФ на предмет возобновления производства

³ См. подробнее: *Воскобитова М. Р.* Restitutio in integrum : препятствия на пути у заявителя, выигравшего в Европейском Суде по правам человека // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2015. № 5. С. 143—145; *Михеенкова М. А.* Актуальные проблемы пересмотра судебных постановлений по уголовным делам по новым или вновь открывшимся обстоятельствам в свете расширения круга его оснований // Закон. 2015. № 11. С. 148—156.

⁴ См. подробнее: *Лихачев М. А.* Место решений Европейского Суда по правам человека в контексте постановлений Конституционного Суда РФ 2013 и 2015 гг. и последующих законодательных изменений // Российский юридический журнал. 2016. № 2. С. 46—58.

по уголовному делу в связи с вынесением ЕСПЧ соответствующего постановления.

Как показывают результаты анализа российской судебной практики за несколько последних лет наибольшей дискуссионностью отличается применение Президиумом Верховного Суда РФ именно содержательных критериев допустимости пересмотра судебных решений. Наиболее строгим представляется применение критерия степени влияния выявленного ЕСПЧ нарушения на законность обвинительного приговора суда (*критерий каузальности*). Очевидно, что такое положение дел объясняется как сдерживающим действием принципа *res judicata*, так и самой природой итогового процессуального решения по делу, которое является кумулятивным результатом всей совокупности промежуточных судебных действий и решений суда разной степени значимости, из которых последующие могут нейтрализовать значение предыдущих (например, неправомерное удаление подсудимого из зала суда может быть нейтрализовано путем возобновления его личного участия в процессе с предоставлением возможности повторного исследования представленных в его отсутствие доказательств). В отношении промежуточных судебных решений критерий содержательной связи применяется более предсказуемо. Так, абсолютное большинство судебных решений о продлении сроков содержания под стражей отменяется Президиумом Верховного Суда РФ после возобновления производства по делу на основании постановлений ЕСПЧ, констатирующих нарушение п. 3, 4 ст. 5 Конвенции, содержащей гарантии против произвольного и необоснованно длительного предварительного содержания под стражей⁵.

Оправдать необходимость пересмотра итогового судебного решения может только вывод

ЕСПЧ о нарушении требований ст. 6 Конвенции, закрепляющей требования справедливости судебного разбирательства. Согласно методологии рассмотрения жалоб самим ЕСПЧ обнаруженные им факты отдельных нарушений конвенционных прав заявителя проходят тест на соответствие требованию «overall fairness of a trial», т.е. общей справедливости судебного разбирательства, включающей компенсаторный эффект апелляционной процедуры.

Лишь при условии признания того, что все доступные средства правовой защиты оказались неэффективны и нарушение детерминировало значимые выводы суда в окончательном решении, ЕСПЧ признает общую справедливость судебного разбирательства нарушенной и зачастую рекомендует национальному правоприменителю пересмотреть дело повторно⁶. Как отмечалось выше, значение данных выводов ЕСПЧ отнюдь не предопределяет пересмотр дела, сохраняя за Президиумом Верховного Суда РФ определенную дискрецию в оценке актуального положения заявителя, а также справедливости ранее принятого в отношении него итогового решения.

Анализ российской судебной практики позволяет выделить категории дел, по которым данный критерий применяется более предсказуемо и, как правило, влечет за собой отмену вступившего в силу приговора с направлением дела на пересмотр. Речь идет о следующих типах процедурных нарушений: необеспечение присутствия заявителя в суде первой и (или) второй инстанции⁷; осуждение за преступление, спровоцированное сотрудниками полиции⁸; вынесение приговора незаконным составом суда⁹; обоснование приговора показаниями и заявлениями подозреваемого, данными в отсутствие защитника¹⁰; обоснование

⁵ Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 31.01.2018 № 273П17 ; от 31.01.2018 № 272П17 ; от 31.01.2018 № 263П17 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ В российской судебной практике встречаются случаи отказа в пересмотре дела по новым обстоятельствам со ссылками на то, что вопреки отдельным нарушениям общая справедливость разбирательства дела по оценкам самого ЕСПЧ нарушена не была. См., например: постановление Президиума Верховного Суда РФ от 23.01.2014 № 310-П13 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 06.09.2017 № 112П17 ; от 26.12.2012 № 183-П12 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 31.05.2017 ; от 26.04.2017 № 59П17 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 12.04.2017 № 18-П17 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 19.10.2016 № 88-П16 ; от 13.04.2016 № 23-П16 // СПС «КонсультантПлюс».

приговора оглашенными показаниями неявившихся в суд свидетелей обвинения¹¹.

В других делах Президиум Верховного Суда РФ, воспроизводя формулировку постановления ЕСПЧ в части описания допущенного нарушения, приходит к выводу об отсутствии оснований для отмены приговора из-за несущественности нарушения. Например, это касается дел, связанных с нарушением разумного срока уголовного судопроизводства¹².

Наконец, существует третья категория дел, при рассмотрении которых Президиум Верховного Суда РФ допускает перефразировку правовых позиций ЕСПЧ, во многом нуллифицируя их содержание и праввосстановительный эффект. Такова судьба постановления ЕСПЧ по делу «Турьев (Turjev) против Российской Федерации» от 11.10.2016. В тексте указанного постановления ЕСПЧ отметил, что комментарии прокурора в СМИ по поводу виновности заявителя нарушили право последнего на презумпцию невиновности, так как эти комментарии предрешили оценку фактов компетентным судебным органом в приговоре. Рассматривая вопрос о возобновлении производства по данному делу, Президиум Верховного Суда РФ указал, что соответствующее суждение прокурора в СМИ «не может рассцениваться в качестве обстоятельства, повлиявшего на объективность и беспристрастность суда при оценке доказательств»¹³. Здесь можно понять и логику решения ЕСПЧ, основанную на принципе эффективности конвенционной защиты, и подход Верховного Суда РФ, основанный на принципе *res judicata* и каузальном критерии причинно-следственной связи между конвенционным нарушением и весомостью его последствий (иначе любое высказывание прокурора в СМИ о виновности обвиняемого будет априори приводить к недействительности предстоящего судебного разбирательства). Тем не менее едва ли можно признать удовлетворительным такое положение, при котором Верховному Суду РФ приходится искажать текстуальное содержание правовых позиций ЕСПЧ. В практике встречаются и более серьез-

ные примеры нуллификации правовых позиций ЕСПЧ.

Рассматривая необходимость пересмотра приговора после вынесения ЕСПЧ постановления по делу «Пичугин против России» от 23.10.2012, Верховный Суд РФ отметил, что выявленные нарушения прав заявителя по ст. 6 Конвенции «не являются существенными и не привели к тому, что приговор и кассационное определение утратили свойства законности, обоснованности и мотивированности». Более того, Президиум Верховного Суда РФ в противоречие с выводами ЕСПЧ отметил, что показания ключевого свидетеля в той части, в которой его допрос был ограничен для стороны защиты, не имели отношения к обстоятельствам, подлежащим доказыванию, либо не соответствовали особенностям производства в суде с участием присяжных заседателей¹⁴. В этом месте Верховный Суд РФ утвердил примат своей трактовки особенностей национальной судебной процедуры над оценкой этих особенностей со стороны ЕСПЧ, чем нуллифицировал его правовую позицию, которая предполагала среди прочего необходимость восстановления права осужденного на допрос показывающего против него ключевого свидетеля обвинения по тем фактам, которые признаны ЕСПЧ относимыми к предмету судебного разбирательства (вопросы о причинах изменения свидетелем своих показаний и о фактах привлечения свидетеля к уголовной ответственности).

Похожий пример нуллификации представляет собой постановление Президиума Верховного Суда РФ, в котором после цитирования постановления ЕСПЧ в части ссылок на решающее значение показаний свидетеля, которого подсудимый не имел возможности допросить, высшая российская судебная инстанция приходит к собственному выводу о том, что приговор суда не был основан на показаниях данного свидетеля, что свидетельствует о его законности¹⁵.

Нельзя признать состоятельной и попытку исполнить постановление ЕСПЧ по делу «Артемов (Artemov) против России» от 03.04.2014, в рамках которого ЕСПЧ пришел к выводу

¹¹ Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 30.03.2011 № 373-П10 ; от 02.04.2014 № 9-П14 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Постановления Президиума Верховного Суда РФ от 01.11.2017 № 185П17 ; от 14.12.2016 № 166-П1 // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 17.05.2017 № 71П17 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 23.10.2013 № 141-П13С // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 20.01.2010 № 255-П09 // СПС «КонсультантПлюс».

о нарушении права осужденного на гласность судопроизводства. Согласно выводам ЕСПЧ ограничение присутствия публики в судебном процессе было мотивировано непроверенными доводами прокурора об угрозах в адрес потерпевшего, что свидетельствует о его произвольности. В противоречие с выводами ЕСПЧ Президиум Верховного Суда РФ в своем постановлении отметил, что рассмотрение уголовного дела в закрытом судебном заседании с целью обеспечения безопасности участников судопроизводства не нарушило справедливый баланс между интересами заявителя и необходимостью обеспечения надлежащего отправления правосудия. Выявленное ЕСПЧ нарушение ст. 6 Конвенции, по мнению Верховного Суда РФ, не является существенным и не влияет на законность приговора¹⁶.

Эти и другие примеры свидетельствуют о том, что пространство для нуллификации правовых позиций ЕСПЧ возникает благодаря своеобразному «зазору» между компетенциями Верховного Суда РФ и ЕСПЧ. Последний, следуя логике конвенционного права, может сделать вывод лишь о том, что определенное нарушение положений Конвенции и Протоколов к ней привело к нарушению общей справедливости судебного разбирательства, не вдаваясь в оценку законности принятого по итогам такого разбирательства судебного решения. Верховный Суд РФ, заимствуя выводы ЕСПЧ относительно общей справедливости судебного разбирательства, сохраняет за собой монопольное право оценки правосудности вступившего в силу приговора. Как следует из упомянутого постановления по делу «Moreira Ferreira против Португалии (по. 2)» от 11.07.2017, национальные суды действительно вправе давать свою оценку правовым последствиям выявленных ЕСПЧ нарушений. Вместе с тем очевидно, что пределы национального судейского усмотрения при этом не распространяются столь далеко, чтобы исказить сами выводы ЕСПЧ, например, определяя значение решающих показаний свидетеля как показаний, на которых не основан приговор.

Причины описанного феномена нуллификации правовых позиций ЕСПЧ могут заключаться как в отсутствии качественных переводов решений ЕСПЧ на русский язык, так и в искаженном понимании отечественным правоприменителем сути доктрины «margin of

appreciation», предоставляющей ему известную свободу усмотрения при оценке применимых способов исполнения решений ЕСПЧ.

Обозначенные проблемы и риски позволяют выдвинуть несколько предложений, которые могли бы улучшить имплементационный климат для решений ЕСПЧ. Прежде всего следует внести изменения в законодательную регламентацию порядка рассмотрения Президиумом Верховного Суда РФ представлений о возобновлении производства по уголовному делу в связи с вынесением постановления ЕСПЧ, сделав эту процедуру состязательной. Важно обеспечить осужденному и его представителю возможность изложить свою позицию по вопросу интерпретации правовых последствий решения ЕСПЧ. Оптимальным было бы дополнение ч. 3 ст. 417 УПК РФ положением о том, что в порядке, предусмотренном 401.13 УПК РФ, рассматривается не только соответствующее заключение прокурора, но и представление Председателя Верховного Суда РФ, поданное им в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 415 УПК РФ. Важно, чтобы заинтересованные в пересмотре дела участники высказали свое мнение, убедились в адекватности перевода постановления ЕСПЧ, которым оперирует суд, довели до сведения суда информацию о своем текущем правовом статусе.

Также можно предложить отказаться от такого критерия для пересмотра судебных решений по новым обстоятельствам как длящийся характер негативных последствий от нарушений конвенционных прав осужденного. Как показал анализ практики, данный критерий практически не применяется Верховным Судом РФ, но сохраняет характер потенциальной препоны для исполнения постановлений ЕСПЧ. Остающихся трех содержательных критериев для пересмотра окончательных судебных решений вполне достаточно для обеспечения согласованного действия принципов уважения прав человека и *res judicata*.

Кроме того, на уровне разъяснений Пленума Верховного Суда РФ было бы правильно привести какие-то примеры тех ситуаций, когда пересмотр судебного решения по указанной категории новых обстоятельств является условием *sine qua non* обеспечения его правосудности (осуждение в результате полицейской провокации, а также при нарушении принципов беспристрастности и законного состава суда и т.п.).

¹⁶ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 24.12.2014 № 165-П14 // СПС «КонсультантПлюс».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Апостолова Н. Н. Приемлемость и исполнение решений Европейского Суда по правам человека // Российская юстиция. — 2011. — № 11. — С. 64—67.
2. Воскобитова М. Р. Restitutio in integrum: препятствия на пути у заявителя, выигравшего в Европейском Суде по правам человека // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. — 2015. — № 5. — С. 143—145.
3. Лихачев М. А. Место решений Европейского Суда по правам человека в контексте постановлений Конституционного Суда РФ 2013 и 2015 гг. и последующих законодательных изменений // Российский юридический журнал. — 2016. — № 2. — С. 46 — 58.
4. Михеенкова М. А. Актуальные проблемы пересмотра судебных постановлений по уголовным делам по новым или вновь открывшимся обстоятельствам в свете расширения круга его оснований // Закон. — 2015. — № 11. — С. 148—156.
5. Leach P. Beyond the bug river — a new dawn for redress before the European Court of Human Rights? // European Human Rights Law Abstract. — 2005. — № 2. — P. 148—164.

Материал поступил в редакцию 21 марта 2018 г.

DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE COURSE OF RESUMPTION OF CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER NEW CIRCUMSTANCES: ENFORCEMENT MATTER

OSIPOV Artyom Leonidovich — PhD in Law, Associate Professor at the Department of Criminal Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
osipov1280@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article examines topical issues of execution of decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) in reviewing criminal cases under new circumstances. The author provides an overview of the procedural models of the given form of the final revision of judicial acts in foreign legal systems, as well as the author's classification of the terms of such a revision in the criminal procedure in the Russian Federation, highlighting the substantive and formal conditions of cancellation or modification of enforceable judicial decisions. The article examines the phenomenon of ECtHR legal positions as a special kind of new circumstances for revising the interim and final judicial decisions in the Russian jurisdiction. Based on the analysis of practice of the Supreme Court of the Russian Federation the author highlights the problem of effective implementation of ECtHR decisions in the review of cases under new circumstances, including the effect of "nullification of the legal position" of the ECtHR by the Russian courts. The reason for this phenomenon may lie in the lack of quality translations of ECtHR decisions, and a distorted understanding by the domestic enforcers of the essence of the "margin of appreciation" doctrine that allows them a certain freedom of discretion in the assessment of applicable methods of ECtHR decisions implementation. The author proposes changes into the law to improve procedural practice of the ECtHR decisions in the Russian criminal proceedings, including through introduction of provisions that provide the legal basis for stakeholder participation in the review procedure of the question on the necessity of the resentence by the Presidium of the Supreme Court.*

Keywords: *new circumstances, ECtHR, revision, final judicial decision, legal positions, nullification, fair trial, violation, criminal case, interpretation.*



REFERENCES

1. Apostolova N.N. *Priemlemost i ispolnenie resheniy evropeyskogo suda po pravam cheloveka* [Acceptability and implementation of the decisions of the European Court of Human Rights]. *Rossiyskaya Yustitsiya* [Russian Justitia]. 2011. No.11. Pp. 64—67.
2. Voskobitova M.R. *Restitutio in integrum: prepyatstviya na puti u zayavitelya vyigravshego v evropeyskom sude po pravam cheloveka* [Restitutio in integrum: obstacles to the applicant winning in the European Court of Human Rights]. *Byulleten evropeyskogo suda po pravam cheloveka. rossiyskoe izdanie* [Bulletin of the European court of human rights. Russian edition]. 2015. No. 5. Pp. 143 - 145.
3. Likhachev M.A. *Mesto resheniy evropeyskogo suda po pravam cheloveka v kontekste postanovleniy konstitutsionnogo suda RF 2013 i 2015 gg. i posleduyushchikh zakonodatelnykh izmeneniy* [The place of the decisions of the European Court of Human Rights in the context of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation of 2013 and 2015 and subsequent legislative changes]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Russian Juridical Journal]. 2016. No. 2. Pp. 46 - 58.
4. Mikheenkova M.A. *Aktualnye problemy peresmotra sudebnykh postanovleniy po ugovolnym delam po novym ili vnov otkryvshimsya obstoyatelstvam v svete rasshireniya kruga ego osnovaniy* [Topical problems of the revision of judicial decisions in criminal cases due to new or newly discovered circumstances in light of widening its basis]. *Zakon* [Law]. 2015. No. 11. Pp. 148—156.
5. Philip Leach. "Beyond the bug river – a new dawn for redress before the European Court of Human Rights?" *European Human Rights Law Review*. 2005. No. 2. Pp. 148—164.

УНИВЕРСАЛЬНАЯ ЮРИСДИКЦИЯ: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ И ПРОБЛЕМЫ УСТАНОВЛЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ТЕРРОРИСТИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

Аннотация. *Возрастающая угроза терроризма в современном мире заставляет мировое сообщество совершенствовать правовые основы борьбы с ним, в частности посредством расширения правовых возможностей государств по установлению уголовной юрисдикции в отношении лиц, причастных к совершению соответствующих преступлений. Статья посвящена анализу установления универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности сквозь призму выявления и исследования правовых оснований и правовой природы такой юрисдикции, а также условий правомерности ее установления. Результатом исследования становятся следующие выводы. Во-первых, принцип универсальной юрисдикции, будучи направленным на предотвращение безнаказанности, занимает в системе принципов установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции особое место, обусловленное субсидиарным характером универсальной юрисдикции. Во-вторых, установление универсальной юрисдикции в тех случаях, когда обязательство государства осуществить судебное преследование закреплено в международном обычном или договорном праве, является, с учетом ее субсидиарной природы, именно обязанностью, а не просто правом государства такую юрисдикцию установить. В-третьих, наиболее оправданным в настоящее время выглядит такой подход к определению правовой природы универсальной уголовной юрисдикции, как признание ее условного или ограниченного характера, поскольку выработка и закрепление в международном праве условий установления универсальной уголовной юрисдикции может способствовать нахождению должного баланса соответствующих интересов международного сообщества и снижению политической напряженности при применении принципа универсальной юрисдикции. В работе также обосновывается тезис о применимости принципа универсальной юрисдикции к установлению уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности.*

Ключевые слова: *международное право, международное уголовное право, борьба с терроризмом, юрисдикция государства, экстратерриториальная юрисдикция, универсальная юрисдикция, международные преступления, преступления террористической направленности, aut dedere aut judicare, принцип субсидиарности.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.092-105

© Липкина Н. Н., 2018

* Липкина Надежда Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Саратовской государственной юридической академии
k_intlaw@ssla.ru
410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1

ВВЕДЕНИЕ

Принцип универсальной юрисдикции не является новым для международного права, вместе с тем в последнее время в условиях роста международной преступности и возрастания угрозы терроризма и иных транснациональных преступлений он получает новое звучание, а правовые основы его применения — дальнейшее развитие. Важнейшей площадкой для межгосударственного диалога по вопросам, касающимся правовых оснований и условий осуществления государством универсальной юрисдикции, выступает Секретариат ООН, результаты работы которого по обобщению комментариев и замечаний правительств по теме «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» нашли отражение уже в восьми докладах Генерального секретаря ООН Генеральной Ассамблее ООН. Анализ их положений свидетельствует о сохраняющемся отсутствии консенсуса относительно содержания и условий применения принципа универсальной юрисдикции. Представляемые правительствами и обобщаемые Секретариатом ООН материалы позволяют сформировать лишь фрагментарное представление о концепции универсальной юрисдикции. Разброс позиций государств относительно универсальной юрисдикции варьируется от заявлений об отсутствии в международных договорах или внутригосударственном праве данного государства правовых оснований для установления универсальной уголовной юрисдикции¹, до признания универсальной юрисдикции по самому широкому кругу деяний, включая общеуголовные преступления². Вместе с тем, как представляется, возможность установления универсальной уголовной юрисдикции в отношении отдельных категорий преступлений, включая преступления террористической направленности, способно оказаться эффективным средством противодействия им, а также инструментом предупреждения безнаказанности за их совершение, что особенно актуально в условиях активизации усилий международного сообщества по борьбе с ними.

Целью настоящей статьи является анализ проблемы установления универсальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности сквозь призму выявления и исследования правовых оснований и правовой природы такой юрисдикции, а также условий правомерности ее установления. Для достижения данной цели представляется необходимым, во-первых, исследовать место принципа универсальной юрисдикции в системе принципов установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции; во-вторых, выявить и рассмотреть основные аспекты правовой природы универсальной уголовной юрисдикции в современном международном праве, проанализировав основные спорные моменты проводимых в рамках международных органов и в науке международного права дискуссий по данному вопросу; в-третьих, оценить применимость принципа универсальной юрисдикции к установлению уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности.

МЕСТО ПРИНЦИПА УНИВЕРСАЛЬНОЙ ЮРИДИКЦИИ В СИСТЕМЕ ПРИНЦИПОВ УСТАНОВЛЕНИЯ ЭКСТРАТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИДИКЦИИ

Как отмечают специалисты, экстратерриториальная юрисдикция предполагает возможность осуществления юрисдикции государством за пределами его территории³. Четыре из пяти основных принципов установления уголовной юрисдикции, то есть все, кроме территориального принципа, можно отнести к принципам установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции:

- а) принцип активного гражданства, который предполагает, что государство осуществляет уголовную юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных гражданином данного государства за рубежом;

¹ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2013 г. § 17 // URL: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/68/113&Lang=R> (дата обращения: 10.02.2018).

² См.: Universal Jurisdiction: a Preliminary Survey of Legislation around the World — 2012. Update // Official Site of International Amnesty. URL: <https://www.amnesty.org/download/Documents/24000/ior530192012en.pdf> (дата обращения: 10.02.2018).

³ См., например: Каюмова А. Р. Уголовная юрисдикция в международном праве : монография. Казань : Центр инновационных технологий, 2016. С. 123—124.

- б) принцип пассивного гражданства, согласно которому государство распространяет свою уголовную юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за рубежом и направленных против граждан данного государства;
- в) принцип защиты, позволяющий государству устанавливать уголовную юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных за рубежом и направленных против интересов данного государства;
- г) принцип универсальной юрисдикции⁴, применяемый для установления уголовной юрисдикции в отношении отдельных преступлений независимо от места их совершения, а также гражданства преступников и их жертв⁵.

Применимость трех первых принципов при установлении уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности в настоящее время сомнений не вызывает.

Так, принцип активного гражданства широко признается и используется как во внутригосударственной практике, так и в международном праве для целей установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции в отношении данной категории преступлений. При этом ряд международных конвенций о борьбе с терроризмом наряду с принципом гражданства содержат положение о праве государства установить свою уголовную юрисдикцию также в отношении преступлений, совершенных за рубежом лицом без гражданства, которое постоянно проживает в данном государстве⁶.

Угроза международного терроризма, возрастающая с годами, делает неизбежным использование при установлении уголовной юрисдикции государства в отношении данной категории преступлений также принципов

пассивного гражданства и защиты в качестве одного из непреложных условий эффективной борьбы международного сообщества с ними. Даже государства, изначально выступающие резко против применения принципа пассивного гражданства, в последнее время широко используют его для целей установления уголовной юрисдикции в отношении актов терроризма, совершенных за рубежом против их граждан. Например, принцип пассивного гражданства не всегда признавался в США, более того, США выступали категорически против его применения вплоть до принятия в 1986 г. закона о всеобъемлющей дипломатической безопасности и антитерроризме, в котором и нашли отражение оба указанных принципа, а также принцип универсальной юрисдикции⁷. Применение принципа пассивного гражданства при установлении экстратерриториальной уголовной юрисдикции в отношении актов терроризма прямо предусмотрено в ряде международных договоров, например в Международной конвенции о борьбе с захватом заложников 1979 г., Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г., Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г., Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г. и др.

В свою очередь, применимость принципа защиты для установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности обусловлена необходимостью защиты интересов государства, которые могут выступать объектом посягательства при совершении указанной группы преступлений.

Безусловно, одним из наиболее значимых объектов посягательства, которые сами по

⁴ Следует отметить, что вопрос о соотношении понятий «экстратерриториальная юрисдикция» и «универсальная юрисдикция» в науке международного права является спорным. В настоящей работе мы не ставим цель поиска ответа на вопрос об их соотношении.

⁵ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2010 г. § 12 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/54/PDF/N1046754.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

⁶ См., например: Конвенция о борьбе с незаконными актами в отношении международной гражданской авиации 2010 г., Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства, 1988 г., Международная конвенция о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г.

⁷ См.: *Dannelly P. L. Extraterritorial Jurisdiction Over Acts of Terrorism Committed Abroad Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986* // *Cornell L. Rev.* 1987. Is. 3. Vol. 72. P. 599—619; *Raimo T. Winning at the Expense of Law: The Ramifications of Expanding Counter-terrorism Law Enforcement Jurisdiction Overseas* // *American University International Law Review.* 1999. Vol. 14. № 5. P. 1491.

себе могут выступать в качестве достаточно-го основания для установления государством в отношении соответствующего преступления экстратерриториальной уголовной юрисдикции в силу принципа защиты, является государственный суверенитет. В соответствующих международных договорах по борьбе с терроризмом данное основание зачастую прямо прописывается отдельным пунктом. Например, п. d ч. 2 ст. 9 Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г. предусматривает, что государство-участник может установить свою юрисдикцию в отношении любого преступления, на борьбу с которыми данная Конвенция направлена, когда такое преступление совершено в попытке принудить это государство совершить какое-либо действие или воздержаться от него.

Помимо этого, достаточным основанием для установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности, в соответствии с положениями ряда международных договоров, считается, например, совершение преступления, направленного против государственного или правительственного объекта этого государства за границей, включая посольство или помещения иного дипломатического или консульского представительства этого государства⁸, или совершение преступления на борту воздушного судна, эксплуатируемого правительством этого государства⁹.

Следует отметить, что в Докладе Секретаря ООН «Экстратерриториальная юрисдикция» наряду с принципом защиты выделяется также «доктрина последствий», согласно которой государство может осуществлять уголовную юрисдикцию в случаях, когда «какое-либо поведение за границей имеет существенные последствия на территории этого государства»¹⁰. В качестве примера применения указанной доктрины авторы доклада приводят примеры из судебной практики отдельных государств по

борьбе с киберпреступностью. Примечательно, что в докладе звучит также мысль о том, что принцип защиты можно рассматривать как одно из конкретных воплощений «доктрины последствий». При этом лежащая в основе принципа защиты и «доктрины последствий» концепция «жизненно важных интересов» получает широкое толкование в практике государств как включающая в себя среди прочего различные аспекты обеспечения и защиты территориальной целостности, политической независимости и национальной безопасности государства.

Особое место принципа универсальной юрисдикции в системе принципов установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции обусловлено такой особенностью правовой природы универсальной уголовной юрисдикции, как ее субсидиарный характер. При установлении уголовной юрисдикции приоритет отдается одному из традиционных юрисдикционных принципов — принципу территориальности, принципам активного и пассивного гражданства или принципу защиты. Таким образом, главную ответственность за осуществление судебного преследования несет государство, имеющее определенную «связь» с совершенным преступлением, то есть государство, на территории которого оно совершено, либо государство, гражданином которого являются преступник или его жертва, либо государство, против интересов которого преступление направлено. Только в случае, если соответствующие государства не осуществляют судебного преследования (не желают или не способны его осуществить), возможно установление уголовной юрисдикции на основании принципа универсальной юрисдикции. Необходимость соблюдения принципа субсидиарности при установлении универсальной уголовной юрисдикции прямо подчеркивается не только представителями государств (например, Испании¹¹, Германии¹²), но и пред-

⁸ См., например: ст. 9 Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма 2005 г.

⁹ См., например: ст. 6 Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом 1997 г.

¹⁰ См.: Доклад Комиссии международного права ООН 2006 г. С. 277—278 // URL: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/> (дата обращения: 10.02.2018).

¹¹ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2016 г. § 21 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/199/11/PDF/N1619911.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

¹² См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2017 г. § 30 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/181/72/PDF/N1718172.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

ставителями международных (в том числе неправительственных) организаций, например Европейского Союза, Международного Комитета Красного Креста¹³. Так, представители некоторых государств прямо отмечают дополнительный (например, Куба¹⁴) или остаточный (например, Колумбия¹⁵) характер универсальной уголовной юрисдикции как подлежащей установлению только в ситуациях, когда нет иного способа предотвратить безнаказанность. При этом Куба, например, даже подчеркивает, что при регулировании на международном уровне применения универсальной юрисдикции необходимо предусмотреть такое условие для ее установления, как запрос согласия государства, в котором преступление было совершено, и государства, гражданином которого является обвиняемый¹⁶. Аналогичную позицию занимает и Вьетнам, отмечая, что до осуществления универсальной юрисдикции государство должно проконсультроваться с заинтересованными государствами о том, не готовятся ли они осуществлять судебное преследование обвиняемого¹⁷.

Таким образом, принцип универсальной юрисдикции, в системе принципов установления экстра TERRITORIALНОЙ уголовной юрисдикции занимает особое место, обусловленное субсидиарным характером универсальной уголовной юрисдикции. Данный принцип, будучи направленным на предотвращение безнаказанности, может применяться в случае, если государства, имеющие непосредственную «связь» с преступлением, не осуществляют судебного преследования соответствующих лиц.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА УНИВЕРСАЛЬНОЙ УГОЛОВНОЙ ЮРИСДИКЦИИ В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Правовую природу универсальной уголовной юрисдикции в современном международном праве представляется целесообразным рассмотреть сквозь призму ответов на следующие вопросы. 1) Каковы правовые основания установления универсальной уголовной юрисдикции? 2) Предполагает ли принцип универсальной юрисдикции обязательство или право государства такую юрисдикцию установить? 3) Имеет ли универсальная уголовная юрисдикция абсолютный или ограниченный характер?

Во-первых, останавливаясь на анализе правовых оснований установления универсальной уголовной юрисдикции, Секретариат ООН выделил два подхода, используемых в международной практике при определении круга преступлений, в отношении которых такая юрисдикция может устанавливаться: 1) преступления по международному праву; 2) международные преступления, зафиксированные во внутригосударственном законодательстве или международных договорах государства¹⁸.

Относительно первой категории следует отметить, что круг преступлений, подпадающих под действие принципа универсальной юрисдикции, варьируется от одного до нескольких составов.

Так, наиболее ограничительной и исторически первой являлась точка зрения, что единственным преступлением, за которое можно осуществлять судебное преследование по принципу универсальной юрисдикции, является пиратство¹⁹. Следует отметить, что некоторые авторы считают данную точку зре-

¹³ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2015 г. § 54, 72 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/204/52/PDF/N1520452.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

¹⁴ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2012 г. § 34 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/395/31/PDF/N1239531.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

¹⁵ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2013 г. § 40.

¹⁶ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2012 г. § 33—34.

¹⁷ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2012 г. § 41.

¹⁸ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2010 г. § 36—44.

¹⁹ См.: Каюмова А. Р. Указ. соч. С. 175—178.

ния верной и до сих пор²⁰. Вместе с тем в настоящее время не вызывает сомнений также возможность установления универсальной уголовной юрисдикции в отношении военных преступлений. Например, согласно позиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии только в отношении пиратства и военных преступлений в международном праве предусматривается универсальная уголовная юрисдикция в подлинном смысле (при этом определение наличия норм обычного международного права, предполагающих универсальную юрисдикцию в отношении геноцида и преступлений против человечности, требует отдельного детального анализа)²¹. В свою очередь, представители Европейского Союза отметили наличие явного международного консенсуса относительно установления универсальной юрисдикции только в отношении пиратства и пыток²². Выделяют и более широкие подходы. Так, международная неправительственная организация «Международная амнистия» (Amnesty International) добивается, чтобы все государства приняли законы об универсальной юрисдикции в отношении геноцида, преступлений против человечности, военных преступлений, пыток, внесудебных казней и насильственных исчезновений²³.

Следует подчеркнуть, что многие исследователи рассматривают универсальную уголовную юрисдикцию именно как имеющую в международном праве обычно-правовую, а не договорную природу²⁴. При этом зачастую установление универсальной юрисдикции связывается именно с природой совершае-

мого преступления, которое нарушает нормы международного права, имеющие характер *ius cogens*, и посягает на интересы международного сообщества в целом²⁵.

В свою очередь, уголовная юрисдикция, устанавливаемая в силу положений соответствующих международных договоров, в научной литературе чаще именуется квазиуниверсальной юрисдикцией²⁶ или универсальной юрисдикцией в отношениях между сторонами — участниками таких договоров²⁷. Установление подобного вида уголовной юрисдикции предусмотрено во многих международных договорах о борьбе с отдельными видами преступлений, включая антитеррористические международные конвенции, в которых закрепляется обязательство государства осуществлять судебное преследование за соответствующие деяния. Именно в привязке к указанному обязательству зачастую рассматривается принцип универсальной юрисдикции. Так, в Докладе Комиссии международного права ООН 2014 г. по теме «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)» подчеркивается: когда преступление было предположительно совершено на территории другого государства и отсутствует какая-либо связь с государством суда, обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование неизбежно будет отражать осуществление универсальной юрисдикции (в отличие от ситуации, когда государство может установить свою юрисдикцию в отношении соответствующего преступления на основании другого принципа)²⁸. Указанное положение позволяет сделать вывод, что квазиуниверсальная юрисдикция по

²⁰ См., например: *Йиу С.* Универсальная юрисдикция: понятие, теория и практика // Российский юридический журнал. 2012. № 4. С. 7.

²¹ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2011 г. § 47—48 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/380/76/PDF/N1138076.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

²² См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2015 г. § 55—56.

²³ См.: Универсальная юрисдикция // Официальный сайт «Международной амнистии». URL: <https://amnesty.org.ru/node/611/> (дата обращения: 10.02.2018).

²⁴ См.: *Colangelo A. J.* Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law // Harvard International Law Journal. 2007. Vol. 48. № 1. P.176.

²⁵ См.: *Nagle L. E.* Terrorism and Universal Jurisdiction: Opening a Pandora's Box? // Georgia State University Law Review. 2010. Vol. 27. Iss. 2. Article 13. P. 356—357.

²⁶ См.: *Shaw M. N.* International Law. 7th ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 489.

²⁷ См.: International law / ed. by M. D. Evans. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 350.

²⁸ См.: Report of the International Law Commission 2014 // URL: <https://undocs.org/ru/A/69/10> (дата обращения: 10.02.2018).

общему правилу, так же как и универсальная уголовная юрисдикция в подлинном смысле, имеет субсидиарную природу.

Следует также иметь в виду, что многие международные договоры о борьбе с отдельными видами преступлений содержат оговорку о том, что данные договоры не исключают осуществления любой уголовной юрисдикции в соответствии с национальным законодательством, что оставляет за государствами определенную свободу усмотрения в данном вопросе. По данным международной неправительственной организации «Международная амнистия», большинство государств мира предусмотрели в своем внутригосударственном законодательстве универсальную юрисдикцию в отношении целого ряда преступлений международного характера, в частности, в отношении терроризма, финансирования терроризма, нападения на лиц, пользующихся дипломатической защитой, и т.д.²⁹ Следует отметить, что в некоторых государствах перечень преступлений, в отношении которых может устанавливаться универсальная юрисдикция, вообще отсутствует. Например, в Сальвадоре принцип универсальной юрисдикции может применяться в отношении преступлений, которые «нарушают юридические права, пользующиеся международной защитой, в силу конкретных соглашений или норм международного права, или которые влекут за собой серьезные нарушения универсально признанных прав человека»³⁰. В некоторых государствах универсальная юрисдикция устанавливается даже в отношении общеуголовных преступлений³¹.

Таким образом, правовым основанием универсальной уголовной юрисдикции в международном праве может выступать как международный обычай (универсальная уголовная юрисдикция в подлинном смысле), так и международный договор, предусматривающий обязательство государств-участников осуществить судебное преследование (квазиуниверсальная уголовная юрисдикция).

Во-вторых, рассуждая о том, сопряжен ли принцип универсальной юрисдикции с обя-

зательством или правом государства такую юрисдикцию установить, следует отметить, что в качестве одного из различий универсальной и квазиуниверсальной уголовных юрисдикций отмечают как раз отсутствие обязывающего характера у первой и его наличие — у второй. Именно в отношении универсальной уголовной юрисдикции в подлинном смысле отдельные государства отмечают ее диспозитивный характер, выражающийся в наличии у государства скорее права, чем обязанности такую юрисдикцию установить (в отличие от универсальной юрисдикции договорного характера, которую государство может быть обязано осуществлять в силу норм соответствующего международного договора при должном соблюдении обозначенных в нем условий)³². Такое различие видится не вполне обоснованным.

Действительно, в большинстве международных договоров, направленных на борьбу с отдельными видами преступлений, наряду с обязательством государства-участника принять меры, необходимые для установления его юрисдикции в отношении соответствующих преступлений в указанных в данном договоре случаях, устанавливается также обязательство государства-участника принять меры, необходимые для установления его юрисдикции в отношении таких преступлений, если предполагаемый преступник находится на территории данного государства, и оно не выдает его ни одному из государств-участников, которые установили свою юрисдикцию в отношении данного преступления в соответствии с положениями данного договора. Например, применительно к последнему обязательству Международный Суд ООН в решении по делу «Бельгия против Сенегала», толкуя ст. 7 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, указал: экстрадиция — это опция, предлагаемая государству-участнику Конвенцией, в то время как судебное преследование — это международное обязательство по Конвенции, нарушение которого представляет собой противоправное дея-

²⁹ См.: Universal Jurisdiction: a Preliminary Survey of Legislation around the World — 2012. Update.

³⁰ Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2012 г. § 6.

³¹ См.: Universal Jurisdiction: a Preliminary Survey of Legislation around the World — 2012. Update.

³² См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2011 г. § 47.

ние, влекущее ответственность государства³³. При этом обеспечивается реализация данного международного обязательства, по мнению Международного Суда ООН, посредством реализации иных сопутствующих обязательств, в частности, обязательства наделить суды универсальной юрисдикцией в отношении данных деяний³⁴. Таким образом, большинство международных договоров, предусматривающих квазиуниверсальную уголовную юрисдикцию, предполагают именно *обязательство* государства такую юрисдикцию установить при соответствующих условиях.

Что касается универсальной уголовной юрисдикции *в подлинном смысле*, несмотря на то, что не просто дать однозначный ответ на вопрос о наличии в обычном международном праве обязательства установить такую юрисдикцию, все же есть веские основания считать справедливым положительный ответ на данный вопрос.

Прежде всего широкое участие государств в международных договорах по борьбе с отдельными видами преступлений, в частности предусматривающих обязательство государства осуществлять судебное преследование в отношении данных преступлений, позволяет поставить вопрос о приобретении соответствующими договорными обязательствами также обычно-правового характера. Примеры признания наличия международного консенсуса относительно установления универсальной юрисдикции в отношении отдельных преступлений приводились выше. Во многих случаях вывод о наличии такого консенсуса обусловлен признанием того факта, что соответствующие международные договоры, такие как Женевские конвенции 1949 г., Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 г. и др., в настоящее

время выражают международное обычное право³⁵.

Кроме того, в некоторых международных договорах, как представляется, есть свидетельства обычно-правового характера обязательства осуществлять судебное преследование. Здесь можно упомянуть Римский статут Международного уголовного суда, в преамбуле которого прямо подчеркнута обязанность каждого государства осуществлять его уголовную юрисдикцию над лицами, несущими ответственность за совершение международных преступлений. Включение данного положения именно в преамбулу Римского статута Международного уголовного суда свидетельствует о том, что в нем нашла отражение общепризнанная обычная норма международного права, имеющая существенное значение в сфере борьбы с международными преступлениями. Для реализации указанной обязанности, как справедливо отмечает Н. А. Сафаров, государства должны иметь все юридические возможности, включая универсальную юрисдикцию³⁶. Например, ФРГ, осуществляя имплементацию Римского статута Международного уголовного суда, предусмотрела в Кодексе преступлений против международного права универсальную юрисдикцию в отношении соответствующих деяний³⁷.

Наконец, в преамбуле текста проектов статей о преступлениях против человечности, принятом Комиссией международного права ООН в первом чтении, помимо положения о том, что осуществление уголовной юрисдикции в отношении преступлений против человечности является обязанностью каждого государства (аналогичного положению в преамбуле Римского статута Международного уголовного суда), закрепляется также положение о том, что, поскольку преступления

³³ См.: Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal): I.C. J. Judgment. 2012. § 95 // URL: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 10.02.2018).

³⁴ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal). § 91.

³⁵ См.: David E. Introductory Statement during the ICJ proceedings in the case Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) // URL: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/144/144-20090406-ORA-01-01-BI.pdf> (дата обращения: 10.02.2018).

³⁶ См.: Сафаров Н. А. Преследование международных преступлений: универсальная юрисдикция против дипломатического иммунитета // Государство и право. 2011. № 9. С. 85.

³⁷ См.: Сафаров Н. А. Материально-правовая имплементация Римского статута Международного уголовного суда: сравнительный анализ опыта Германии и Нидерландов // Государство и право. 2012. № 3. С. 83. См. также: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2017 г. § 22.

против человечности не должны оставаться безнаказанными, эффективное преследование за такие преступления должно обеспечиваться путем принятия мер на национальном уровне и путем укрепления международного сотрудничества, в том числе в вопросах *выдачи* и взаимной правовой помощи³⁸. Последнее положение поднимает еще один важный вопрос, напрямую связанный с вопросом об обычно-правовом характере обязательства установить универсальную юрисдикцию, — вопрос об обычно-правовом характере обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование. В рамках работы Комиссии по международному праву ООН над темой «Обязательство выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)», специальный докладчик З. Галицкий в подготовленном им 4-м докладе по данной теме предложил проект статьи «Международный обычай как источник обязательства *aut dedere aut judicare*», в которой прямо отмечалось, что «каждое государство обязано либо выдать, либо осуществить судебное преследование предполагаемого правонарушителя, если такое обязательство вытекает из обычной нормы международного права... в частности, из обычных норм международного права, касающихся [серьезных нарушений международного гуманитарного права, геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений]»³⁹. Несмотря на то что проект указанной статьи не получил положительной оценки в Комиссии международного права ООН и ввиду принятия ею решения не разрабатывать по данной теме проект статей альтернативных формулировок данной статьи также представлено не было, Комиссия четко заявила, что это не должно толковаться как вывод об отсутствии обычно-правового характера у обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование⁴⁰. В свою очередь, признание обычно-правовой природы обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование может служить одним из аргументов в пользу признания такой же природы и у сопряженного с ним обя-

зательства установить универсальную юрисдикцию.

Вместе с тем, несмотря на наличие в практике государств и в науке международного права примеров признания существования в общем международном праве обязательства установить универсальную уголовную юрисдикцию в отношении отдельных видов преступлений, широко распространены и более осторожные подходы. Некоторые государства видят в признании наличия обычно-правового обязательства установить универсальную юрисдикцию по отдельным видам преступлений угрозу чрезмерно широкого толкования и произвольного применения одноименного принципа. Вместе с тем подобные опасения, как представляется, должны разрешаться посредством выработки и закрепления в международном праве четких условий и критериев правомерности осуществления государством универсальной уголовной юрисдикции в подлинном смысле, а не посредством отрицания самого обязательства такую юрисдикцию установить. Тем более что в случае принятия точки зрения, что принцип универсальной юрисдикции (когда речь идет об универсальной уголовной юрисдикции в подлинном смысле) может быть сопряжен лишь с правом, а не с обязанностью государства такую юрисдикцию установить, главная цель данного принципа, которая, в свою очередь, определяет его сущность, — предотвращение безнаказанности за соответствующие особо опасные, вызывающие опасения международного сообщества, преступления — рискует оказаться недостижимой, ввиду того, что в таком случае реализация принципа ставится в зависимость прежде всего от политической воли задействованных государств.

Ввиду указанных соображений, как представляется, установление как универсальной юрисдикции в подлинном смысле, так и квазиуниверсальной юрисдикции, в тех случаях, когда обязательство государства осуществить судебное преследование закреплено соответственно в международном обычном или до-

³⁸ См.: Доклад Комиссии международного права ООН 2017 г. // URL: <https://undocs.org/ru/A/72/10> (дата обращения: 10.02.2018).

³⁹ См.: Четвертый доклад об обязательстве выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), представленный в Комиссию международного права ООН Специальным докладчиком, 2011 г. § 95 // URL: <http://undocs.org/ru/A/CN.4/648> (дата обращения: 10.02.2018).

⁴⁰ См.: Доклад Комиссии международного права ООН 2014 г. § 51—53 // URL: <https://undocs.org/ru/A/69/10> (дата обращения: 10.02.2018).

говорном праве, является, с учетом ее субсидиарной природы, именно обязанностью, а не просто правом государства такую юрисдикцию установить.

В-третьих, в докладах Секретариата ООН предлагается проводить различие между абсолютной (неограниченной или безусловной) универсальной юрисдикцией, которая предусматривает возможность осуществления универсальной уголовной юрисдикции автоматически или заочно (при этом обвиняемый не должен обязательно находиться на территории государства суда⁴¹), и условной (ограниченной) универсальной юрисдикцией, которая применяется после соблюдения одного или нескольких условий для разумного осуществления экстра-территориальной юрисдикции⁴².

Основываясь на анализе материалов, поступивших в распоряжение Секретариата ООН, можно выделить следующие примеры используемых в практике государств критериев правомерности установления универсальной уголовной юрисдикции: присутствие лица, совершившего преступление, на территории государства, осуществляющего универсальную юрисдикцию в его отношении; принцип признания деяния преступлением как по законодательству государства, осуществляющего универсальную юрисдикцию, так и по законодательству государства, на территории которого оно было совершено. В некоторых государствах при этом устанавливается требование, чтобы совершение такого преступления влекло в качестве минимального наказания наказание в виде лишения свободы на срок не менее определенного, прямо оговоренного срока (в Швеции — не менее 4 лет, в Боснии и Герцеговине — не менее 5 лет лишения свободы и т.д.⁴³). Помимо этого, при обсуждении в Се-

кретариате ООН прозвучали и более специфические условия установления универсальной уголовной юрисдикции, например наличие согласия компетентного внутригосударственного органа; принцип взаимности (например, Того⁴⁴); уважение иммунитетов государства и его должностных лиц (например, Африканский союз⁴⁵).

Не останавливаясь на анализе каждого из предлагаемых условий, обозначим лишь, что оценить их можно по-разному. Каждое из них имеет очевидные и существенные положительные цели применения, например защита суверенитета и равноправия государств, обеспечение процессуальных прав лица, в отношении которого осуществляется судебное преследование по принципу универсальной юрисдикции, или даже, как отмечает Н. А. Сафаров, защита внутригосударственных судебных систем от «существенной перегрузки»⁴⁶ и др. Вместе с тем, поскольку каждое из них способно также в разной степени затруднить процесс судебного преследования лиц, ответственных за совершение соответствующих преступлений, они нуждаются в дальнейшей проработке на международном уровне на предмет установления должного баланса соответствующих затрагиваемых ценностей международного сообщества.

ПРИМЕНИМОСТЬ ПРИНЦИПА УНИВЕРСАЛЬНОЙ ЮРИСДИКЦИИ В ОТНОШЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ТЕРРОРИСТИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

Обязанность государства установить квазиуниверсальную уголовную юрисдикцию в отношении преступлений террористической направленности в тех случаях, когда такая обязанность

⁴¹ Такую юрисдикцию также называют универсальная юрисдикция *in absentia* (см.: Королёв Г. А. Проблемы применения универсальной юрисдикции *in absentia* // Журнал российского права. 2009. № 10 (154). С. 104—111).

⁴² Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2010 г. § 16.

⁴³ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2011 г. § 44, 65.

⁴⁴ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2014 г. § 31 // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/479/52/PDF/N1447952.pdf?OpenElement> (дата обращения: 10.02.2018).

⁴⁵ См.: Доклад Генерального секретаря ООН «Охват и применение принципа универсальной юрисдикции» 2011 г. § 103.

⁴⁶ См.: Сафаров Н. А. Преследование международных преступлений: универсальная юрисдикция против дипломатического иммунитета // Государство и право. 2011. № 9. С. 92.

закреплена в соответствующих международных договорах, в которых такое государство участвует, очевидна и доказательств не требует.

Более сложным является вопрос об отнесении преступлений террористической направленности к категории преступлений, в отношении которых государство обязано в силу норм международного обычного права установить универсальную уголовную юрисдикцию в подлинном смысле. Среди прочего ввиду отсутствия четкого определения терроризма в современном международном праве решается этот вопрос в практике государств по-разному. В законодательстве некоторых государств отдельные преступления террористической направленности прямо сопряжены с международными преступлениями. Например, в ст. 129а Уголовного кодекса Германии закреплён состав такого преступления, как создание террористической организации. При этом среди целей деятельности этой организации данная статья выделяет, например, геноцид, преступления против человечности, военные преступления (со ссылкой на Кодекс преступлений против международного права)⁴⁷.

В законодательстве ряда государств, в свою очередь, предлагаются различные классификации преступлений террористической направленности, и некоторые их виды сами по себе рассматриваются как преступления по международному праву. Например, в США в отношении определенных актов терроризма предусмотрена универсальная юрисдикция⁴⁸, при этом, как отмечается в литературе, это такие акты терроризма, которые рассматриваются в рамках концепции преступлений «против права наций»⁴⁹ или как универсальные преступления. Так, исследуя вопросы установления пределов экстратерриториальной уголовной

юрисдикции США, С. Солоу выделяет три вида актов терроризма, подпадающих под такую юрисдикцию: 1) акты терроризма, которые квалифицируются как универсальные преступления; 2) акты терроризма, которые напрямую посягают на суверенитет и государственные функции США; 3) экстратерриториальные акты терроризма, направленные против американских граждан, территории или вещи (так называемый тест связи (*nexus test*))⁵⁰.

Данная позиция находит поддержку и в науке международного права. Отдельные исследователи на основе анализа международной практики высказывают мнение о признании отдельных видов преступлений террористической направленности международными преступлениями, подпадающими под принцип универсальной юрисдикции⁵¹. Так, в качестве иллюстрации можно привести логическую цепочку, представленную М. Шо, который высказал мысль, что, вероятно, в настоящее время незаконный захват воздушного судна стал международным преступлением, подпадающим под поистине универсальную юрисдикцию на практике⁵². В качестве подтверждения автор делает ссылку на Боннскую декларацию против незаконного захвата воздушных судов 1978 г., принятую «Большой семеркой» (на долю соответствующих государств в момент принятия документа приходилось 70 % мирового авиационного трафика⁵³), в соответствии с которой государства предусмотрели в качестве меры воздействия на государство-нарушителя обязательства выдавать или осуществлять судебное преследование лиц, виновных в совершении соответствующих деяний, прекращение с ним авиасообщения⁵⁴.

Таким образом, современное международное право предусматривает широкие воз-

⁴⁷ См.: *Strafgesetzbuch (Deutschland) 1981* // URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf> (дата обращения: 10.02.2018).

⁴⁸ См.: *Solow S. A. Prosecuting Terrorists as Criminals and the Limits of Extraterritorial Jurisdiction* // *St. John's Law Review*. 2011. Vol. 85. Iss. 4. № 4. P. 1520—1521.

⁴⁹ См.: *Colangelo A. J. Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction : Terrorism and the Intersection of National and International Law* // *Harvard International Law Journal*. 2007. Vol. 48. № 1. P. 146.

⁵⁰ См.: *Solow S. A. Prosecuting Terrorists as Criminals and the Limits of Extraterritorial Jurisdiction* // *St. John's Law Review*. 2011. Vol. 85. Iss. 4. № 4. P. 1554.

⁵¹ См.: *Shaw M. N. Op. cit.* P. 492 ; *Сафаров Н. А. Преследование международных преступлений : универсальная юрисдикция против дипломатического иммунитета* // *Государство и право*. 2011. № 9. С. 83.

⁵² См.: *Shaw M. N. Op. cit.* P. 492.

⁵³ См.: *Havel B. F., Sanchez G. S. The Principles and Practice of International Aviation Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 209.

⁵⁴ См.: *Shaw M. N. Op. cit.* P. 492.

возможности для государства для установления в отношении преступлений террористической направленности как квазиуниверсальной уголовной юрисдикции (в соответствии с действующими в отношении данного государства международными договорами), так и универсальной уголовной юрисдикции в подлинном смысле, в тех случаях, когда в международном праве сложилось и признано международное обязательство обычно-правового характера установить такую юрисдикцию в отношении такого вида деяний.

ВЫВОДЫ

Подводя итог, следует отметить, что возрастающая угроза терроризма в современном мире заставляет мировое сообщество совершенствовать правовые основы борьбы с ним, в частности посредством расширения правовых возможностей государств по установлению уголовной юрисдикции в отношении лиц, причастных к совершению соответствующих преступлений. Анализ современного международного права, а также законодательной и правоприменительной практики государств позволяет сделать вывод о применимости к ситуации судебного преследования в отношении преступлений террористической направленности принципов активного гражданства, пассивного гражданства и принципа защиты как основных принципов установления экстратерриториальной уголовной юрисдикции. Принцип универсальной юрисдикции и лежащая в его основе концепция претерпевает активное переосмысление и развитие, в частности, в рамках обсуждений в Секретариате ООН. Основываясь на проведенном в настоящей статье анализе основных спорных моментов дискуссий в рамках международных органов и в науке международного права, можно сделать следующие выводы относительно правовой природы универсальной юрисдикции и применимости одноименного принципа к ситуации установления уголовной юрисдикции в отношении преступлений террористической направленности.

Во-первых, в системе принципов установления уголовной юрисдикции данный принцип занимает особое место, будучи направленным на предотвращение безнаказанности, он выполняет субсидиарную роль и может применяться в случае, если государства, имеющие непосредственную «связь» с преступлением,

не осуществляют судебного преследования соответствующих лиц. При этом установление как универсальной юрисдикции в подлинном смысле, так и квазиуниверсальной (договорной) юрисдикции, в тех случаях, когда обязательство государства осуществить судебное преследование закреплено соответственно в международном обычном или договорном праве, является, с учетом ее субсидиарной природы, именно обязанностью, а не просто правом государства такую юрисдикцию установить.

Во-вторых, несмотря на наличие соответствующих норм международного права, регулирующих вопросы осуществления универсальной уголовной юрисдикции, за государством сохраняется определенная свобода усмотрения в процессе их имплементации. Наиболее оправданным в настоящее время выглядит такой подход к определению правовой природы универсальной уголовной юрисдикции как признание ее условного или ограниченного характера. При этом каждое из используемых во внутрисударственной и международной практике условий установления универсальной уголовной юрисдикции требует дальнейшей проработки на международном уровне с целью установления должного баланса соответствующих затрагиваемых интересов международного сообщества, таких как защита суверенитета и равноправия государств, обеспечение процессуальных прав лица, в отношении которого осуществляется судебное преследование по принципу универсальной юрисдикции, защита внутрисударственных судебных систем от перегрузки и др., с одной стороны, и предотвращение безнаказанности за совершение наиболее опасных, вызывающих озабоченность всего международного сообщества, преступлений — с другой. Такой баланс будет способствовать снижению возможной политической напряженности в случаях конкуренции уголовных юрисдикций, причастности к соответствующим преступлениям должностных лиц государства, толерантности отдельных государств к подобным деяниям и укрывательства ими соответствующих преступников и т.п.

В-третьих, современное международное право предусматривает широкие возможности для государства установить в отношении преступлений террористической направленности как квазиуниверсальную уголовную юрисдикцию (в соответствии с действующими

в отношении данного государства международными договорами), так и универсальную уголовную юрисдикцию в подлинном смысле в тех случаях, когда в международном праве сложилось и признано международное обязательство обычно-правового характера установить юрисдикцию в отношении такого вида деяний.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Йиу С.* Универсальная юрисдикция: понятие, теория и практика // Российский юридический журнал. — 2012. — № 4. — С. 7—31.
2. *Каюмова А. Р.* Уголовная юрисдикция в международном праве : монография. — Казань : Центр инновационных технологий, 2016. — 488 с.
3. *Королев Г. А.* Проблемы применения универсальной юрисдикции in absentia // Журнал российского права. — 2009. — № 10 (154). — С. 104—111.
4. *Сафаров Н. А.* Материально-правовая имплементация Римского статута Международного уголовного суда: сравнительный анализ опыта Германии и Нидерландов // Государство и право. — 2012. — № 3. — С. 77—86.
5. *Сафаров Н. А.* Преследование международных преступлений: универсальная юрисдикция против дипломатического иммунитета // Государство и право. — 2011. — № 9. — С. 81—92.
6. *Colangelo A. J.* Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law // Harvard International Law Journal. — 2007. — Vol. 48. — № 1. — P. 121—201.
7. *Donnelly P. L.* Extraterritorial Jurisdiction Over Acts of Terrorism Committed Abroad Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986 // Cornell L. Rev. — 1987. — Is. 3. — Vol. 72. — P. 599—619.
8. *Havel B. F., Sanchez G. S.* The Principles and Practice of International Aviation Law. — Cambridge : Cambridge University Press, 2014. — 444 p.
9. International law / ed. by M. D. Evans. — 2nd ed. — Oxford : Oxford University Press, 2006. — 833 p.
10. *Nagle L. E.* Terrorism and Universal Jurisdiction: Opening a Pandora's Box? // Georgia State University Law Abstract. — 2010. — Vol. 27. — Is. 2. — Art. 13. — P. 339—378.
11. *Raimo T.* Winning at the Expense of Law: The Ramifications of Expanding Counter-terrorism Law Enforcement Jurisdiction Overseas // American University International Law Abstract. — 1999. — Vol. 14. — № 5. — P. 1473—1513.
12. *Shaw M. N.* International Law. — 7th ed. — Cambridge : Cambridge University Press, 2014. — 981 p.
13. *Solow S. A.* Prosecuting Terrorists as Criminals and the Limits of Extraterritorial Jurisdiction // St. John's Law Abstract. — 2011. — Vol. 85. — Is. 4. — № 4. — P. 1483—1556.

Материал поступил в редакцию 4 марта 2018 г.

UNIVERSAL JURISDICTION: INTERNATIONAL LEGAL BASE AND PROBLEMS OF ESTABLISHMENT IN RELATION TO TERRORIST CRIMES

LIPKINA Nadezhda Nikolaevna — PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of International Law of the Saratov State Academy of Law
k_intlaw@ssla.ru
410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, d. 1

Abstract. *The growing threat of terrorism in the modern world is forcing the global community to improve the legal framework to combat it, in particular through the expansion of the legal ability of States to establish criminal jurisdiction in respect of persons involved in the commission of the crimes. The article analyzes the problems of establishing universal criminal jurisdiction over terrorist crimes through the prism of identifying and researching*

the legal basis and the legal nature of such a jurisdiction and the conditions of the legality of its establishment. The result of this study are the following conclusions. First, the principle of universal jurisdiction, being aimed at preventing impunity, occupies a special place in the principles of establishment of extraterritorial criminal jurisdiction, due to the subsidiary nature of universal jurisdiction. Secondly, the establishment of universal jurisdiction in cases where the state's obligation to prosecute is enshrined in international customary or treaty law is, given its subsidiary nature, an obligation and not just the right of the state to establish such a jurisdiction. Third, it seems that currently the most reasonable approach to the definition of the legal nature of universal criminal jurisdiction is recognition of its conditional or limited sense, since the elaboration and consolidation of the conditions of the establishment of universal criminal jurisdiction in international law may facilitate finding a proper balance of the respective interests of the international community and reduce possible political tensions in the application of the principle of universal jurisdiction. The paper also substantiates the thesis about the applicability of the principle of universal jurisdiction to establish criminal jurisdiction over terrorist crimes.

Keywords: international law, international criminal law, counter-terrorism, state jurisdiction, extraterritorial jurisdiction, universal jurisdiction, international crime, terrorist crimes, *aut dedere aut judicare*, the principle of subsidiarity.

REFERENCES

1. Yii S. *Universalnaya yurisdiksiya: ponyatie, teoriya i praktika* [Universal jurisdiction: concept, theory and practice]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Russian Juridical Journal]. 2012. No. 4. Pp. 7—31.
2. Kayumova A.R. *Ugolovnaya yurisdiksiya v mezhdunarodnom prave: monografiya*. [Criminal jurisdiction in international law: monograph]. Kazan: tsentr innovatsionnykh tekhnologiy, 2016. 488 p.
3. Korolev G.A. *Problemy primeneniya universalnoy yurisdiksii in absentia* [Problems of application of universal jurisdiction *in absentia*]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian law]. 2009. No. 10 (154). Pp. 104—111.
4. Safarov N.A. *Materialnopravovaya implementatsiya rimskogo statuta mezhdunarodnogo ugolovnogo suda: sravnitelnyy analiz opyta germanii i niderlandov* [Substantive implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court: comparative experience of Germany and the Netherlands]. *Gosudarstvo i Pravo* [State and law]. 2012. No. 3. Pp. 77—86.
5. Safarov N.A. *Presledovanie mezhdunarodnykh prestupleniy: universalnaya yurisdiksiya protiv diplomaticheskogo immuniteta* [Prosecution of international crimes: universal jurisdiction against diplomatic immunity]. *Gosudarstvo i Pravo* [State and law]. 2011. No. 9. Pp. 81—92.
6. Colangelo A.J. Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law. *Harvard International Law Journal*. 2007. Vol. 48. No. 1. Pp. 121—201.
7. Donnelly P. L. Extraterritorial Jurisdiction Over Acts of Terrorism Committed Abroad Omnibus Diplomatic Security and Antiterrorism Act of 1986. *Cornell L. Rev.* 1987. Iss. 3. Vol. 72. Pp. 599—619.
8. Havel B. F., Sanchez G. S. *The Principles and Practice of International Aviation Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 444 p.
9. *International law* / ed. by M. D. Evans. 2-d ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. 833 p.
10. Nagle L. E. Terrorism and Universal Jurisdiction: Opening a Pandora's Box? *Georgia State University Law Review*. 2010. Vol. 27. Iss. 2. Article 13. P. 339—378.
11. Raimo T. Winning at the Expense of Law: The Ramifications of Expanding Counter-terrorism Law Enforcement Jurisdiction Overseas. *American University International Law Review*. 1999. Vol. 14. No. 5. P. 1473—1513.
12. Shaw M.N. *International Law*. 7-th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 981 p.
13. Solow S.A. Prosecuting Terrorists as Criminals and the Limits of Extraterritorial Jurisdiction. *St. John's Law Review*. 2011. Vol. 85. Iss. 4. No. 4. P. 1483—1556.

ПОНЯТИЕ БРАКА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Аннотация. Исследование проблем определения понятия «трансграничный брак» в науке международного частного права является весьма сложным вследствие неопределенности подходов к пониманию самого социально-правового явления «брак». Не все государства пошли по пути законодательного закрепления данного термина. В юридической литературе многие авторы указывают и на невозможность, и на отсутствие необходимости унификации понятия «брак» вследствие больших различий исторических, правовых, семейных, религиозных традиций в области брачно-семейных отношений в государствах, принадлежащих к различным правовым системам. В российской юридической науке отсутствует единый подход к определению понятия «брак». Анализ юридической литературы позволил выявить несколько существенных подходов в решении указанного вопроса. Так, брак определяется как союз мужчины и женщины, как особый семейно-правовой договор, как гражданско-правовой договор. В науке международного частного права авторы используют термины «международный брак», «трансграничный брак», «интернациональный брак» как тождественные понятия, при этом термин «брак» не раскрывается. Автор предпринял попытку определения понятия «трансграничный брак» через соотношение понятий «международные отношения» и «трансграничные отношения». Традиционным является подход, согласно которому международные отношения возникают между государствами, между народами, носят общественно-политический характер и составляют предмет правового регулирования международного публичного права. Термин «трансграничные отношения» рассматриваются как синоним термина «международные частноправовые отношения», которые возникают между физическими и юридическими лицами в частноправовой сфере — гражданско-правовые отношения, инвестиционные, торговые, трудовые и т.д. Поэтому, определяя понятие «брак» в международном частном праве, автор использует термин «трансграничный брак». Кроме того, автором выявлено отсутствие универсальных критериев (как признаков, оснований оценки явления) отнесения отношений именно к трансграничным. Так, автором установлено, что к таким критериям в разных источниках относят субъектный состав правоотношений и их статус, политико-географическое местоположение и перемещение субъектов, наличие иностранного элемента, связанность с различными правовыми системами либо иностранным правопорядком. По мнению автора, употребление термина «иностраннный элемент» является наиболее удачным и обоснованным к характеристике трансграничных отношений.

Ключевые слова: международное частное право, международные отношения, международные частноправовые отношения, трансграничные отношения, брак, трансграничный брак, семья, международный брак, брачно-семейные отношения, иностранный элемент.

© Савенко О. Е., 2018

* Савенко Оксана Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

oesavenko@msal.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.106-116

В юридической науке в последние два десятилетия отмечается появление значительного числа новых терминов, которые так и не нашли своего законодательного закрепления, да и среди ученых вызывают бурные дискуссии. Неопределенность в отношении терминологии в различных отраслях права влечет проблемы и правоприменительного характера. Ведь известно, что для правильного применения нормы права необходимо уяснить ее содержание, суть. Но, прежде чем термин перейдет в разряд законодательных, закрепленных в нормативных правовых актах, проходит сложный процесс научного осмысления.

Е. Ю. Хромова¹ указывает, что, отмечая несомненную значимость и научную новизну понятия «трансграничный брак», следует отметить необходимость проявления большей четкости в обозначении правовой позиции по вопросу введения в научный оборот соответствующего термина.

Сложность определения понятия «трансграничный брак» вызвана тем, что в российской юридической науке не выработано единого подхода к определению правовой природы брака. Формулирование единого универсального определения понятия «брак» затруднено также и тем, что брак, семья — объект исследования не только юриспруденции, но и философии, социологии, психологии и других наук. Большинство ученых-юристов солидарны с Н. В. Орловой, по мнению которой попытка закрепить термин «брак» в нормативных правовых актах «была бы бесплодной, поскольку это комплексный институт и юридическое определение неизбежно было бы неполным, ибо оно

не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»².

На формирование и развитие понятие «брак» в отечественной юриспруденции оказывали влияние собственные традиции, воздействие международных норм, заимствование зарубежного опыта. Отметим существующие в российской юридической науке основные подходы к пониманию брака.

Ряд авторов определяют брак как договор (гражданско-правовой договор), как семейно-правовое соглашение. Определение брака через соглашение давал Г. Ф. Шершеневич: «С точки зрения юридической брак есть союз мужчины и женщины с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме... В основании брака лежит соглашение между сочетающимися — брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц»³.

Ряд авторов, например И. А. Трофимец⁴, М. В. Антокольская⁵, М. В. Кротов, К. И. Забоев⁶, С. В. Сивохина⁷, Н. Н. Тарусина⁸, определяют брак как договор или как соглашение. Такой договор заключается только между мужчиной и женщиной, подлежит обязательной государственной регистрации, носит бессрочный характер и имеет целью создание семьи. Заключение такого договора влечет возникновение личных и имущественных супружеских правоотношений. Кроме того, авторы уточняют, что это не гражданско-правовой договор, а особое семейно-правовое соглашение.

Другие авторы определяют брак через термин «союз»⁹. Признаками такого союза явля-

¹ Хромова Е. Ю. Особенности правового регулирования браков с гражданами иностранных государств // Вестник МНЭПУ. 2014. № 1. С. 134—135.

² Орлова Н. В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 19—20.

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 367.

⁴ Трофимец И. А. Институт брака в России, государствах-участниках Содружества Независимых Государств и Балтии : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Хабаровск, 2011. С. 10.

⁵ Антокольская М. В. Семейное право : учебник. М. : Юристъ, 2002. С. 76.

⁶ Кротов М. В. Понятие и признаки брака // Гражданское право. М. : Проспект, 2004. Т. 3. С. 372—376 ; Забоев К. И. Принцип свободы договора в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 8.

⁷ Сивохина С. В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 8.

⁸ Тарусина Н. Н. О понятии брака: тенденции доктрины и законодательства // Социально-юридическая тетрадь. 2013. № 3. С. 88.

⁹ См., например: Ермолаева Т. А. Правовое регулирование личных и имущественных правоотношений супругов, имеющих различное гражданство. Саратов, 2011. С. 37.

ются добровольность, равенство сторон, его цель — создание семьи, юридическое оформление (государственная регистрация).

Наиболее аргументированной, на наш взгляд, является позиция, согласно которой цели брака, условия его юридического оформления, способы прекращения и т.п. свидетельствуют о специфическом семейно-правовом договоре.

Действующее законодательство Российской Федерации не содержит определения понятия «брак», не раскрывает его правовую природу. Семейный кодекс Российской Федерации определяет условия действительности брака. Сложность нормативного закрепления понятия брака связана с тем, что брак регулируется не только нормами права, но и различными социальными нормами — нормами морали, обычаями, традициями и т.д.

Различия в правовых системах государств, опыт исторического развития, система моральных и религиозных ценностей, роль обычаев в регулировании общественных отношений — все это предопределяет различия в подходах к понятию брака. Но легальное, нормативное определение брака все же необходимо, так как следует отграничивать брак от иных схожих явлений, например фактических брачных отношений.

Зарубежные страны, в том числе и европейские, в своем законодательстве не определяют понятие брака. Вместе с тем в первой французской Конституции 1791 г. и во Французском гражданском кодексе брак определялся как договор¹⁰. В настоящее время во Франции понятие «брак» трактуется как «законный союз мужчины и женщины, а в некоторых правовых системах — двух людей одного пола». Это уточнение в настоящее время особенно актуально для Франции, где в силу вступил закон, позволяющий однополым парам заключать брак и усыновлять детей.

В законодательстве Германии брак определяется как официальный союз между мужчиной и женщиной для совместного проживания и создания семьи. Немецкий законодатель учитывает, что иностранное право (статут места совершения брака или статут последствий брака) может иначе решать этот вопрос и включать в понятие «брак» временное сожителство, которое не является браком с точки зрения немецкого материального права. Вопрос о том, какая форма совместной жизни признается в качестве брака, решается на основе закона существа отношения (статута места совершения брака)¹¹.

Современное английское семейное законодательство также не содержит прямо выраженного понятия брака, уделяя при этом значительное внимание тому, что браком не является. Именно из норм о недействительности брака (law of nullity) можно получить самое полное представление о том, что же такое брак по современному английскому семейному законодательству. Недействительность брака затрагивает вопросы наличия (отсутствия) юридической силы у предполагаемого брака с момента его заключения¹². Действительность брака во многом определяется соблюдением формальных требований, предусмотренных Законом о браках 1949 г.¹³ Соблюдение предписанного порядка заключения брака направлено в первую очередь на удостоверение в том, что лица, намеревающиеся вступить в брак, свободны для заключения брака и согласны его заключить¹⁴.

В юридической литературе по международному частному праву разные авторы используют термины «трансграничный брак», «трансграничный союз», «интернациональный брак», «международный брак» и др.

При этом, по мнению Е. Ю. Хромовой¹⁵, термины «международный брак», «трансграничный брак» и «интернациональный брак»

¹⁰ Трофимец И. А., Косарев А. А. Дефиниция «брак»: взгляды отечественных и зарубежных цивилистов // Вестник ХГАЭП. 2012. № 1. С. 53.

¹¹ Микитюк С. Я. Способы разрешения коллизий в сфере заключения международных браков // Гуманитарный вестник. 2012. № 4. С. 131.

¹² Бахаева А. Брак в английском праве // URL: https://zakon.ru/blog/2015/4/11/brak_v_anglijskom_prave (дата обращения: 24.02.2018).

¹³ Marriage Act 1949 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76> (дата обращения: 24.02.2018).

¹⁴ Бахаева А. Указ. соч.

¹⁵ Хромова Е. Ю. Коллизионное регулирование трансграничных браков в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 20.

следует считать синонимами. И. В. Гетьман-Павлова и А. С. Касаткина используют термин «смешанные браки» как тождественный термину «иностранные браки», то есть браки, каким-либо образом связанные с порядком двух и более государств¹⁶.

В юридической литературе по международному частному праву используются также термины «брачно-семейные отношения», «семейно-брачные отношения», «семейные отношения». Брак и семья — понятия неразделимые. Основу семьи составляет брак между мужчиной и женщиной, санкционированный обществом. Брак (брачный союз, супружество) определяется как семейная связь между людьми, достигшими определенного возраста, регистрируемая, как правило, государством, реже церковью. Таким образом, брак и семью следует рассматривать прежде всего через призму социальных отношений.

Право осуществляет регулятивную функцию, способствует развитию общественных отношений, направляет их в русло правоотношений. Но право регулирует не все общественные отношения, а наиболее значимые для государства и общества. Такие общественные отношения должны обладать свойством устойчивости, долговременности и объективно возможными для регулирования нормами права. Общественные отношения, возникающие по поводу заключения брака, создания семьи, расторжения брака, также имущественные и личные неимущественные отношения между супругами и другими членами семьи также регулируются правом, так как объективно нуждаются в этом и являются значимыми для государства.

Эти виды отношений объединяет то, что все они возникают из брака, родства и отношений, приравниваемых правом к родству. Таким

образом, специфическим результатом воздействия нормы права на фактические общественные отношения, возникающие из брака и семьи, являются правоотношения, которые в юридической литературе именуется брачно-семейными правоотношениями.

При этом, как отмечает Г. Ю. Федосеевой, использование конструкции «брачно-семейные» представляется наиболее приемлемым, поскольку отражает определенную последовательность юридических фактов (сначала регистрируется брак, а потом уже образуется семья)¹⁷.

В юридической литературе термин «трансграничные отношения» имеет достаточно широкое распространение, его используют многие авторы при исследовании проблем международного частного права¹⁸. Использование термина «трансграничный брак» требует пояснения с точки зрения соотношения терминов «трансграничные отношения» (англ. — cross-border) и «международные отношения».

Термин «международный» используется преимущественно в значении «межгосударственный». Так, еще И. С. Перетерский обратил внимание на то, что в слово «международное» применительно к международному публичному и частному праву вкладывается разный смысл. «Международное публичное право, — писал он, — является международным в том смысле, что оно устанавливает отношения между государствами (*inter gentes*), а международное частное право — в том смысле, что оно устанавливает правоотношения между людьми, принадлежащим разным государствам, правоотношения, выходящие за рамки одной правовой системы и требующие выяснения, какой закон к ним применяется»¹⁹.

¹⁶ Гетьман-Павлова И. В., Касаткина А. С. Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 94.

¹⁷ Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения международного характера и международное частное право: объект и отрасль или две самостоятельные отрасли права? // Lex Russica (Научные труды МГЮА). 2004. № 2. С. 538.

¹⁸ См., например: Баукин И. В. Эволюция института финансирования под уступку денежного требования в трансграничных отношениях // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 9 ; Луткова О. В. Вопросы охраноспособности объектов авторского права в трансграничных частноправовых отношениях // Юридическая наука и практика. 2016. Т. 12. № 3 ; Котельников А. В. Проблемы определения наследственного статуса в трансграничных наследственных отношениях // Общество: политика, экономика, право. 2017. № 6.

¹⁹ Цит. по: Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М. : Международные отношения, 1994.

Г. К. Дмитриева рассматривает трансграничные отношения как синоним международных частноправовых отношений. При этом международные отношения — это отношения, «пересекающие государственные границы»²⁰. Также, по мнению Г. К. Дмитриевой, трансграничные отношения — это отношения, осложненные иностранным элементом²¹.

По мнению Е. Ю. Хромовой, в основе деления общественных отношений на трансграничные и интраграничные лежит критерий положения в социально-географическом (политико-географическом) пространстве. Трансграничные отношения возникают в том случае, когда их субъекты и (или) объекты физически пересекают государственные границы²². Кроме того, поскольку субъектом международных публичных отношений выступает особый субъект — государство, обладающее специфическими полномочиями по определению статуса своих государственных границ, то и пересечение государственных границ происходит в особом, привилегированном порядке. Если же субъектами правоотношений являются физические или юридические лица, то порядок пересечения государственных границ строго регламентирован и связан с оформлением ряда документов. В связи с этим критерием некоторые авторы полагают, что такие отношения следует относить к категории трансграничных или межобщественных отношений, а не межгосударственных, международных²³.

Для отграничения международных и трансграничных отношений необходимо также учитывать такой критерий, как содержание данных отношений. Так, международные отношения — это отношения общественно-политического характера между государствами и государственными организациями: обеспечение мира и безопасности, сотрудничества в экономической, культурной, экологической,

социальной, спортивной и иных сферах²⁴. А трансграничные отношения — отношения частного характера, имущественные и личные неимущественные: торговые, инвестиционные, брачно-семейные, трудовые и др.

По мнению Б. И. Нефёдова²⁵, трансграничные отношения по своему типу не являются ни внутригосударственными отношениями в их чистом виде, ни межгосударственными отношениями. Трансграничные отношения, по мнению данного автора, характеризуются особым субъектным составом и отягощением «иностранным элементом». Правовое регулирование трансграничных отношений осуществляется и нормами национальных правовых систем, и нормами международных договоров.

Г. В. Вильяминов употребляет термин «транснациональные (трансюрисдикционные) отношения». При этом термин «трансюрисдикционный» является более точным²⁶.

Не вполне правильна, на наш взгляд, позиция авторов относительно такой характеристики трансграничных отношений, как пересечение государственных границ (границ, разделяющих национальные общественные системы), поскольку трансграничные отношения могут возникать и в тех случаях, когда отсутствует физическое (фактическое) пересечение государственных границ. Например, когда осуществляется электронный перевод денежных средств между субъектами, находящимися в разных странах.

В юридической литературе для характеристики трансграничных отношений также используется критерий «иностранный порядок». И. В. Гетьман-Павлова при описании и характеристике семейно-правовых институтов с участием иностранцев применительно как к субъекту правоотношения, так и в целом к правоотношению употребляет термин «ино-

²⁰ Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева [и др.] ; отв. ред. Г. К. Дмитриева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ТК Велби, Проспект, 2008. С. 9.

²¹ Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник для бакалавров. М. : Проспект, 2015.

²² Хромова Е. Ю. Указ. соч. С. 135.

²³ Киреев А. А. Регулирование трансграничных отношений российского Дальнего Востока в 1988—2011 гг. // Ойкумена. Регионоведческие исследования. 2011. № 3. С. 8.

²⁴ Власов А. А. Взаимосвязь и правовая регламентация отношений в международном частном и публичном праве // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. 2016. № 2 (41). С. 123.

²⁵ Нефёдов Б. И. Фундаментальные проблемы теории международного права и трансграничные отношения // Евразийский юридический журнал. 2015. № 5 (84). С. 18—23.

²⁶ Вильяминов Г. В. Понятие международного частного права и наука о транснациональных частноправовых отношениях // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2015. № 3. С. 149.

странный правопорядок»²⁷. По всей видимости, данный термин можно определить как систему отношений и связей, урегулированных правом иностранного государства и гарантированных иностранным государством.

По мнению С. Ю. Ли, в сфере брачно-семейных отношений с участием иностранцев применение термина «иностраный правопорядок», вероятно, наиболее тесно связано с юридическими фактами как событиями и действиями, с которыми нормы права связывают возникновение, прекращение или изменение семейно-брачных правоотношений, регулируемых нормами иностранного права. Например, при рассмотрении различного рода исков о брачно-семейных спорах с участием иностранцев может возникнуть необходимость в установлении содержания норм иностранного семейного права. В данном случае ссылка на иностранное право и подлежащий применению закон как иностранный правопорядок была бы наиболее уместной²⁸.

Полагаем, что нельзя согласиться с такой позицией. В теории права правопорядок понимается как система общественных отношений, урегулированная нормами права и гарантированная государством. Правовой порядок — это уже результат правового воздействия на общественные отношения, результат его действия и реализации конкретных правовых предписаний. Именно состояние правовой упорядоченности, урегулированности общественных отношений и отражает правопорядок. Таким образом, правопорядок — это система уже урегулированных правом общественных отношений, результат действия права, а не само право. Поэтому говорить о том, что трансграничные отношения, или отношения, осложненные иностранным элементом, урегулированы иностранным правопорядком — некорректно.

Наиболее ярко характеризует сущность трансграничных отношений связанность их с различными правовыми системами.

М. М. Богуславский верно отмечает: «Для семейного права, как ни для какой другой области правового регулирования, характерны весьма существенные различия между правовыми системами различных государств»²⁹. Уче-

ный объясняет такое положение национальными особенностями, традициями, имеющими вековую историю, воздействием различных конфессий на институт брака.

Дело в том, что правовая система в отечественной теории права традиционно определяется как действующая правовая политика, система источников права, юридической практики, правоотношений в данном государстве в конкретный исторический период. Таким образом, трансграничные отношения — это такие общественные отношения между физическими и юридическими лицами, которые связаны с правовыми системами различных государств, которые регулируются нормами международного частного права.

Для характеристики трансграничных отношений наиболее верным является использование такого признака, как наличие иностранного элемента.

В действующем российском гражданском законодательстве термин «иностранный элемент» закреплен в п. 1 ст. 1186 ГК РФ, который предусматривает применение права к «гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо к гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей».

Несмотря на то что категория «иностранный элемент» закреплена в разд. VI ГК РФ, в юридической науке нет единого мнения о его применении.

Одной из основных проблем является, по мнению некоторых авторов, нарушение структуры правоотношения, разработанной в теории права, согласно которой в составе правоотношений имеются следующие элементы: субъект, содержание (субъективные права и юридические обязанности) и объект. А «иностранный элемент» дополняет данный состав правоотношения в качестве некоего пятого элемента, а это не укладывается в привычную структуру. Как отмечает Н. Ю. Ерпылева, « вместе с тем иностранный элемент не представляет собой отдельного структурного элемента общественного отношения. Это скорее когни-

²⁷ Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право. М., 2009. С. 466.

²⁸ Ли С. Ю. Понятия «иностранец», «иностранный элемент», «иностраный правопорядок» в российском законодательстве и практика их применения к брачно-семейным отношениям // Вестник ХГАЭП. 2010. № 2. С. 64.

²⁹ Богуславский М. М. Международное частное право. М., 2009. С. 474.

тивная конструкция, выполняющая в процессе правового регулирования сигнальную функцию и открывающая дорогу к возможному применению иностранного права»³⁰.

С точки зрения Г. В. Вильямина, спорны и сам критерий иностранного элемента, и его надежность для определения того или иного правоотношения как международного. «Можно ли считать, к примеру, — пишет Г. В. Вильямин, — международной сделкой приобретение иностранцем в России в кредит, скажем, шубы, в том числе и в случае последующего выбытия иностранца за рубеж? С таким же успехом на месте этого иностранца может быть и российский гражданин. И превращает ли его переезд за рубеж данное правоотношение в международное? Главное в любом случае, что к таким и подобным правоотношениям, независимо от наличия “иностранного элемента”, всегда применимо не некое МЧП, а то или иное конкретное национальное право, включая и соответствующие коллизионные и процессуальные нормы. Это, в частности, относится и к правовым нормам различных отраслей национального права, специально посвященным правовому положению иностранных лиц, семейным отношениям с так называемым иностранным элементом»³¹.

В поддержку применения именно данного термина высказывались А. М. Нечаева, Е. А. Криволапова, Н. И. Марышева, В. П. Звеков, Г. Ю. Федосеева и др.

По мнению А. М. Нечаевой, содержание разд. VII СК РФ следует признать более широким, чем его название. По мнению автора, иностранный элемент в составе семейного правоотношения выражен прежде всего в субъекте (иностранных гражданах, лицах без гражданства) или в месте проживания субъектов правоотношения, а также месте заключения брака³². В. П. Звеков считает, что «иностраный элемент» — условное и не совсем точное понятие, но едва ли следует отказываться от устоявшегося термина. Кроме того, он уже употреблен законодателем³³.

Иностраный элемент в брачно-семейных отношениях может выражаться: в иностранном гражданстве; в отсутствии гражданства; в проживании участников правоотношений за пределами государства, гражданами которого являются субъекты правоотношения; в локализации за границей юридического факта и других характеристиках.

По мнению Е. А. Криволаповой, иностранный элемент в брачных правоотношениях проявляется в двух аспектах: во-первых, если субъектом брачного правоотношения является иностранный гражданин; во-вторых, если юридический факт, вследствие которого возникает, изменяется или прекращается правоотношение (например, заключение или расторжение брака), имеет место на территории иностранного государства. Поэтому автор предлагает изменить название разд. VII СК РФ, озаглавив его «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранного элемента»³⁴.

Г. Ю. Федосеева приводила следующие аргументы за применение термина «иностраный элемент». Каждая отрасль права, а в особенности международное частное право, имеет столь прочные исторические корни и традиции, что употребление иногда того или иного термина или содержание правового института больше обусловлены обычаем происхождения. Не для всех явлений и понятий приемлемы единые теоретические разработки и стандарты. В международном частном праве «иностраный элемент» употребляется для отражения некоего инородного характера в правоотношении, выводящего его из-под юрисдикции одного государства³⁵, что, на наш взгляд, наиболее точно и ярко отражает правовую природу трансграничных отношений. Именно наличие юрисдикции разных государств, а не фактическое перемещение государственных границ является признаком трансграничных отношений. Таким образом, трансграничные отношения — это общественные отношения, которые подпадают под юрисдикцию различных государств.

³⁰ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник для вузов. М. : Издательский дом ВШЭ, 2015. С. 21.

³¹ Вильямин Г. В. Указ. соч. С. 137.

³² Нечаева А. М. Комментарий к Семейному кодексу РФ. М., 2009. С. 476.

³³ Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 20—24.

³⁴ Криволапова Е. А. Правовое регулирование брака с участием иностранного элемента : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 9.

³⁵ Федосеева Г. Ю. Указ. соч. С. 542.

Следует согласиться, что употребление термина «иностранный элемент» является наиболее удачным и обоснованным, поскольку является тем «индикатором, который позволяет выявить правовую связь между двумя и более правовыми системами»³⁶.

Таким образом, на наш взгляд, легальная дефиниция «трансграничный брак» необходима, чтобы исключить неопределенность и внести ясность в применение норм, составляющих институт брака.

Исходя из анализа позиций, имеющих в юридической литературе относительно понятий «брак», «трансграничные отношения», полагаем, что трансграничный брак можно определить как комплекс особого рода общественных отношений (имущественных и личных неимущественных) между физическими лицами разного пола (или одного пола), осложненных иностранным элементом и связанных с правовыми системами двух и (или) более государств.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антокольская М. В. Семейное право : учебник. — М. : Юристъ, 2002. — 336 с.
2. Баукин И. В. Эволюция института финансирования под уступку денежного требования в трансграничных отношениях // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 9. — С. 189—194.
3. Бахаева А. Брак в английском праве // URL: https://zakon.ru/blog/2015/4/11/brak_v_anglijskom_prave.
4. Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. — М. : Международные отношения, 1994.
5. Вильяминов Г. В. Понятие международного частного права и наука о транснациональных частноправовых отношениях // Труды Института государства и права Российской академии наук. — 2015. — № 3. — С. 127—151.
6. Власов А. А. Взаимосвязь и правовая регламентация отношений в международном частном и публичном праве // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. — 2016. — № 2 (41). — С. 121—125.
7. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право. — М., 2009. — 207 с.
8. Гетьман-Павлова И. В., Касаткина А. С. Проблемы коллизионного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2017. — № 1. — С. 92—110.
9. Дмитриева Г. К. Международное частное право : учебник для бакалавров. — М. : Проспект, 2015.
10. Ермолаева Т. А. Правовое регулирование личных и имущественных правоотношений супругов, имеющих различное гражданство. — Саратов, 2011. — 176 с.
11. Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник для вузов. — М. : Издательский дом ВШЭ, 2015. — 656 с.
12. Забоев К. И. Принцип свободы договора в российском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2002. — 25 с.
13. Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. — М., 2007. — 392 с.
14. Киреев А. А. Регулирование трансграничных отношений российского Дальнего Востока в 1988—2011 гг. // Ойкумена. Регионоведческие исследования. — 2011. — № 3. — С. 7—19.
15. Котельников А. В. Проблемы определения наследственного статуса в трансграничных наследственных отношениях // Общество: политика, экономика, право. — 2017. — № 6. — С. 83—85.
16. Криволапова Е. А. Правовое регулирование брака с участием иностранного элемента : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 181 с.
17. Кротов М. В. Понятие и признаки брака // Гражданское право. — М. : Проспект, 2004. — Т. 3. — 773 с.
18. Ли С. Ю. Понятия «иностранец», «иностранный элемент», «иностранный правопорядок» в российском законодательстве и практика их применения к брачно-семейным отношениям // Вестник ХГАЭП. — 2010. — № 2. — С. 60—65.
19. Луткова О. В. Вопросы охраноспособности объектов авторского права в трансграничных частноправовых отношениях // Юридическая наука и практика. — 2016. — Т. 12. — № 3. — С. 40—51.

³⁶ Федосеева Г. Ю. Указ. соч. С. 543.

20. Международное частное право : учебник / Л. П. Ануфриева, К. А. Бекашев, Г. К. Дмитриева [и др.] ; отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : ТК Велби ; Проспект, 2008. — 688 с.
21. Микитюк С. Я. Способы разрешения коллизий в сфере заключения международных браков // Гуманитарный вестник. — 2012. — № 4. — С. 127—149.
22. Нефёдов Б. И. Фундаментальные проблемы теории международного права и трансграничные отношения // Евразийский юридический журнал. — 2015. — 5 (84). — С. 18—23.
23. Нечаева А. М. Комментарий к Семейному кодексу РФ. — М., 2009. — 562 с.
24. Орлова Н. В. Правовое регулирование брака в СССР. — М., 1971. — 126 с.
25. Сивохина С. В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Самара, 2006. — 24 с.
26. Тарусина Н. Н. О понятии брака: тенденции доктрины и законодательства // Социально-юридическая тетрадь. — 2013. — № 3. — С. 84—92.
27. Трофимец И. А. Институт брака в России, государствах — участниках Содружества Независимых Государств и Балтии : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Хабаровск, 2011. — 48 с.
28. Трофимец И. А., Косарев А. А. Дефиниция «брак»: взгляды отечественных и зарубежных цивилистов // Вестник ХГАЭП. — 2012. — № 1. — С. 51—58.
29. Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения международного характера и международное частное право: объект и отрасль или две самостоятельные отрасли права? // Lex Russica. — 2004. — № 2. — С. 536—545.
30. Хромова Е. Ю. Коллизионное регулирование трансграничных браков в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014. — 31 с.
31. Хромова Е. Ю. Особенности правового регулирования браков с гражданами иностранных государств // Вестник МНЭПУ. — 2014. — № 1. — С. 134—140.
32. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1995. — 556 с.

Материал поступил в редакцию 13 марта 2018 г.

CONCEPT OF MARRIAGE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

SAVENKO Oksana Evgenievna — PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
oesavenko@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The study of the definition of “cross-border marriage” in private international law is very complex due to uncertainty of approaches to understanding the socio-legal phenomenon of “marriage.” Not all the States have consolidated the term in the legislation. In legal literature many authors point both to the impossibility and absence of necessity of unification of the concept of “marriage” due to the large differences in historical, legal, family, religious tradition, inherent to the field of marriage and family relations in States belonging to different legal systems. In Russian legal science there is no single approach to the definition of “marriage”. The analysis of the legal literature revealed several significant approaches to the solution to the specified question. Thus, marriage is defined as the union of a man and a woman, as a special family law agreement, and as a civil contract. In the science of private international law authors use the terms “international marriage”, “cross-border marriage”, “international marriage” as identical concepts, the term “marriage” is not defined. The author of the article attempts to define the concept of “cross-border marriage” through the relationship between the concepts of “international relations” and “cross border relations”. Traditional is the approach according to which international relations occur between States, between Nations, are political in nature and are the subject of legal regulation of public international law. The term “cross-border relationships” is treated as a synonym to “international private legal relations”, which arise between individuals and legal entities in private law – civil law relations, investment, trade, labour, etc. Therefore, by defining the concept of “marriage” in private international law the author uses the term “cross-border marriage.” In addition, the author identifies the lack of universal criteria (such as features, bases for the evaluation of the phenomena) of referring the relations to cross-border ones. Therefore, the author establishes that these criteria in different sources include subject composition of legal relations and their status,*

political, geographical location and movement of the subjects, the presence of foreign elements, connection with different legal systems, or foreign laws. According to the author, the use of the term “foreign element” is the most successful and justified to the characteristics of cross-border relations.

Keywords: private international law, international relations, international private law relations, cross-border relationships, marriage, cross border marriage, family, international marriage, marriage and family relations, foreign element.

REFERENCES

1. Antokolskaya M.V. *Semeynoe pravo : uchebnik* [Family law: Textbook]. Moscow: Yurist. 2002. P. 76. 336 p.
2. Bukin I.V. *Evolutsiya instituta finansirovaniya pod ustupku denezhnogo trebovaniya v transgranichnykh otnosheniyakh aktualnye problemy rossiyskogo prava* [The evolution of the Institute of financing under assignment of monetary claims in cross-border relationships]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2015. No. 9. Pp. 189—194.
3. Bakhaeva A. *Brak v angliyskom prave* [Marriage in English law]. URL: https://zakon.ru/blog/2015/4/11/brak_v_angliyskom_prave.
4. Boguslavskiy M.M. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo : uchebnik* [Private International law: Textbook]. Moscow, International relations, 1994. URL: <https://www.booksite.ru/localxt/bog/usl/avs/kiy/1.htm>.
5. Velyaminov G.V. *Ponyatie mezhdunarodnogo chastnogo prava i nauka o transnatsionalnykh chastnopravovykh otnosheniyakh* [The concept of private international law and the science of transnational private law relations]. *Trudy instituta gosudarstva i prava rossiyskoy akademii nauk* [Proceedings of the Institute of state and law of the Russian Academy of Sciences]. 2015. No. 3. Pp. 127—151.
6. Vlasov A.A. *Vzaimosvyaz i pravovaya reglamentatsiya otnosheniy v mezhdunarodnom chastnom i publichnom prave* [The relationship and legal regulation of relationships in private and public international law]. *Uchenye trudy rossiyskoy akademii advokatury i notariata* [Scientific works of the Russian Academy of advocacy and notaries]. 2016. No. 2 (41). Pp. 121—125.
7. Getman-Pavlova I.V. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo* [Private International Law]. Moscow, 2009. 207 p.
8. Getman-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. *Problemy kollizionnogo regulirovaniya brachnosemeynykh otnosheniy v mezhdunarodnom chastnom prave rossii* [Some issues of conflict of laws regulation of marriage and family relations in private international law of Russia]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics]. 2017. No. 1. Pp. 92—110.
9. Dmitrieva G.K. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik dlya bakalavrov* [Private International Law: Course Book for Bachelor Degree Students]. Moscow, Publishing House "Prospect", 2015. URL: <https://books.google.ru/books>.
10. Zaboiev K.I. *Printsip svobody dogovora v rossiyskom grazhdanskom prave: Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Principle of freedom of contract in Russian civil law: Abstract of the PhD Thesis (Legal Sciences)]. Ekaterinburg, 2002. 25 p.
11. Zvekov V. P. *Kollizii zakonov v mezhdunarodnom chastnom prave* [Conflict of laws in private international law]. Moscow, 2007. 392 p.
12. Ermolaeva T.A. *Pravovoe regulirovanie lichnykh i imushchestvennykh pravootnosheniy suprugov, imeyushchikh razlichnoe grazhdanstvo* [Legal regulation of personal and property relations of spouses having different nationality]. Saratov, 2011. 176 p.
13. Erpyleva N.Yu. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik dlya vuzov* [Private International Law: Course Book for High Schools]. Moscow, Izdatelskiy dom vysshey shkoly ekonomiki [Publishing house of the Higher School of Economics], 2015. 656 p.
14. Kireev A.A. *Regulirovanie transgranichnykh otnosheniy rossiyskogo dalnego vostoka v 1988—2011 gg.* [Regulation of cross-border relations of the Russian Far East in 1988—2011]. *Oykumena. Regionovedcheskie issledovaniya* [Ecumene. Regional studies research]. 2011. No. 3. Pp. 7—19.
15. Kotelnikov A.V. *Problemy opredeleniya nasledstvennogo statusa v transgranichnykh nasledstvennykh otnosheniyakh* [The problem of determining genetic status in cross-border inheritance relationships]. *Obshchestvo: politika, ekonomika, pravo* [Society: politics, economics, law]. 2017. No. 6. Pp. 83—85.

16. Krivolapova E.A. *Pravovoe regulirovanie braka s uchastiem inostrannogo elementa: Dis. ... kand. jurid. nauk* [Legal regulation of marriage involving foreign elements: PhD Thesis (Legal Sciences)]. Moscow, 2007. 181 p.
17. Krotov M.V. *Ponyatie i priznaki braka* [The concept and characteristics of marriage]. *Grazhdanskoe pravo* [Civil law]. Vol. 3. Moscow: Prospect, 2004. 773 p.
18. Lee S.Yu. *Ponyatiya «inostranets», «inostranny element», «inostranny pravoporyadok» v rossiyskom zakonodatelstve i praktika ikh primeneniya k brachnosemeynym otnosheniyam* [Concepts of "foreigner", "foreign element", "foreign law" in the Russian legislation and their practical application to marriage and family relations]. *Vestnik KhGAEP* [Khabarovsk State University of Economics and Law Bulletin]. 2010. No. 2. Pp. 60—65.
19. Lutkova O.V. *Voprosy okhranosposobnosti obektov avtorskogo prava v transgranichnykh chastnopravovykh otnosheniyakh* [Questions of patentability of objects of copyright in cross-border private-law relations]. *Yuridicheskaya nauka i praktika* [Legal science and practice]. 2016. Vol. 12. No. 3. P. 40—51.
20. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: uchebnik* [Private International Law: Course book]. L.P. Anufrieva, K.A. Bekyashev, G.K. Dmirieva [et al.]; edited by G.K. Dmitrieva. 2nd edition., rev. and suppl. Moscow: TK Velbi: Publishing house Prospect, 2008. 688 p.
21. Mikityuk S.Ya. *Sposoby razresheniya kolliziy v sfere zaklyucheniya mezhdunarodnykh brakov* [Methods of resolving conflicts related to entering into international marriages]. *Gumanitarnyy vestnik* [Humanities Bulletin]. 2012. No. 4. P. 127—149.
22. Nechaeva A.M. *Kommentariy k semeynomu kodeksu RF* [Commentary to the Family Code of the Russian Federation]. Moscow, 2009. 562 p.
23. Nefedov B.I. *Fundamentalnye problemy teorii mezhdunarodnogo prava i transgranichnye otnosheniya* [Fundamental problems of international law theory and cross-border relationships]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal* [Eurasian law journal]. 2015. 5 (84). Pp. 18—23.
24. Orlova N.V. *Pravovoe regulirovanie braka v SSSR* [Legal regulation of marriage in the USSR]. Moscow, 1971. 126 p.
25. Sivokhina S.V. *Ponyatie braka i usloviya ego deystvitelnosti v sovremennom prave rossii i frantsii: Avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk* [The concept of marriage and conditions of its validity in the modern law of Russia and France: Abstract of the PhD Thesis (Legal Sciences)]. Samara, 2006. 24 p.
26. Tarusina N.N. *O ponyatii braka: tendentsii doktriny i zakonodatelstva* [About the concept of marriage: trends in the doctrine and law]. *Sotsialnoyuridicheskaya tetrad* [Socio-legal journal]. 2013. No. 3. Pp. 84—92.
27. Trofimets I.A. *Institut braka v rossii, gosudarstvakh-uchastnikakh sodruzhestva nezavisimyykh gosudarstv i baltii: Avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk* [The institution of marriage in Russia, memeber States of the Commonwealth of independent States and Baltic States: Abstract of the Doctoral Degree Thesis (Legal Sciences)]. Khabarovsk, 2011. 48 p.
28. Trofimets I.A., Kosarev A.A. *Definitsiya «brak»: vzglyady otechestvennykh i zarubezhnykh tsivilistov* [The definition of "marriage": views of domestic and foreign jurists]. *Vestnik KhGAEP* [Khabarovsk State University of Economics and Law Bulletin]. 2012. No. 1. Pp. 51—58.
29. Fedoseeva G.Yu. *Brachnosemeynye otnosheniya mezhdunarodnogo kharaktera i mezhdunarodnoe chastnoe pravo: obekt i otrasl ili dve samostoyatelnye otrasli prava?* [Marriage and family relations of international nature and international private law: object and a branch or two separate branches of law?]. LEX RUSSICA (Scientific works of Moscow State Law Academy). 2004. No. 2. Pp. 536—545.
30. Khromova E.Yu. *Kollizionnoe regulirovanie transgranichnykh brakov v mezhdunarodnom chastnom prave: Avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk.* [Conflict regulation of cross-border marriages in private international law: Abstract of the PhD Thesis (Legal Sciences)]. Moscow, 2014. 31 p.
31. Khromova E.Yu. *Osobennosti pravovogo regulirovaniya brakov s grazhdanami inostrannykh gosudarstv* [Features of legal regulation of marriage with citizens of foreign countries]. *Vestnik MNEPU* [Bulletin of the International Independant University for the Environment and Politics]. 2014. No. 1. Pp. 134—140.
32. Shershenevich G. F. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* [Course Book of Russian civil law]. Moscow, 1995. 556 p.

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ТЕРРОРИЗМУ: ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ

М. Б. Колотков*

АНТИТЕРРОРИСТИЧЕСКИЙ ПОТЕНЦИАЛ ЭКСТРАДИЦИИ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX — НАЧАЛЕ XX В.

Аннотация. Статья посвящена институту выдачи преступников в Российской империи во второй половине XIX — начале XX в., который к этому времени еще не нашел полного оформления в международном праве. Исследовано состояние российского законодательства по вопросам, регламентировавшим порядок экстрадиции. Во второй половине XIX в. в России, в отличие от некоторых европейских стран, законодательство не располагало нормативными положениями, регламентировавшими порядок выдачи преступников. Только с принятием нового Уголовного уложения в 1903 г. в национальном законодательстве появились нормы, отчасти регламентировавшие эту процедуру. Изучены основные экстрадиционные договоры, заключенные Россией с европейскими странами во второй половине XIX в. Начиная с 1866 г. российское правительство стало довольно активно заключать с европейскими странами специальные конвенции о выдаче преступников. Особое внимание уделено анализу порядка выдачи политических преступников. Отмечено, что принцип невыдачи политических преступников, хотя и являлся общепризнанным, представлялся весьма спорным и неоднозначным как для специалистов уголовного права, так и для юристов-международников, особенно в 70—90-х гг. XIX в., когда многие цивилизованные страны столкнулись с проблемой противодействия терроризму. Законодательство практически всех европейских стран запрещало экстрадицию политических преступников, что находило отражение в соответствующих международных договорах. Нередко ранее выдававшая политических преступников Россия лишь после 1866 г., а именно с момента заключения первых картельных конвенций с европейскими странами, стала отказываться от экстрадиции за совершение политических преступлений. В рамках оценки антитеррористического потенциала экстрадиции в Российской империи делается вывод, что независимо от того, что во второй половине XIX в. получили однозначное оформление многие общепризнанные нормы международного права, в конвенциях хотя и нечасто, но продолжал проследиваться индивидуальный подход к вопросу экстрадиции политических преступников.

Ключевые слова: право, экстрадиция, институт выдачи преступников, политические преступления, террор, терроризм, экстрадиционный процесс, нормы международного права, международные договоры, право на убежище.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.117-128

На рубеже XIX—XX вв. институт выдачи преступников еще не нашел полного оформления в международном праве. Однако сле-

дует признать, что именно к этому периоду экстрадиция приобрела статус необходимого средства реализации уголовной политики как

© Колотков М. Б., 2018

* Колотков Михаил Борисович, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Информационно-аналитического центра Санкт-Петербургского политехнического университета Петра Великого
mkolotkov@yandex.ru
195251, Россия, г. Санкт-Петербург, ул. Политехническая, д. 29

в России, так и во многих других странах. Являясь особой формой деятельности государства, направленной на охрану правопорядка, правовые основы выдачи отдельных категорий преступников входили в число дискуссионных вопросов: основания выдачи могли быть определены путем применения разных концепций. Основным критерием разграничения существовавших в тот период теорий выдачи являлось наличие или отсутствие юридических оснований для применения этого института: либо необходимо иметь соответствующие нормативные предписания, устанавливающие правомерность выдачи, либо нужно признать, что выдача преступников основывалась исключительно на политических соображениях и фактически никак не подкреплялась правом. Вообще, свобода принятия решения, равно как и свобода действий, возможна исключительно среди равных субъектов и в четко обозначенном правовом пространстве. Сам факт обладания властью позволяет при необходимости делать политическую надстройку на принятии отдельных правовых решений. Наиболее наглядно это проявлялось при оперировании такими неопределенными понятиями, как «общественный порядок», «безопасность государства», «государственный интерес» и т.д.¹ Государственная власть сама наполняла нужным для нее содержанием любое решение, что наглядно выражалось при применении института выдачи преступников и в России, и в других странах.

Российская империя в вопросе определения основания выдачи придерживалась первой из обозначенных выше точек зрения, она была положена в основу российского уголовного закона. Так, в объяснительной записке к Уголовному уложению отражено, что «юридическое основание права и обязанности выдачи коренится в принципе солидарности государств относительно совместной защиты против деяний, колеблющих юридический порядок»². Подобной позиции придерживались многие европейские страны. Согласно резолюции Мюнхенского конгресса Института международного права «всякое государство, ...имея

в своих руках виновного, может его судить и наказать, предполагая, разумеется, что существуют вполне достаточные доказательства учинения им тяжкого преступления и его виновности, если при том самое место учинения этого преступного деяния не может быть констатировано, или выдача виновного не может быть допущена или же признается опасной»³.

Имея ярко выраженную уголовно-политическую окраску, функция экстрадиции в Российской империи и во многих европейских странах реализовывалась министерством иностранных дел на основании принимаемого правительством решения о выдаче преступника. Это министерство обладало исключительным правом заключения международных договоров о выдаче, принятия конкретных экстрадиционных решений, а также реализации отдельных мероприятий, по своей сущности относящихся к компетенции органов суда. Как ни парадоксально, к полномочиям судебных органов не относилось право принятия окончательного решения об экстрадиции. При этом только суды избирали в отношении обвиняемых лиц меру пресечения. Более того, именно судебные органы разрешали процедурные вопросы, связанные с реализацией нормативных предписаний как национального законодательства, так международных конвенций и трактатов о выдаче. Подобная практика поддерживалась многими зарубежными учеными и в целом международным сообществом: Институт международного права в ходе Оксфордского съезда принял 18 постановлений по данному вопросу⁴. Многие исследователи считали такое отношение к институту экстрадиции неверным. Например, Д. П. Никольский полагал, что «выдача, как особая форма международного уголовного судопроизводства, должна быть всецело вверена судебной власти»⁵.

Во второй половине XIX в. российское законодательство, в отличие от некоторых европейских стран, не располагало нормативными положениями, регламентирующими порядок выдачи преступников. С принятием нового Уголовного уложения в 1903 г. в национальном законодательстве появились нормы, отчасти ре-

¹ См.: Колотков М. Б. Терроризм и государство: технология конфликта : монография. М., 2017. С. 64—77, 95—120.

² Цит. по: Таганцев Н. С. Курс уголовного права. СПб., 1902. С. 261.

³ Цит. по: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 262.

⁴ Никольский Д. П. О выдаче преступников по началам международного права. СПб., 1884. С. 275.

⁵ Никольский Д. П. Указ. соч. С. 267.

гламентировавшие эту процедуру. В частности, ст. 13 Уложения предусматривала выдачу иностранного гражданина, совершившего тяжкое преступление за пределами России, «согласно договору, заключенному с государством, требующим выдачи обвиняемого», или на условиях взаимности⁶. Только 15 декабря 1911 г. был принят Закон Российской империи «О выдаче преступников по требованиям иностранных государств» — специальный нормативный правовой акт, посвященный процедуре регулирования экстрадиции преступников⁷. В числе прочих положений Закон нормативно закрепил невозможность включения во вновь принимаемые экстрадиционные договоры положений, налагающих на российскую сторону обязательства большие, чем установлены данным Законом. По своей сущности являясь единственным нормативным правовым актом, посвященным институту выдачи, Закон от 15 декабря 1911 г. в виде отдельной главы с одноименным названием, состоящей из 25 статей, был включен в Устав уголовного судопроизводства⁸. Примечательно, что после включения в Устав Закон не был отменен, даже в Своде законов Российской империи присутствовала постатейная двойная нумерация его нормативных положений.

Таким образом, для того, чтобы институт выдачи успешно функционировал, необходимо, с одной стороны, чтобы национальное законодательство обладало соответствующими нормативными предписаниями, а с другой, чтобы между государствами были установлены взаимные юридические основания его реализации, выраженные в форме соответствующих международных договоров (соглашений, конвенций, трактатов и др.). В период до 1864 г., а именно до принятия Судебных уставов, российское правительство, как правило, получало отказ в выдаче обвиняемых в совершении как общеуголовных преступлений, так и преступлений террористического характера. Дан-

ный факт в очередной раз свидетельствовал о большом влиянии социальных интересов на развитие международных отношений.

Анализ документальных материалов периода 60-х гг. XIX в. о расследовании политических преступлений также позволяет сделать вывод, что российское правительство не придавало существенного значения необходимости формирования выгодного для него политико-правового имиджа на международной арене. Ситуация с русским революционером М. С. Бейдемманом, у которого при обыске был найден манифест с призывами крестьян к уничтожению самодержавия и свержению Александра II, подписанный вымышленным императором Константином I, являлась наглядным примером «свободного» отношения к праву. Задержанный 18 августа 1861 г. финской полицией по причине отсутствия паспорта М. С. Бейдемман был передан Финляндией России, после чего без суда и следствия «до особого распоряжения» заключен в Алексеевский равелин Петропавловской крепости, где тайно содержался в одиночном заключении 20 лет, а впоследствии еще 6 лет вплоть до своей смерти в Казанской больнице для умалишенных⁹. Глава III Отделения граф П. А. Шувалов после получения от М. С. Бейдеммана добровольных письменных объяснений представил данное дело в качестве неудачного покушения на императора. При этом даже формального процесса по делу III Отделение не проводило, ограничившись исключительно письменными объяснениями, записками и заявлениями М. С. Бейдеммана: других материалов в его архивном деле не сохранилось. В результате 27 сентября 1861 г. Александр II на одной из записок П. А. Шувалова по делу М. С. Бейдеммана поставил резолюцию следующего содержания: «Не предавая его покуда военному суду, оставить в заключении в крепости»¹⁰. 20 июня 1881 г. Александр III

⁶ Уголовное уложение 22 марта 1903 года. С мотивами, извлеченными из объяснительной записки редакционной комиссии, представления Министерства юстиции в Государственный совет и журналов — особого совещания, особого присутствия департаментов и общего собрания Государственного совета. СПб. : Издание Н. С. Таганцева, 1904. С. 5.

⁷ Родионов К. С. Закон Российской империи 1911 года об экстрадиции // Государство и право. 2003. № 7. С. 81.

⁸ Устав уголовного судопроизводства : (Свод зак. т. 16, ч. 1, изд. 1892 г. и по прод. 1906 г., с позднейш. узаконен. до 15 окт. 1908 г.) : С алф. указ. и хрон. указ. законов. Неофиц. изд. СПб. : Кн. маг. Н. К. Мартынова, 1909. Ст. 852/1—852/25.

⁹ См.: Щеголев П. Е. Таинственный узник (М. С. Бейдемман) // Былое. 1919. № 14. С. 152—208.

¹⁰ Щеголев П. Е. Указ. соч. С. 183.

принял решение выпустить М. С. Бейдемана и при наличии у него такого желания «свезти в далекие и малолюдные места Сибири на жительство»¹¹. Однако министр внутренних дел Н. П. Игнатьев и директор Департамента полиции В. К. Плеве не нашли возможным освободить заключенного и приняли решение отправить его в Казанскую больницу для умалишенных, в которой он также находился в полной изоляции от окружающих и под постоянным надзором. Существовали и другие примеры несоответствия российского права европейским критериям правосудия.

Таким образом, заключение с Россией социальных международных договоров, к которым относились конвенции о выдаче преступников, по мнению правительств большинства европейских стран, не представлялось возможным, поскольку необходимо, чтобы государства признавали не только правоспособность друг друга, но и обеспечивали равный объем гарантий социальной защищенности граждан. В числе прочих проблем причиной этого являлась неразбериха с реализацией процедуры уголовного судопроизводства: в Российской империи действовали суды, значительно отличающиеся друг от друга по характеру осуществления правосудия¹². Однако существовали пути разрешения этой проблемы. В частности, еще 17 марта 1830 г. между Россией и Пруссией была подписана Картельная конвенция, статья 15 которой определяла необходимость выдачи любого лица, за исключением собственных подданных, совершившего уголовное преступление или подозреваемого в его совершении¹³. Примечательно, что в связи с различием уголовных законов России и Пруссии правительства обеих стран после длительных переговоров решили не отражать в основном тексте Конвенции порядок выдачи политических преступников,

зафиксировав эти положения в Секретной декларации от 17 марта 1830 г. Согласно этому документу Россия и Пруссия «будут уважать... требования о выдаче за совершение такого рода преступных деяний» и рассматривать вопрос об экстрадиции применительно к каждому конкретному случаю¹⁴. Кроме того, Секретная декларация позволила российскому и прусскому правительствам пользоваться правом на основании национального законодательства принимать решение об отнесении совершенного лицом уголовного преступления к категории политических.

Начиная с 1866 г. российское правительство стало довольно активно заключать с европейскими странами специальные конвенции о выдаче преступников. Первым из таких международных экстрадиционных договоров была принята Конвенция о взаимной выдаче преступников, заключенная между Россией и Данией от 2 октября 1866 г., содержание которой легло в основу большинства последующих соглашений о выдаче. В самом начале Конвенции (ст. 1) закреплено положение о том, что «обязательство выдачи ни в каком случае не распространяется на собственных подданных того государства, от которого выдача требуется»¹⁵. С этим правовым положением были согласны далеко не все правоведы того периода. По мнению Ф. Ф. Мартенса, «выдача собственных подданных тому государству, в пределах которого они совершили преступные действия, служила бы только доказательством уважения к правосудию чужой заинтересованной страны»¹⁶. Однако международная практика свидетельствовала об обратном. Примечательно, что согласно ст. 2 Конвенции к подданным в тот период относились не только лица, приобретшие его «рождением или иным образом», но и «иностранцы, в стране поселившиеся и име-

¹¹ Щеголев П. Е. Указ. соч. С. 199.

¹² См.: Колотков М. Б. Терроризм и государство: технология конфликта : монография. М., 2017. С. 120—130.

¹³ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россиею с иностранными державами / сост. Ф. Ф. Мартенс. СПб. : Типография Мин-ва путей сообщения, 1888. Т. VIII : Трактаты с Германией. 1825—1888. С. 136—137.

¹⁴ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россиею с иностранными державами. Т. VIII. С. 145.

¹⁵ Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россиею с иностранными державами (1774—1906). Варшава : Типография Варшавского учебного округа, 1906. С. 426.

¹⁶ Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов : в 2 т. / под ред. В. А. Томсинова. М. : Зерцало, 2008. Т. 2. С. 169.

¹⁷ Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россиею с иностранными державами (1774—1906). С. 426.

ющие жительство»¹⁷. В статье 3 Конвенции перечислены 9 составов преступлений, за совершение которых лицо подлежало выдаче, причем все составы носили общеуголовный характер. Право выдачи (невыдачи) политических преступников Конвенция не обговаривала. Однако международная практика того времени свидетельствовала о том, что помимо договорных отношений, существовало и другое основание выдачи преступников — взаимность. Иными словами, даже при взаимоотношениях с государствами, с которыми не были заключены соответствующие международные договоры, институт выдачи преступников должен был основываться на началах взаимности. Об этом прямо указано в Уголовном уложении 1845 г. и его последующих редакциях. Так, согласно ст. 173 Уложения русские подданные, совершившие на территории Российской империи преступление (предусмотрено этой статьей) и бежавшие за границу, подлежат выдаче «как по трактатам, так и без них, на основании взаимности»¹⁸. Данная позиция имела нормативное закрепление и в международных документах: в резолюции Оксфордского съезда Института международного права отмечалось, что «выдача может быть практикуема наиболее твердым и правильным образом только в том случае, когда существуют трактаты»¹⁹. Примечательно, что Оксфордское постановление Института международного права признало тот факт, что начало взаимности о выдаче преступников «может быть требуемо политикой, но не вытекает из начал права»²⁰.

В некоторых случаях для нормативного закрепления условия взаимности создавался специальный международный договор. Например, 3 октября 1860 г. между Россией и Австрией была подписана Декларация об установлении взаимности между законодательствами обеих империй касательно наказания преступлений, учиненных во владениях одной из сих держав против безопасности другой. Данный

документ перечислял составы преступлений по Австрийскому уголовному уложению (ст. 58, 66) и российскому Уложению о наказаниях (ст. 275—277, 283, 284, 287) и устанавливал, что «применение вышеозначенных статей к преступлениям, учиненным против иностранного государства или государя, подчинено условию взаимности»²¹. Анализ составов преступлений, предусмотренных ст. 58 Австрийского уголовного уложения, свидетельствовал о том, что некоторые из них являлись преступными деяниями террористического характера и относились к категории государственных или политических преступлений.

3 ноября 1869 г. между Россией и Гессеном была подписана Конвенция о взаимной выдаче преступников, которая, за незначительным исключением, состояла из тех же положений, что и российско-датская конвенция 1866 г. Вместе с тем, не предусматривая выдачу собственных подданных, договаривающиеся стороны взяли обязательство в соответствии с национальным законодательством расследовать «все преступления и проступки, совершенные их подданными против законов противной стороны, как скоро предъявлено будет о том требование и если притом эти преступления или проступки могут быть включены в одну из категорий, исчисленных в ст. 3»²². Следует отметить положения ст. 6 Конвенции, согласно которым выдача за совершение политического преступления документом не предусматривалась. Конвенция о взаимной выдаче преступников, заключенная между Россией и Швейцарией 5 ноября 1873 г., равно как и Конвенция о взаимной выдаче преступников, заключенная между Россией и Австрией 3 октября 1874 г., также налагала запрет на выдачу политических (государственных) преступников²³.

Принцип невыдачи политических преступников хотя и являлся общепризнанным, но представлялся весьма спорным и неоднозначным как для специалистов уголовного права,

¹⁸ Цит. по: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 265.

¹⁹ Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 266.

²⁰ Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 268.

²¹ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами / сост. Ф. Ф. Мартенс. СПб. : Типография Министерства путей сообщения, 1878. Т. IV. Ч. 2 : Трактаты с Австрией. 1878. С. 734.

²² Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774—1906). С. 430.

²³ Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774—1906). С. 450—463.

так и для юристов-международников, в особенности в 70—90-х гг. XIX в., когда многие цивилизованные страны столкнулись с проблемой противодействия терроризму. Сторонники невыдачи, как правило, руководствовались опытом прошлого и не учитывали в должном объеме характер происходивших в обществе социально-политических изменений. При разграничении правового и политического пространств, правового и политического порядков в государстве у такого преступника исчезал один из основополагающих признаков преступления — общественная опасность, поскольку лицо являлось политически опасным не для всех стран на международной арене, а только лишь для одного-единственного государства²⁴.

В договоре между Россией и Гессеном от 3 ноября 1869 г. отмечалось, что покушение на жизнь монарха или членов его дома не является преступлением политическим, а признается общеуголовным, за которое экстрадиция Конвенцией предусмотрена. Мировая практика свидетельствовала о том, что впервые такая правовая норма была закреплена в 1856 г. в законодательстве Бельгии. Впоследствии, по предложению бельгийского правительства, она была включена как в национальные законодательства практически всех европейских стран, так и в заключаемые между государствами международные договоры. Впервые в российской истории данное положение появилось в 1867 г. — в российско-голландском договоре о взаимной выдаче преступников. Впоследствии эта норма регулярно входила в заключаемые Россией с другими странами международные правовые акты. Например, 1 января 1885 г. в нотах, которыми обменялись российский министр иностранных дел с уполномоченным Прусского королевства относительно выдачи преступников, отмечалось, что Россия обязалась выдавать прусских подданных, а Пруссия соответственно российских, обвиняемых в совершении перечисленных в ноте преступлений в отношении монарха и членов его семейства. Отмечалось, что «если престу-

пление или проступок, по поводу коих требуется выдача, были совершены с политической целью, то это обстоятельство ни в каком случае не может служить основанием к отказу в выдаче»²⁵. 19 сентября 1885 г. в дополнение к продолжавшей действовать Конвенции о выдаче преступников от 26 февраля 1869 г. Россия заключила соглашение с Баварией в форме обмененных нот относительно взаимной выдачи преступников²⁶, в котором закрепила аналогичные нормативные предписания.

Кроме вышеперечисленных конвенций Россией в 60—90-х гг. XIX в. было подписано внушительное количество международных экстрадиционных договоров, в том числе с Италией (1 мая 1871 г.), Бельгией (23 августа 1872 г.), Монако (24 августа 1883 г.), Португалией (28 апреля 1887 г.), Испанией (12 апреля 1888 г.), Великим Герцогством Люксембургским (19 марта 1892 г.), Соединенными Штатами Северной Америки (16 марта 1887 г., дополнительный протокол 19 февраля 1893 г.) и др.²⁷ Всего с 1866 по 1911 г. Россия заключила 24 международных договора об экстрадиции²⁸.

К одному из немногих случаев экстрадиции российских подданных, обвиняемых в совершении преступлений террористического характера, следует отнести выдачу в 1872 г. России Швейцарией С. Г. Нечаева. На момент выдачи между двумя странами еще не был заключен экстрадиционный договор: Конвенция о взаимной выдаче преступников была принята лишь 5 ноября 1873 г. Исходя из существовавшей в тот период практики, подкрепленной большинством заключенных международных договоров, политические преступники ни при каких обстоятельствах не подлежали выдаче. Это правоположение также вошло в текст российско-швейцарской конвенции в ноябре 1873 г.: ст. 6 закрепляла невозможность экстрадиции лиц, совершивших политические преступления. Российская сторона это понимала, поэтому предприняла все возможные меры, чтобы представить совершенное С. Г. Нечаевым преступление не государственным,

²⁴ См.: Мартенс Ф. Ф. Указ. соч. С. 172—175.

²⁵ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами. Т. VIII. С. 693.

²⁶ Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами. Т. VIII. С. 732—734.

²⁷ См.: Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774—1906). С. 425—519.

²⁸ См.: Рябцева Е. В. Взаимосвязь международно-правовых и национальных норм в российском уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 2. С. 70—78.

а общеуголовным. Сделать это было довольно сложно, поскольку в июле 1871 г. в Санкт-Петербургском окружном суде в ходе заочного судебного заседания С. Г. Нечаеву вменялось создание тайной организации с целью «расшатать прежде государственную машину» и впоследствии предпринять попытку свержения монархического строя²⁹. Сразу же после его ареста 2 августа 1872 г. швейцарские власти потребовали от российской стороны доказательств, что С. Г. Нечаев после выдачи будет привлекаться к ответственности как уголовный преступник, а российское правительство исключит возможность привнесения политической составляющей в судебный процесс. Швейцария затребовала у России не только обвинительное заключение по делу С. Г. Нечаева, но и все собранные о нем материалы³⁰. Швейцарские власти также настоятельно требовали от Министерства иностранных дел России и русской дипломатической миссии в Берне, чтобы на заявлении о выдаче С. Г. Нечаева стояла личная подпись Александра II.

Российское правительство в этой ситуации было поставлено в затруднительное положение, поскольку дело в отношении С. Г. Нечаева по причине его бегства за границу было приостановлено, поэтому требуемого Швейцарией обвинительного заключения не имелось. Кроме того, из переписки товарища шефа жандармов и главного начальника III Отделения Н. В. Левашова с министром иностранных дел А. М. Горчаковым следовало, что российская сторона опасалась передавать судебные материалы швейцарскому правительству в связи с риском обнаружения в них политического следа и, как следствие, возможного отказа в выдаче С. Г. Нечаева³¹. По этой причине в Швейцарию были направлены постановление о привлечении к суду С. Г. Нечаева по делу об убийстве И. И. Иванова, а также постановление о задержании С. Г. Нечаева с приложением имевшихся доказательств его виновности, из которых были исключены материалы, подтверждавшие политический характер совершенного преступления³². В ре-

зультате 7 сентября 1872 г. швейцарское правительство признало общеуголовным совершенное С. Г. Нечаевым преступление, приняло положительное решение о его экстрадиции в Россию, и 31 октября 1872 г. С. Г. Нечаев был доставлен в Санкт-Петербург³³. В 1873 г. Московским окружным судом он был приговорен к 20 годам каторжных работ. Однако российское правительство не выполнило взятых при экстрадиции обязательств: С. Г. Нечаев был посажен в Петропавловскую крепость, где с ним обращались как с политическим, а не уголовным преступником.

Столкнувшись с очевидными трудностями при осуществлении выдачи С. Г. Нечаева, швейцарские власти решили заключить с Россией соответствующий экстрадиционный договор, в котором четко зафиксировать все проблемные положения, присущие этой процедуре. В итоге 5 ноября 1873 г. между Россией и Швейцарией была заключена Конвенция о взаимной выдаче преступников. Примечательно, что помимо закрепления 16 составов общеуголовных преступлений, за которые предусмотрена экстрадиция, фиксации общепринятого в международной практике положения о невыдаче политических преступников, нормативного закрепления иных важных аспектов в Конвенцию не были включены положения, выполнения которых ранее требовала Швейцария при выдаче С. Г. Нечаева, например обязательное визирование императором заявления о выдаче преступника. Однако сам факт принятия Конвенции свидетельствовал о формальном соответствии российского законодательства европейским правовым стандартам, а также о признании России равным субъектом международных отношений.

Вообще, международное сотрудничество России и Швейцарии в последней четверти XIX в. не всегда было продуктивным для российской стороны. После успешной организации процедуры выдачи С. Г. Нечаева в российско-швейцарских отношениях на первый план вышли правовые, но никак не политические аспекты. В частности, как только у швейцар-

²⁹ См.: Нечаев и нечаевцы : сборник материалов / подгот. к печати В. И. Козьмин ; Централрхив. М. ; Л. : Соцэкгиз, 1931.

³⁰ Архив внешней политики Российской империи (далее — АВП РИ). Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843. Д. 1111. Л. 156.

³¹ АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843. Д. 1111. Л. 161.

³² АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843. Д. 1111. Л. 204.

³³ АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843. Д. 1111. Л. 246—325.

ского правительства появились доказательства пропаганды П. А. Кропоткиным среди рабочих анархистских идей, направленных на свержение государственного строя, он был выслан из Швейцарии. Российская дипломатическая миссия в Берне путем своевременного информирования способствовала принятию Швейцарией соответствующих мер о его высылке: ни о какой экстрадиции П. А. Кропоткина в Россию не могло быть и речи, поскольку он относился к числу политэмигрантов. В 1884 г. Швейцария выдала российскому правительству еще одного политического преступника — революционера Л. Г. Дейча. Опасаясь возможных дипломатических осложнений, Л. Г. Дейч перед швейцарскими властями был представлен обычным уголовным преступником, покушавшимся на убийство человека. В этом же году российской дипломатической миссией в Берне была предпринята попытка выдачи революционера-террориста С. М. Кравчинского. Однако Швейцария отказала в его экстрадиции, сославшись на ст. 6 Конвенции о взаимной выдаче преступников³⁴. Поскольку С. М. Кравчинскому Швейцарией было предоставлено политическое убежище, его выдача свидетельствовала бы о грубейшем нарушении общепризнанных норм международного права, а именно политических прав граждан, и дискредитировала бы швейцарское правительство на международной арене.

В 80-х гг. XIX в. Россией предпринимались попытки установления полного контроля над русскими подданными, проживавшими в Швейцарии либо прибывавшими в эту страну на непродолжительное время. В частности, российская дипломатическая миссия в Берне предложила швейцарским властям изменить порядок оформления паспортов для выезда за границу, а также ввести обязательную регистрацию всех прибывавших в страну российских подданных. Кроме того, предлагалось осуществлять выдачу разрешений на жительство в Швейцарии только после установления русской миссией законности принадлежащих российским подданным документов³⁵. Швейцарское правительство, рассмотрев предло-

жения российской стороны, приняло решение о необходимости заключения между странами международного договора, регулировавшего порядок пребывания в Швейцарии русских подданных, однако отказалось при этом предоставлять сведения об отдельных категориях граждан (студентах, политэмигрантах и др.). При всем желании оказать помощь в борьбе с революционным террором швейцарские власти старались вести диалог с Россией исключительно в правовом поле и не нарушать ни норм действовавшего швейцарского законодательства, ни общепризнанных норм международного права. В результате после длительных российско-швейцарских переговоров обсуждаемый международный договор так и не был подписан: в 1892 г. по дипломатическим каналам Россия получила отказ в его заключении³⁶.

9 февраля 1908 г. в дополнение к действовавшей российско-швейцарской конвенции о выдаче 1873 г. между странами была заключена Декларация о взаимной выдаче русским и швейцарским правительствами лиц, преследуемых за злоупотребление взрывчатыми веществами. Согласно письму директора Департамента полиции № 111216 директору Второго департамента Министерства иностранных дел руководство органов полиции было обеспокоено несоответствием положений Декларации нормам российского законодательства, что не позволяло полноценно применять их на практике. В частности, под действие международного договора, основанного на положениях швейцарского законодательства, попадали лица, виновные в «незаконном пользовании (или употреблении) взрывчатых веществ», в то время как российский закон устанавливал ответственность за их изготовление, приобретение, хранение, ношение и сбыт без надлежащего разрешения³⁷. В этой связи Департамент полиции призывал МИД содействовать внесению в международный договор соответствующих поправок. Просьба не была удовлетворена по причине того, что «предложение заключить упомянутую декларацию исходило от нас, и швейцарское правительство проявило возможную с его стороны предупредительность

³⁴ АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843/2. Д. 42. Л. 10—12.

³⁵ АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843/3. Д. 117. Л. 2—4.

³⁶ АВП РИ. Ф. 168. Миссия в Берне. Оп. 843/3. Д. 117. Л. 19—32.

³⁷ Копия письма директора Департамента полиции № 11216 директору Второго департамента Министерства иностранных дел А. К. Бентковскому от 3 марта 1908 г. // Государственный архив Российской Федерации (далее — ГАРФ). Ф. ДП. 1908. Ед. хр. 3. Ч. 1. Л. 7.

и готовность в этом вопросе, к которому весьма несочувственно отнеслось большинство государств, к коим императорское правительство обратилось с подобным же предложением»³⁸.

Следует отметить, что предпринимаемые российским правительством попытки включения в экстрадиционные договоры нормативного положения, закреплявшего новый состав преступления, не были лишены основания, поскольку российскими органами политического сыска было установлено, что на территории некоторых европейских стран русские революционеры-террористы занимались изготовлением зажигательных бомб и разрывных снарядов, которые впоследствии направлялись в Россию. Однако иногда информация подобного рода являлась недостоверной. Так, 31 октября 1909 г. директору Департамента полиции Н. П. Зуеву было доставлено донесение заведующего Заграничной агентурой № 543 «О результатах проверки сообщения об изобретении итальянскими анархистами новых разрывных снарядов», в котором отмечалось, что «сообщение о том, будто итальянские анархисты изобрели какие-то разрывные снаряды изумительной силы, представляется неправдоподобным»³⁹.

Необходимо отметить, что в конце 1906 г. Министерство иностранных дел провело переговоры со всеми государствами, с которыми у России заключены конвенции о взаимной выдаче преступников, на предмет включения в их содержание дополнительных положений о выдаче лиц, виновных в незаконном изготовлении, приобретении, хранении, ношении и сбыте взрывчатых веществ (предлагаемая правовая норма была сформулирована в соответствии с положениями российского закона от 9 февраля 1906 г.). Из отношения товарища министра иностранных дел № 15932 к министру внутренних дел от 20 ноября 1908 г. следует, что по состоянию на конец 1908 г., за исключением упомянутой выше Декларации со Швейцарией от 9 февраля 1908 г., только Дания дала согласие на закрепление подобных

дополнительных положений. Кроме того, российское правительство предприняло попытку включить в проект нового международного договора с Данией нормативное предписание, закреплявшее возможность выдачи политических преступников⁴⁰. Датское правительство исключило эту норму из проекта договора, а впоследствии отказалось от обмена доверительными нотами по данному вопросу.

В 1880 г. дело Л. Н. Гартмана сильнейшим образом всколыхнуло общественное мнение всей Европы. В ходе его рассмотрения французское правительство наотрез отказалось нарушать общепризнанное право на политическое убежище и не только не выдало Л. Н. Гартмана России, но даже освободило его из-под стражи. Однако буквально в течение нескольких лет Франция изменила отношение к экстрадиции политических преступников: уже в 1882 г. французское правительство выразило готовность заключить российско-французский экстрадиционный договор и закрепить в нем нормативное положение, позволяющее считать политическое убийство общеуголовным преступлением⁴¹. Более того, французская сторона дала согласие на выдворение из страны интересующих российское правительство политических эмигрантов, а также на оказание любой помощи в вопросе наблюдения за российской эмиграцией. Кроме того, в ноябре 1882 г. руководству Департамента полиции от французских властей поступило предложение ознакомиться с делами о российских революционерах, находившимися в производстве тайной полиции Франции, что имело большое значение для организации работы по задержанию российских революционеров-террористов⁴². Теперь через российского генерального консула французская полиция передавала Департаменту полиции сведения, получаемые в ходе наблюдения за революционерами и членами террористических ячеек. Российский консул имел возможность присутствовать на допросах представителей российской эмиграции, требовать к ознакомлению составленные при этом

³⁸ Письмо директора Второго департамента Министерства иностранных дел № 2960 директору Департамента полиции М. И. Трусевичу // ГАРФ. Ф. ДП. 1908. Ед. хр. 3. Ч. 1. Л. 12.

³⁹ ГАРФ. Ф. ДП. 1909. Д. 152. Л. 423.

⁴⁰ Отношение товарища министра иностранных дел № 15932 к министру внутренних дел от 20 ноября 1908 г. // ГАРФ. Ф. ДП. 1908. Ед. хр. 3. Ч. 1. Л. 15—16.

⁴¹ Голубев Г. А. Международное сотрудничество России в сфере противодействия терроризму: последняя треть XIX — начало XX века : дис. ... канд. ист. наук. М., 2006. С. 51.

⁴² См.: Каторга и ссылка. 1927. № 2. С. 83.

протоколы и найденные вещественные доказательства⁴³. Налаживание контактов с французскими властями также способствовало созданию в короткие сроки Парижского бюро Заграничной агентуры Департамента полиции и выстраиванию агентурной работы во Франции и в других европейских странах на более высоком уровне.

В 1883 г. между Россией и Великобританией были начаты переговоры о заключении экстрадиционной конвенции, имевшие существенное значение в организации противодействия террористической угрозе: на территории Великобритании находились известные лидеры российских революционно-террористических организаций. В результате была подготовлена Конвенция о взаимной выдаче преступников, заключенная между Россией и Великобританией 12 ноября 1886 г., ратифицированная в Лондоне 21 января 1887 г.⁴⁴ Примечательно, что даже после длительных подготовительных мероприятий и переговоров эта Конвенция так и не приобрела правового положения, позволявших странам требовать выдачи лиц, обвиняемых в совершении террористических актов. Ни один из 27 составов преступлений, перечисленных в ст. 2 данной Конвенции, не подпадал под категорию политических, к которой в тот период относились преступления террористического характера. Более того, согласно ст. 6 Конвенции преступник не подлежал экстрадиции, если «преступление, по поводу которого заявлено требование о его выдаче, считается преступлением политическим или если он докажет, что требование о его выдаче вызвано в действительности намерением преследовать его или подвергнуть наказанию за преступление политического характера»⁴⁵.

Сравнительный анализ экстрадиционных правовых актов, заключенных Россией с другими государствами во второй половине XIX в., свидетельствует о том, что англо-российская конвенция относилась к числу актов, не предполагавших выдачу такого рода преступников. Великобритания являлась государством, впервые провозгласившим принцип невыдачи политических преступников. Более того,

к середине XIX в. именно в этой стране сложилась общественно-политическая позиция, согласно которой политические преступники не только не должны подлежать экстрадиции, но и должны наделяться со стороны государства пребыванием правом на убежище. Вообще, законодательство практически всех европейских стран запрещало экстрадицию политических преступников, что находило отражение в соответствующих международных договорах. Нередко ранее выдававшая политических преступников Россия лишь после 1866 г., а именно с момента заключения первых конвенций с европейскими странами, стала отказываться от экстрадиции за совершение политических преступлений.

Таким образом, во второй половине XIX — начале XX в. Россия предприняла все возможные шаги для организации борьбы с террором не только на внутригосударственном, но и на международном уровне, пыталась наладить эффективную систему противодействия террористической угрозе. Более существенное значение приобрел институт экстрадиции как один из действенных способов борьбы с террором. При этом конвенции и соглашения, с одной стороны, объективировали процедуру выдачи преступников, с другой — представляли собой совокупность нормативных предписаний, принятых в разное время с учетом складывавшейся в тот момент политической конъюнктуры. Сравнительный анализ конвенций о взаимной выдаче преступников свидетельствует о применении так называемой «перечневой» системы закрепления в каждом договоре различного количества (от 7 до 27) составов преступлений, за совершение которых предусматривалась выдача. Независимо от того, что во второй половине XIX в. получили однозначное оформление многие общепризнанные нормы международного права, в конвенциях, хотя и нечасто, продолжал проследиваться индивидуальный подход к вопросу экстрадиции политических преступников. Процедурные аспекты выдачи могли также отличаться. Вместе с тем следует констатировать тот факт, что к началу XX в. в России при всех явных позитивных изменениях, произошедших

⁴³ См.: Гугасари Е. С. Межгосударственное сотрудничество в сфере противодействия терроризму: ретроспективный аспект // *Философия права*. 2012. № 6(55). С. 39—40.

⁴⁴ *Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774—1906)*. С. 474—480.

⁴⁵ *Собрание важнейших трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами (1774—1906)*. С. 476.

в национальной правовой системе, при налаживании механизма международного сотрудничества с европейскими странами в сфере борьбы с анархистским террором, заключении экстрадиционных договоров вопросы выдачи преступников оставались исключительно в уголовно-политической плоскости и носили субъективный характер.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Голубев Г. А. Международное сотрудничество России в сфере противодействия терроризму: последняя треть XIX — начало XX века : дис. ... канд. ист. наук. — М., 2006. — 190 с.
2. Гугасари Е. С. Межгосударственное сотрудничество в сфере противодействия терроризму: ретроспективный аспект // Философия права. — 2012. — № 6 (55). — С. 38—42.
3. Колотков М. Б. Терроризм и государство: технология конфликта : монография. — М., 2017. — 184 с.
4. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов : в 2 т. / под ред. В. А. Томсинова. — М. : Зерцало, 2008. — Т. 2 — 251 с.
5. Нечаев и нечаевцы : сборник материалов / подгот. к печати В. И. Козьмин. — М. ; Л. : Соцэкгиз, 1931. — 221 с.
6. Никольский Д. П. О выдаче преступников по началам международного права. — СПб. : Типография М. М. Стасюлевича, 1884. — 550 с.
7. Родионов К. С. Закон Российской империи 1911 года об экстрадиции // Государство и право. — 2003. — № 7. — С. 80—91.
8. Рябцева Е. В. Взаимосвязь международно-правовых и национальных норм в российском уголовном судопроизводстве // Актуальные проблемы российского права. — 2016. — № 2. — С. 70—78.
9. Таганцев Н. С. Курс уголовного права. — СПб., 1902. — 1460 с.
10. Щеголев П. Е. Таинственный узник (М. С. Бейдеман) // Былое. — 1919. — № 14. — С. 152—208.

Материал поступил в редакцию 28 марта 2018 г.

COUNTER ACTION TO TERRORISM: HISTORICAL EXPERIENCE

KOROTKOV Mikhail Borisovich — PhD in Law, Senior Researcher of the Informational Analytical Center of the Peter the Great St. Petersburg Polytechnic University
mkolotkov@yandex.ru
195251, Russia, Saint-Petersburg, ul. Polytechnicheskaya, d. 29

Abstract. *The article is devoted to the institution of extradition of criminals in the Russian Empire in the second half of the 19th – early 20th centuries, which to that time had not yet found complete clearance in international law. The author researches the state of the Russian legislation, regulating the procedure of extradition. In the second half of the 19th century, unlike some European countries Russian legislation did not have provisions to regulate the procedure of extradition of criminals. Only with the adoption of the new Criminal Code in 1903 into national law, some norms, partly regulating this procedure, appeared in the national legislation. The basic extradition treaties concluded by Russia with the European countries in the second half of the 19th century are studied in the article. Since 1866, the Russian government has been quite active in concluding special conventions on extradition with European countries. Special attention is given to the analysis of the procedure for the extradition of political criminals. It is noted that the principle of non-extradition of political criminals was universally accepted, but it was very contentious and controversial for both criminal law experts and for international lawyers, especially in the 70s-90s of the 19th century, when many civilized countries faced the problem of combating terrorism. Legislation of almost all European countries banned the extradition of political criminals which was reflected in the relevant international treaties. Often Russia that previously extradited political criminals only after 1866, i.e. from the moment of the conclusion of the first cartel conventions with the European countries, began to refuse extradition for political offences. In terms of evaluation of anti-terrorist potential of extradition in the Russian Empire it is concluded that despite the fact that in the second half of the 19th century many common international law norms*

were consolidated in conventions, it is possible to trace, albeit infrequently, an individual approach to the issue of extradition of political criminals.

Keywords: law, extradition, institute of extradition, political crimes, terror, terrorism, extradition process, international law, treaties, right to asylum.

REFERENCES

1. Golubev G.A. *Mezhdunarodnoe sotrudnichestvo Rossii v sfere protivodeystviya terrorizmu: poslednyaya tret XIX-nachalo XX veka: Dis. ... kand. ist. nauk.* [International cooperation of Russia in the field of counter-terrorism: the last third of the 19th-beginning of the 20th century: PhD Thesis (Historical Sciences)]. Moscow, 2006. 190 p.
2. Gugasari E.S. *Mezhgosudarstvennoe sotrudnichestvo v sfere protivodeystviya terrorizmu: retrospektivnyy aspekt* [Inter-state cooperation in combating terrorism: retrospective aspect]. *Filosofiya prava* [Philosophy of law]. 2012. No. 6(55). Pp. 38—42.
3. *Katorga i ssylka* [Penal servitude and exile]. 1927. No. 2.
4. Kolotkov M.B. *Terrorizm i gosudarstvo: tekhnologiya konflikta: monografiya* [Terrorism and the State: technology of conflict: monograph]. Moscow, 2017. 184 p.
5. Martens F.F. *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannykh narodov: v 2 t.* [Modern international law of civilized nations. In 2 volumes]. Vol. 2. Tomsinov V.A. (ed.) M.: Zertsalo, 2008. 251 p.
6. *Nechaev i nechaevtsy: sbornik materialov* [Nechaev and Nechaevtsy: Collection of materials]. Prepared. to publishing by V.I. Kozmin. Tsentrarkhiv. Moscow, Leningrad: Sotsekgiz, 1931. 221 p.
7. Nikolskiy D.P. *O vydache prestupnikov po nachalam mezhdunarodnogo prava* [Extradition on the basis of international law]. St. Petersburg.: M.M. Stasyulevich Printing House, 1884. 550 p.
8. Rodionov K.S. *Zakon Rossiyskoy imperii 1911 goda ob ekstraditsii* [The law of the Russian Empire of 1911 on Extradition]. *Gosudarstvo i Pravo* [State and law]. 2003. No. 7. Pp. 80—91.
9. Ryabtseva E.V. *Vzaimosvyaz mezhdunarodnopravovykh i natsionalnykh norm v rossiyskom ugolovnom sudoproizvodstve* [The relationship between international and national legal norms in the Russian criminal trial]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2016. No. 2. Pp. 70—78.
10. Tagantsev N.S. *Kurs ugolvnogo prava* [The course on criminal law]. St. Petersburg, 1902. 1460 p.
11. *Ugolovnoe ulozhenie 22 marta 1903 goda. S motivami, izvlechennymi iz obyasnitelnoy zapiski redaktsionnoy komissii, predstavleniya ministerstva yustitsii v gosudarstvennyy sovet i zhurnalov - osobogo soveshchaniya, osobogo prisutstviya departamentov i obshchego sobraniya gosudarstvennogo soveta* [Criminal Code of March 22, 1903. Motifs extracted from the explanatory notes of the drafting Committee, submissions of the Ministry of Justice to the Council of State and journals - the special meeting, the special presence of the departments and the General meeting of the State Council]. St.Petersburg: N.S. Tagantsev Edition, 1904. 1124 p.
12. Shchegolev P.E. *Tainstvennyy uznik (M.S. Beydeman)* [The mysterious prisoner (M.S. Beideman)]. *Byloe* [Bygone]. 1919. No. 14. P. 152-208.

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ СТАТУС ПЛЕМЕН И РЕЗЕРВАЦИЙ ИНДЕЙЦЕВ США (В КОНТЕКСТЕ ИНСТИТУТА ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ АВТОНОМИИ)

Аннотация. В статье определяется природа резерваций, рассмотрены особенности правовых категорий «суверенитет» и «суверенные полномочия» индейских сообществ.

Для выявления сходств и отличий между резервациями и территориальными автономиями предлагается рассматривать автономии комплексно в трех измерениях: как принцип, форма территориальной организации сообщества и правовой режим. Предлагаемые критерии определения автономии используются в качестве квалификаторов конституционно-правовой природы резерваций.

Указывается, что сфера самоуправления индейских сообществ подвержена высоким рискам трансформации решениями федеральных властей при минимальных ресурсах конфигурирования собственных правовых порядков. Проведена аналогия с подходом к моделированию конституционно-правовых статусов неинкорпорированных территорий США.

В заключение сформулирован вывод о том, что конституционно-правовой статус резерваций может быть охарактеризован с двух позиций.

С учетом институционализации налоговых и финансовых преференций, особых прав в сфере природопользования для индейских племен они обладают преимуществами по сравнению с населением штатов и муниципалитетами в определенных сферах жизнедеятельности (игорный бизнес, розничная торговля, налоги, особые права пользования природными ресурсами). Указанные индикаторы в совокупности с национально-культурной идентичностью и возможностью формирования законодательных, исполнительных и судебных органов сближает резервации с институтом территориальной автономии.

Другим аспектом их конституционно-правового статуса является перманентное состояние «подвешенности» и тотальной зависимости от федеральных властей, обусловленное дефективностью гарантий самостоятельности в области внутреннего самоуправления. Такой подход выступает характерным признаком государственной политики по сохранению в полном объеме на уровне федерации рычагов по управлению индейцами и территориями их проживания в своем ведении и контролю над ними.

Указанные факторы характеризуют ограниченность ресурсов племен самостоятельно конфигурировать собственный правовой порядок (по сравнению со штатами), что, в свою очередь, отделяет резервации от территориальных автономий. На этой основе констатируется, что резервации являются самостоятельными формами внутригосударственных образований, которые тем не менее обладают признаками территориальной автономии.

© Ирхин И. В., 2018

* Ирхин Игорь Валерьевич, кандидат юридических наук, докторант кафедры государственного (конституционного) права Южного федерального университета, доцент кафедры теории государства и права Кубанского государственного университета
dissertacia@yandex.ru

344002, Россия, г. Ростов-на-Дону, ул. Максима Горького, д. 88

Ключевые слова: Конституция, США, Конгресс, резервации, индейские племена, статус, автономия, компетенция, гарантии.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.139.6.129-146

1. ОСНОВЫ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ИНДЕЙСКИХ РЕЗЕРВАЦИЙ

В современный период в США к индейцам и нациям Аляски относятся около 1,9 млн человек, официально признано 567 индейских племен и наций Аляски¹.

Индейцем считается лицо, являющееся членом индейского племени². При этом племя должно признаваться в качестве такового федеральным правительством и в на него должны распространяться полномочия Бюро по делам индейцев Министерства внутренних дел США (пар. 1452 разд. 25 Кодекса США³).

Индейской резервацией считается часть земной поверхности США, предназначенная для постоянного проживания племени или племен в силу заключенного с США соглашения или в соответствии с исполнительным приказом, федеральным статутом, административным актом. При этом в отношении данной территории федеральное правительство сохраняет права владения на основании доверия племени⁴.

Индейские сообщества и резервации между собой различаются по многим параметрам. Одни резервации являются сельскими территориями, другие поглощены крупными городами (племена, проживающие в районе Южной Калифорнии, Сиэтле, Вашингтоне, Фениксе, Аризоне, Миннеаполисе). Ранжируются экономические системы резерваций: промышленное производство в Миссисипи-Чокто (Миссисипи), игорная экономика в Машантукет-Пеко (Коннекти-

кут), розничная торговля в Тулалип (Вашингтон). Для индейских сообществ характерно широкое многообразие языков, религиозных практик, которые варьируются в диапазоне от исконных традиций до набожного христианства⁵.

Отношения с племенами находятся в исключительной компетенции США. Согласно разд. 8 ст. 1 Конституции США Конгресс вправе регулировать торговлю с иностранными государствами, между отдельными штатами и с индейскими племенами. В трактовке Верховного Суда США данная норма означает, что Конгресс обладает «полновластными (plenary) полномочиями над племенами»⁶. При этом отношения племен и США основаны на доверии и ответственности США за племена (пар. 1 разд. 25 Кодекса США).

В. А. Тишков указывает, что «современные индейские общины представляют специфический этносоциальный институт коренного населения США, благодаря которому осуществляется его некоторая автономия и в определенной мере сохраняется культурная самобытность»⁷.

Председатель Верховного суда США Д. Маршалл сформулировал несколько фундаментальных принципов федерального индейского права. Было признано, что «индейские племена имеют государственный статус и сохраняют присущие полномочия самоуправления»⁸. Племена являются «обособленными политическими единицами, обладают суверенитетом, который ограничен вытекающими из соглашений уступками и историческим процессом интеграции в состав США. Племена —

¹ Официальный сайт Бюро по делам индейцев. URL: www.bia.gov/about-us (дата обращения: 17.01.2018).

² Слова «индейские племена», «индейские сообщества», «индейские нации» будут использоваться в качестве синонимов.

³ U. S. Code. URL: www.law.cornell.edu/uscode/text/25/1452#d (дата обращения: 17.01.2018).

⁴ Официальный сайт Бюро по делам индейцев. URL: www.bia.gov/frequently-asked-questions (дата обращения: 17.01.2018).

⁵ *Cornell S., Kalt J. P.* (2010) *American Self-Determination: The Political Economy of a Policy that Works*. HKS Faculty Research Working Paper Series RWP 10-043. P. 28 // URL: www.dash.harvard.edu/handle/1/4553307 (дата обращения: 17.01.2018).

⁶ *Strommer G. D., Osborne S. D.* *The History, Status, and Future of Tribal Self-Governance Under the Indian Self-Determination and Education Assistance Act // American Indian Law Review*. Vol. 39. 2015. № 1.

⁷ *Тишков В. А.* *Коренное население Северной Америки в современном мире*. М., 1990. С. 78.

⁸ *Philpott D.* *Understanding the Department of the Interior*. Maryland : Bernan Press, 2016. P. 126.

это внутренние зависимые нации⁹, на которые «автоматически» не распространяется законодательство штатов¹⁰.

Надо заметить, что фабула о суверенном характере полномочий племен закрепляется в их конституциях. Так, п. 1 ст. 3 Конституции нации Хо-Чанк¹¹ (штат Висконсин) устанавливает, что нация обладает суверенными полномочиями в силу самоуправления и демократии.

При этом суверенитет и суверенные полномочия индейских общин в американской правовой мысли не рассматриваются в качестве взаимообуславливающих категорий.

С. Д. Крэснер выделяет следующие основные признаки суверенитета: «юридическая независимость территориальных единиц (международно-правовой суверенитет), недопустимость вмешательства во внутренние дела других государств (Вестфальский суверенитет), внутренняя самостоятельность (внутренний суверенитет)»¹².

Индейцы утратили суверенитет после принятия Акта о присоединении индейских земель в 1871 г. В указанном документе предусматривается, что ни одна индейская нация, ни одно племя в пределах территории США не признается в качестве независимой нации, племени или власти (power), с которыми США могут заключать соглашения. При этом ранее заключенные соглашения сохраняют свою юридическую силу (пар. 71 гл. 3 разд. 25 Кодекса США¹³).

Суверенные полномочия общин характеризуются следующим образом: «на основе актов Конгресса США, племена утратили суверенитет, который предшествовал Конституции США. Однако это не означает, что теперь сообщества не являются суверенными. Утраченный в ходе интеграции в состав США суверенитет заменен на суверенные полномочия, предоставленные

сообществам Конгрессом. Таким образом, суверенные права, которыми в настоящее время обладают племена, предусматривают полномочия, которые проистекают из решений Конгресса и подпадают под действие Конституции США»¹⁴.

С нашей точки зрения, «суверенными полномочиями» нельзя обладать без «суверенитета», поскольку полномочия являются составным элементом суверенитета. Кроме того, суверенитет есть базис и императивное условие наличия суверенных полномочий. В то же время только посредством реализации соответствующих полномочий суверенитет может быть реализован. В условиях ликвидации суверенитета индейских сообществ их текущие и перспективные полномочия — не что иное, как производная решения федеральных властей США.

2. КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВАЯ КОНФИГУРАЦИЯ РЕЖИМА САМОУПРАВЛЕНИЯ ИНДЕЙСКИХ НАЦИЙ

В соответствии с пар. 1301 разд. 25 Кодекса США полномочия в сфере самоуправления означают и предусматривают принадлежность индейским племенам исполнительных, законодательных, судебных полномочий, а также наличие служб, органов и трибуналов, посредством которых данные полномочия осуществляются.

Компетенция индейских сообществ формируется по остаточному принципу. Это означает, что племена могут осуществлять самоуправление при условии недопустимости нарушения юрисдикции федерального центра. Речь идет о случаях, когда конкретные полномочия и предметы ведения принадлежат федеральному правительству на основе заключенных с индейцами соглашений¹⁵ (такие соглашения

⁹ Cherokee Nation. 30 U.S. (5 Pet) at 16 ; *Philpott D.* Op. cit. P. 126.

¹⁰ *Worcester V. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515, 529 (1832). В решении Верховного Суда США указано, что нация чероки является самостоятельным сообществом, в отношении которого не подлежат применению законы штата Джорджия, за исключением случаев, когда на это есть согласие самих чероки или это предусмотрено соглашениями, актами Конгресса США.

¹¹ The Constitution of the Ho-Chunk Nation // URL: www.narf.org/hill/constitutions/hochunkconst/index.html (дата обращения: 17.01.2018).

¹² *Krasner S. D.* The Hole in the Whole : Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law // Michigan Journal of International Law. Vol. 25. 2004. Is. 4. P. 1077.

¹³ U. S. Code // URL: www.law.cornell.edu/uscode/text/25 (дата обращения: 17.01.2018).

¹⁴ *Poore III J. A.* The Constitutional of the United States Applies to Indian Tribes // Montana Law Review. Vol. 59. Winter. 1998. Is. 1. P. 55.

¹⁵ В период с 1778 по 1871 г. было заключено около 700 соглашений (см.: *Mason M. D.* Canadian and Unites States Approaches to Indian Sovereignty. P. 469). В литературе выделяются три типа соглашений между

не заключаются с 1871 г.) или полномочия племен аннулированы (extinguished) на основании акта Конгресса США. Также федеральными судами может быть установлено, что полномочия конкретного племени подпадают под регулирование действующего федерального права либо данные полномочия несовместимы с национальной политикой США, а потому приняты в нарушение компетенции.

Правовой режим самоуправления в рамках племен за определенными исключениями сформирован в целом по образцу американской схемы разделения властей (управления).

Так, преамбула ст. 10 Конституции нации Уайт-Эрт¹⁶ (Миннесота) предусматривает разделение трех ветвей управления. Исполнительная ветвь принадлежит президенту, бюро выборов, совету старейшин, молодежному совету и другим исполнительным органам. Законодательную власть осуществляют представители, избранные в Законодательный совет. Судебная власть реализуется судами и судьями. Указанные ветви управления не имеют полномочий друг над другом, за исключением случаев, указанных в настоящей Конституции.

Унифицированный характер организации системы публичных органов власти племен обуславливается наличием утвержденной министром внутренних дел США примерной формы их конституций, а также принадлежностью

к одноименному министерству дискреционных полномочий по утверждению конституций и иных актов племен¹⁷.

Конституции индейских сообществ содержат положения о территориальной юрисдикции¹⁸ и компетенции, определяют особенности членства в племени¹⁹, статус органов власти и их полномочия, а также порядок организации и проведения выборов, закрепляют особенности принадлежащих гражданских прав²⁰.

Глава исполнительной власти племени обычно именуется председателем, главой, губернатором, президентом, мэром, спикером, представителем. Данное лицо председательствует на заседаниях законодательного и исполнительного органа. В современный период глава исполнительной власти и члены совета племени имеют выборную основу²¹.

В сферу компетенции главы исполнительной власти обычно входят вопросы исполнения законов племени, внесения в совет племени законопроектов, назначение в курируемые службы служащих и освобождение их от должности, контроль и координация их деятельности, представительство интересов племени на внешнем уровне.

Законодательные органы называются советом племени, деревенским советом, племенным рабочим комитетом. Указанные органы избираются из состава племени, осуществляя

США и индейцами: 1) о мире и дружбе; 2) о колонизации резерваций; 3) о расселении членов племен в настоящее время или в будущем на отдельных участках или комплексно в целях постепенной ликвидации племенного образа жизни (*Dion T. Treaty Relationships Between the Canadian and American Governments and First Nation Peoples // Research Paper for the National Centre for First Nations Governance. 2008. P. 5. URL: www.fngovernance.org/ncfng_research/tina_dion.pdf* (дата обращения: 18.01.2018).

¹⁶ The Constitution of the White Earth Nation // URL: www.whiteearth.com/data/upfiles/files/Proposed_White_Earth-constitution_2.pdf (дата обращения: 17.01.2018).

¹⁷ *Mason M. D. Canadian and Unites States Approaches to Indian Sovereignty // Osgoode Hall Law Journal. Vol. 21. 1983. № 3. P. 459, 452 ; American Indian Politics and the American Political System // David E. Wilkins, Heidi Kiiwetinepinesiiik Stark. 3rd ed. Rowman&Littlefield Publishers, Inc. Plymouth, 2011. P. 65.*

¹⁸ Например, ст. 1 Конституции племени Роузбад Сиу устанавливает, что юрисдикция данного племени распространяется на территорию резервации в пределах границ, установленных актом от 02.03.1889, а также на другие земли, которые могут быть отнесены к резервации в дальнейшем в соответствии с законами США. Статья 2 Конституции племени Агуа-Кальенте (Калифорния) закрепляет, что юрисдикция племени распространяется в пределах границ территории резервации и на иные земли, которые могут быть присоединены к ней в дальнейшем (*Constitution and By-laws of the Agua Caliente Band of Mission Indians // URL: www.thorpe.ou.edu/IRA/aguacalcons.html* (дата обращения: 17.01.2018)).

¹⁹ Согласно ст. 2 Конституции членом племени Роузбад Сиу являются все лица индейского происхождения, включая лиц, родившихся после 31.12.1920, сведения о которых внесены в официальную перепись, а также дети, родившиеся от членов племени, которые являлись постоянными жителями резервации на момент рождения ребенка.

²⁰ *American Indian Politics and the American Political System. P. 72.*

²¹ *Philpott D. Op. cit. P. 132.*

ют функции законодательного регулирования и обеспечения применения принятых актов, в том числе могут устанавливать налоги, определять требования к членству в племени, регулировать семейные отношения, осуществлять лицензирование и регламентировать осуществляемые в пределах резервации определенные виды деятельности.

Так, в племени Роузбад Сиу (Южная Дакота) сформирован Совет, избираемый членами племени на два года на основе тайного голосования (п. 2 ст. 3 Конституции²²). При этом каждое сообщество (всего 22 сообщества) племени должно быть представлено в его составе не менее чем одним представителем (п. 4 ст. 3 Конституции).

К компетенции Совета племени Роузбад Сиу отнесены вопросы взаимодействия с федерацией, штатами, муниципалитетами по вопросам, относящимся к племени, в том числе консультирование представителей Министерства внутренних дел США в отношении любой деятельности, которая может оказать влияние на резервацию; утверждение или наложение запрета на продажу, распоряжение, аренду или обременение земель племени; консультирование министра внутренних дел США в отношении федеральных проектов, относящихся к племени, до их представления в бюро по бюджету и Конгресс; управление экономической сферой и предприятиями племени; определение режима налогообложения для членов племени и осуществляемой деятельности, а также лицензирование; регламентация членства, недвижимой и личной собственности, взаимообмен и содействие развитию традиций, культур, ремесел, искусств между сообществами племени, определение порядка выборов, регламентация процедуры деятельности Совета, делегирование вышеперечисленных полномочий подчиненным подразделениям, сообществам, кооперативным ассоциациям, доступ в которые

открыт для всех членов племени (п. 1 ст. 4 Конституции).

Законодательный совет нации Уайт-Эрт (Миннесота) разрабатывает и принимает законы, кодексы, ордонансы, резолюции, статуты, осуществляет полномочия по повышению доходов, установлению и взиманию налогов, лицензированию и платы за оказываемые услуги, а также может инициировать введение иных налогов и сборов для процветания членов племени, осуществляет монетарную политику (заем средств, выпуск облигаций), принимает меры по развитию и защите здоровья, публичного благосостояния, обеспечению безопасности, развитию образования, культуры и политического суверенитета. Также Законодательный совет вправе учреждать подведомственные службы, осуществлять надзор в отношении их деятельности. Кроме того, Совет несет ответственность за эффективную реализацию правительственных программ, управление землями, водными путями, природными ресурсами, коммерческой деятельностью, публичным жилищным строительством, транспортным сообщением, осуществляет контроль в отношении распространения и продажи алкогольных напитков (ст. 1-7 гл. 12 Конституции Уайт-Эрт)²³.

Принимаемые легислатурами племен акты подлежат представлению на утверждение в Министерство внутренних дел США. Пункт 2 ст. 4 Конституции племени Роузбад-Сиу устанавливает, что все резолюции и ордонансы должны быть представлены в Министерство внутренних дел, которое вправе их утвердить или отклонить.

Аналогичные полномочия и порядок утверждения правовых актов закреплены в конституциях иных племен. Например, п. 4 ст. 2 Конституции конфедерированных племен Салиш и Кутенай резервации Флетхед²⁴ (Монтана) закрепляет, что Совет племени может принимать правовые акты под контролем (review) министра внутренних дел США.

²² Constitution and bylaws of the Rosebud Sioux Tribe // URL: www.loc.gov/law/help/american-indian-constats/PDF/36026264.pdf (дата обращения: 17.01.2018).

²³ В литературе выделяется следующий общий перечень полномочий племен в сфере самоуправления: вопросы культуры и религии, пользование природными ресурсами, регулирование бизнеса, служба социального обслуживания (образование, жилищное строительство, здравоохранение, поддержка семьи), публичная инфраструктура, критерии определения членства в племени, законодательная деятельность, налогообложение, гражданское право, уголовное право (незначительные преступления), конституционная форма (см.: *Cornell S., Kalt J. P.* Op. cit. P. 4).

²⁴ Confederated Salish and Kootenai Tribes of the Flathead Reservation — Tribal Constitution // URL: www.narf.org/narf/constitutions/confederated_salish_kootenai/index.html (дата обращения: 17.01.2018).

Сходные нормы содержатся в п. 1, 2 ст. 6 Конституции индейской резервации Свиномиш²⁵ (Калифорния).

На этой основе принимаемые правовые акты на уровне племен скорее являются проектами правовых актов.

Между тем в соответствии со ст. 202 разд. 2 Акта о племенном самоуправлении²⁶ племена обладают правом самоуправления, проистекающим из суверенитета индейских племен и наций. Верховный суд США неоднократно признавал, что «коренные американцы сохраняют статус отдельного народа, обладающего правом регулирования их внутренних и социальных отношений. Кроме того, они обладают возможностью создавать собственное материальное право по своим внутренним вопросам»²⁷.

Как представляется, установленная модель утверждения правовых актов Министерством внутренних дел США не вполне совместима с декларируемыми категориями самостоятельности в сфере внутреннего самоуправления.

Прямо не зафиксированные в Конституции полномочия племенные советы могут осуществлять путем принятия статутов и конституционных поправок (пар. 4 ст. 4 Конституции племени Роузбад Сиу, п. 4 ст. 6 Конституции индейской резервации Свиномиш). То есть для внесения изменений в конституции племен необходимо проведение такой же процедуры утверждения правовых актов в Министерстве внутренних дел США.

Предусмотрено создание племенных судов. При этом модельные кодексы по организации управления судами предлагаются Конгрессу министром внутренних дел США (пар. 1311 разд. 25 Кодекса США).

Согласно пар. 1302 Кодекса США племенные суды рассматривают уголовные дела, по которым срок тюремного заключения варьируется в диапазоне от 1 до 3 лет за одно преступление, или предусмотрен штраф, размер которого составляет от 5 до 15 тыс. долл. При

этом указано, что ничто не может повлиять на обязательства США или правительства штата, которому делегированы полномочия США по расследованию преступлений на территориях проживания индейцев (пар. 1302 разд. 25 Кодекса США).

В отношении гражданского судопроизводства суды племен обладают юрисдикцией по рассмотрению дел с участием индейцев и неиндейцев, проживающих или работающих на территории резервации. Ордонансы и обычное право племен применяется при условии, что они не противоречат гражданскому законодательству США (пар. 1322 разд. 25 Кодекса США).

При этом Верховный суд США постановил, что племенные суды являются наиболее подходящим форумом для определения юрисдикции в свете конкретных условий племенного суверенитета. Права племен в сфере самоуправления предохраняют (prevent) от распространения юрисдикции судов США на территориях проживания индейцев (Indian Country). Также Верховный суд указал, что федеральные суды должны уважать прерогативы племен в сфере самоуправления и отказывать в рассмотрении дел до того, как сторонами не будут исчерпаны все средства в племенных судах²⁸.

Так, в соответствии с пар. 201 Кодекса нации Навахо (Аризона, Нью-Мексико)²⁹ предусмотрено, что судебными органами являются окружные суды, Верховный суд и иные суды, учрежденные Национальным советом Навахо. При рассмотрении любых дел в первую очередь применяются статутные и регламентарные акты резервации (пар. 204). Окружные суды обладают юрисдикцией по рассмотрению уголовных и гражданских дел.

Уголовная юрисдикция распространяется на преступления, совершенные на территории резервации, а в отношении преступлений, совершенных одним членом нации в отношении другого, — безотносительно того, где такое преступление совершено.

²⁵ Constitution and by-laws for the Swinomish Indians of the Swinomish Reservation // URL: www.loc.gov/help/american-indian-consts/PDF/36026226.pdf (дата обращения: 17.01.2018).

²⁶ Indian Self-Government Act Amendments of 1994. Pub. L. № 103-413 // URL: www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/4842 (дата обращения: 17.01.2018).

²⁷ Santa Clara Pueblo v. Martinez, 436 U.S. 49, 55 (1978) // URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/436/49/case.html (дата обращения: 17.01.2018).

²⁸ Williams v. Lee 358 U.S. 217 (1959) // URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/358/217/case.html (дата обращения: 18.01.2018).

²⁹ Navajo Nation Code // URL: www.navajonationcouncil.org/Code Page.html (дата обращения: 19.01.2018).

Юрисдикция окружных судов распространяется на гражданские дела, в которых ответчиком является житель резервации, а также, если действия совершены или нарушение прав произошло на территории резервации (пар. 253). Апелляции на решения окружных судов направляются в Верховный суд резервации (пар. 703).

Пунктом 2 ст. 9 Конституции индейской резервации Свиномиш предусмотрено, что полномочия судов племени распространяются на все дела и споры, находящиеся в рамках юрисдикции племени, и рассматриваются по закону и по праву справедливости на основе настоящей Конституции, законов или традиций племени. Кроме того, суды могут обладать юрисдикцией в силу федерального права или присущего племени суверенитета.

При этом следует учитывать, что в конечном счете юрисдикцию судов резерваций определяет Конгресс в соответствии с п. 1 ст. 8 Конституции США. Кроме того, пар. 1331 разд. 25 Кодекса США установлено, что федеральные окружные суды обладают юрисдикцией над всеми гражданскими действиями, подпадающими под действие Конституции, законов или соглашений США.

В ареалах проживания индейцев в штатах Аляска, Калифорния, Миннесота, Небраска, Орегон, Висконсин органы власти штатов в силу Закона США 83-280³⁰ наделяются федеральным правительством полномочиями по расследованию преступлений, совершенных индейцами или в отношении них (пар. 1162), а также рассмотрению гражданских дел, в которых сторонами (стороной) являются индейцы (пар. 1360), на территориях их проживания. Таким образом, полномочия племен, расположенных в пределах указанных штатов, принадлежат властям штатов.

На этой основе следует констатировать применение института делегированного законодательства в отношениях между федеративным правительством и штатами в части отношений с индейскими резервациями.

При этом следует отметить, что в силу пар. 1323 Кодекса США Союз уполномочен принимать в одностороннем порядке решения об изъятии данных полномочий полностью или в части.

3. РЕЗЕРВАЦИИ И ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЕ АВТОНОМИИ: ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЕ СХОДСТВО И РАЗЛИЧИЯ

В научной литературе высказываются мнения о том, что резервации индейских сообществ являются автономиями.

Т. Бенедиктер считает, что резервации подпадают под формулируемые им критерии определения территориальной автономии. В качестве критериев выделяются «верховенство единого права в государстве и автономиях, перманентная деволуция минимума законодательных и исполнительных полномочий, демократия и свободные выборы, равенство основных политических и гражданских прав в рамках государства и автономных единиц для граждан, законно находящихся на территории автономий (за некоторыми исключениями)»³¹.

Как представляется, указанные критерии не отражают присущие исключительно территориальной автономии качественные признаки и могут быть использованы для определения иных форм территориальных образований (субъектов федераций, муниципий, заморских территорий).

Ш. Штрошейн ссылается на позицию Хайнце, который считает, что «автономии являются территориальными единицами в федеративном государстве и обладают управленческими полномочиями (governance powers), которых не имеют другие внутригосударственные образования (асимметричная модель). Наряду с этим данные территориальные единицы подпадают под юрисдикцию федерального правительства»³². На этой основе Ш. Штрошейн констатирует, что «племенные правительства

³⁰ Public Law 83-280 // URL: www.tribal-institute.org/lists/pl_280.htm (дата обращения: 27.01.2018).

³¹ *Benedikter T.* The World's Modern Autonomy Systems : Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy. Bozen/Bolzano, 2009. P. 60—64, 203.

Данное исключение составляют резервации.

³² *Stroschein S.* The Autonomous Structures of Native American Reservations // *Autonomy Arrangements around the World : A Collection of Well and Lesser Known Cases.* Ed. : Levente Salat, Sergiu Constantin, Alexander Osipov, István Gergő Székely. Cluj-Napoca : Editura Institutului pentru Studiarea Problemelor Minarităților Nationale, 2014. P. 191.

являются фактическими территориальными автономиями, а резервации могут быть классифицированы как их национально-историческая разновидность»³³.

Ассиметричная структура государственно-территориального устройства является необходимым общим признаком институционализации автономных образований (Фарерские острова, Гренландия, сообщества Италии, области Италии, Гагаузия, Гонконг, Макао). Однако без раскрытия качественных свойств ассиметрии в призме института территориальной автономии проблематично конкретизировать территориальное образование в качестве автономии. При таком подходе получается, что наличие иного объема и содержания компетенции у штатов США предполагает, что они являются автономиями по отношению к резервациям. Между тем едва ли обоснованно отвергать их статус субъектов федерации.

В. А. Кряжков отмечает, что «в соответствии с Законом 1975 г. о самоопределении индейцев и содействии их образованию индейцы, живущие компактно, имеют национально-территориальную автономию — земли-резервации»³⁴. При этом автор не уточняет нормы, свидетельствующие об идентичности указанных правовых явлений.

Р. Гарипов указывает, что «в юридическом смысле индейские резервации имеют права, которыми обладают штаты США. В резервациях действуют только федеральные законы и законы, установленные самими племенами. Индейцы, живущие в резервациях, не подчиняются законам штатов. Индейцы платят те же налоги, что и остальные жители США, однако налогами не облагаются земли, т.е. территория резервации и полученные за их счет доходы». На этой основе Р. Ф. Гарипов делает вывод, что «резервации обладают внутренним суверенитетом и являются автономными образования-

ми и самостоятельно осуществляют властные функции, которые служат целям и задачам собственного народа»³⁵.

Необходимо отметить, что использованные указанным автором критерии квалификации автономных образований при их применении к институту индейских резерваций не отражают реальную природу автономий. Так, правила о применении федерального законодательства и неподчинении законам штатов, равные со штатами права не являются качественными признаками территориальных автономий, а особый режим налогообложения может применяться не только в автономиях, но и в других территориальных и квазитерриториальных образованиях³⁶.

С нашей точки зрения, территориальную автономию (далее — автономия) целесообразно рассматривать комплексно в трех измерениях: как принцип, форму территориальной организации сообщества и правовой режим.

Автономия как принцип публично-правового статуса субнациональных единиц — это основополагающие начала организации публично-правового устройства территориальных образований, в отношении которых подлежат применению диверсифицированные правовые режимы, основанные на признании и гарантировании центральной властью идентичности социальных групп и (или) присущих специфических особенностей территорий.

В отличие от автономии как принципа публично-правового статуса конкретного внутригосударственного территориального образования принцип местной автономии, фиксируемый в конституционных актах зарубежных государств (Япония, Индонезия, Бразилия), является общим базисом конституционного статуса автономных и иных видов территориальных образований, фундаментом для конструирования специфических прин-

³³ *Stroschein S.* Op. cit. P. 191.

³⁴ *Кряжков В.* Права меньшинств // URL: www.hrights.ru/text/b7/Chapter6.htm (дата обращения: 17.01.2018).

Аналогичной позиции придерживаются другие авторы. См.: *Сорокина М. Д.* Правовые аспекты защиты экологических прав коренных малочисленных народов // *Современное право.* 2015. № 11. С. 43—46; *Кара-Кыс Аракчаа.* Международный опыт защиты прав и интересов коренных народов // *Федерализм.* 2011. № 2 (62) С. 117.

³⁵ *Гарипов Р.* Правовой статус территориальных образований коренных народов США // *Федерализм.* 2009. № 2 (54). С. 109, 111.

³⁶ См.: *Некрасов С. И.* Территориальное и внетерриториальное (квазитерриториальное) в организации и функционировании публичной власти (к постановке проблемы) // *Конституционное и муниципальное право.* 2014. С. 25—29.

ципов и основанных на них форм устройства и правовых режимов конкретных территорий. Соответственно, правовой статус автономии формируется путем интеграции (взаимообогащения) указанных принципов и гармонизации их сущностно-содержательных свойств. Принцип местной автономии и автономия как принцип публично-правового статуса территориального образования могут быть соотнесены как общий и специальный.

Как форма территориальной организации автономия предполагает институционализацию идентичности социальных групп в границах территории (и (или) присущих специфических особенностей территорий в пределах конкретного государства), предусматривающую расширенный по сравнению с иными территориальными образованиями государства спектр правомочий в сфере локального самоуправления в рамках конституционно зафиксированного перечня вопросов, гарантированных государством. В равной мере автономия может быть определена как зафиксированный и гарантируемый конституционными и иными правовыми актами режим внутреннего самоуправления территориальной единицы государства, население которой обладает самостоятельной публичной властью, характеризующейся большей широтой дискреции ввиду присущих такой территории (населению) специфицирующих особенностей. В данном контексте автономия может быть квалифицирована как элемент политико-правового устройства государства, представленный различными территориальными единицами (Фарерские острова, Гренландия, автономные сообщества Испании и т.д.).

Как правовой режим автономия представляет собой предусмотренный правовыми нормами порядок регулирования статуса территориального образования, основывающийся на принципе признания идентичности социальных групп и (или) специфических особенностей территорий, предусматривающий расширенный вариант самоуправления и выражающийся в специфике способов и гарантий реализации, охраны и защиты этого статуса.

Таким образом, для территориальных автономий характерно наличие следующих главных определяющих их правовую природу признаков: 1) объективно присущая идентичность (национально-этническая, культурная, религиоз-

ная, географическая); 2) фиксация расширенной содержательно разноплановой компетенции относительно иных внутрисударственных образований по осуществлению самоуправления, позволяющего конфигурировать обособленный правовой порядок; 3) персонификация гарантий конституционно-правового статуса по его реализации, охране и защите; 4) наличие финансовых и иных ресурсов для реализации полномочий в отношении предусмотренных предметов ведения.

На основе указанного подхода можно предположить, что определяющими критериями идентификации индейских резерваций в качестве автономий могут быть использованы такие индикаторы, как созданные относительно независимые от штатов модели самоуправления, а также персонификация их конституционно-правовых статусов в системе государственно-территориального устройства США.

Немаловажное значение также имеют налоговые преференции, предоставленные племенам. Параграф 1321 Кодекса США устанавливает запрет отчуждения, обременения или налогообложения недвижимого или личного имущества индейцев или племени, это касается в том числе прав, относящихся к водным ресурсам. Заслуживают внимания закрепленные в конституциях индейских наций привилегии в сфере хозяйственной деятельности, природопользования, в части определения критериев к членству, а также присущая им национально-культурная идентичность.

В этом плане нуждается в уточнении позиция С. Корнелла и Д. П. Кольта о том, что «племена, так же, как и штаты, являются объектом регуляции федерального права, но они действуют в соответствии с собственными конституциями, управляют своей судебной системой, самостоятельно определяют и реализуют налоговую политику, а также осуществляют регламентарные функции»³⁷.

Необходимо отметить, что в институциональном аспекте штаты обладают аналогичной публично-правовой структурой и компетенцией. Различия закономерно проявляются в содержании компетенции, которая обуславливается особенностями конституционно-правовых статусов указанных видов территорий. Вместе с тем содержательные различия также имеются между конституционно-правовыми статусами штатов, что исключает в этом аспекте ме-

³⁷ Cornell S., Kalt J. P. Op. cit. P. 3.

тодологически точное сопоставление штатов и резерваций.

Резервации характеризуются персонификацией конституционно-правовых статусов, которая предопределяется конкретными соглашениями (иными актами) между США и племенами, что в значительной степени отличает резервации от штатов и оттеняет присутствующие институту территориальной автономии свойства³⁸.

Между тем при сравнительном рассмотрении резерваций и штатов можно сказать, что в аспекте гарантированности самостоятельности в сфере внутреннего самоуправления статус резерваций является уязвимым по сравнению со статусом штатов.

Р. Ф. Гарипов обоснованно указывает, что «федеральные власти имеют почти абсолютную власть в ограничении суверенитета племени. Конгресс США обладает широкими полномочиями, и обязательства США перед индейцами могут быть ликвидированы даже без согласия племен. Конгресс может в одностороннем порядке аннулировать те или иные положения договора, корректировать право племени на самоуправление³⁹.

Д. Фирши отмечает, что «любой суверенитет должен быть гарантирован. Штаты зачастую рассматриваются как определенная форма суверенитета, предусмотренная Конституцией США, подчиненная суверенитету федерального правительства. Однако, несмотря на отношения субординации, штаты обладают, хотя и косвенно, признанными в Конституции США правами. Поправка X к Конституции США устанавливает, что полномочия, не предоставлен-

ные настоящей Конституцией США и не запрещенные для отдельных штатов, сохраняются, соответственно, за штатами или за народом. Таким образом, данная поправка, если иное не предусмотрено, указывает, что полномочия федерального правительства над штатами не имеют абсолютного характера»⁴⁰.

В. И. Лафитский отмечает, что «за рамками федеральных вопросов правовые и политические системы штатов партикулярны, являются самостоятельными структурными образованиями в политико-правовой надстройке США. Если нет нарушения федерального права, общесоюзные органы не вправе вмешиваться во внутреннюю политику штата»⁴¹.

Б. С. Крылов указывал, что «практика деятельности штатов выработала даже особую форму выражения несогласия с акциями федеральных властей. Это принятие законодательными органами штатов специальных резолюций о “вторжении” (interposition) федерации в компетенцию штата»⁴².

Индийские племена таких гарантий не имеют. В решении Верховного суда США (Lone Wolf v. Hitchcock, 1903) указано, что полномочия Конгресса над индейцами предоставляют возможность совершать любые действия в отношении них безотносительно положений соглашений⁴³. В другом судебном акте Верховного суда США (Talton v. Mayes, 1896) определено, что «права племен в сфере самоуправления не имеют конституционных гарантий относительно действий государства»⁴⁴. Федеральное правительство может определять степень реализации индейскими племенами принадлежащего им суверенитета⁴⁵.

³⁸ См. подробнее: *Ирхин И. В.* Проблемы квалификации и разграничения политических и административных автономий : опыт французских территорий // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 6 (121). С. 45—65.

³⁹ *Гарипов Р. Ш.* Защита прав коренных народов в России и США. Казань, 2010. С. 197.

⁴⁰ *Fershee J.* From Self-Determination to Self-Domination : Native Americans, Western Culture, and the Promise of Constitutional-Based Reform // Valparaiso University Law Review. Vol. 39. № 1. P. 24.

⁴¹ *Лафитский В.* Конституционный строй США. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 156. См. также: *Лафитский В. И.* США : конституционный строй и роль штатов в структуре американского федерализма. М., 1993. С. 44—45.

⁴² *Крылов Б. С.* К проблеме суверенитета федерации и штатов США // Избранные труды : сборник статей, авторефератов, лекций, тезисов / сост. Е. В. Коврякова. М., 2017. С. 62.

⁴³ Lone Wolf v. Hitchcock 187. U.S. 553 (1903) // URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/187/553/case.html (дата обращения: 27.01.2018).

⁴⁴ Talton v. Mayes, 163 U.S. 376 (1896) // URL: www.findlaw.com/us-supreme-court/163/376.html (дата обращения: 25.01.2018).

⁴⁵ United States v. Kagama, 118 U.S. 375 (1886) // URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/118/375/case.html (дата обращения: 23.01.2018).

В литературе отмечается, что «племена являются полусуверенными единицами, зависимыми от Конгресса США, но относительно независимыми от штатов, на территории которых находятся»⁴⁶.

Необходимо уточнить, что штаты также зависимы от Конгресса США. Однако эта зависимость другого рода, так как характеризуется наличием конституционных гарантий недопустимости произвольного вмешательства федеральных властей в компетенцию штатов, которая сформирована по остаточному принципу. Иными словами, исключительная компетенция Конгресса США является тем ограничителем, который используют штаты при квалификации решений о вторжении в их юрисдикцию⁴⁷.

В этом плане неоднозначные оценки вызывает правовая позиция Верховного суда США, который указал, что права штатов защищены не X поправкой, а «структурой самого федерального правительства» и политическим процессом, гарантирующим, по мнению суда, «непринятие законов, неправомерно обременяющих штаты»⁴⁸.

Вполне очевидно, что «структура федерального правительства» и определенный тип «политического процесса» базируются на положениях Конституции США. В этой связи правовую позицию Верховного суда США можно трактовать исключительно в контексте защищенности прав штатов не только X поправкой, но и относящимися к политической структуре взаимосвязанными положениями Конституции США и основанной на них практикой правоприменения.

Казуистическими, по сути, являются некоторые правовые позиции Верховного суда США о том, что «в определенных обстоятельствах племена могут обладать основанным на суверенитете иммунитетом. Однако данный иммунитет не должен распространяться на служащих и территориальные единицы, когда

они действуют неконституционным или незаконным способом»⁴⁹.

Учитывая, что содержательная специфика фабул Конституции США характеризуется высокой степенью сжатости и абстрактности, а главным интерпретатором сущности и значения положений Основного закона является Верховный суд США, то именно данный орган определяет границы, переход через которые надлежит квалифицировать в качестве «неконституционного или незаконного способов».

Неопределенностью характеризуются «ограничители» компетенции Конгресса применительно к индейским сообществам, сформулированные Верховным судом США в деле «Reid v. Covert» (1957)⁵⁰. Согласно указанному решению «США в полной мере являются творением Конституции. Соответственно, принадлежащие полномочия не имеют другого источника. Государство может действовать только в рамках ограничений, предусмотренных Конституцией».

Принимая во внимание принцип «полновластности» полномочий Конгресса США, едва ли возможно применение указанных «ограничителей» к отношениям США к индейским племенам.

Изложенное позволяет констатировать, что сфера самоуправления индейских сообществ подвержена высоким рискам трансформации решениями федеральных властей при одновременно минимальных ресурсах конфигурирования собственных правовых порядков. В какой-то мере этот факт «компенсируется» нормативными фабулами о доверии США к племенам, а также об ответственности федерации за них.

Так, согласно Кодексу США отношения племен и федеральных властей основаны на доверии и ответственности федерации за племена (пар. 1). Верховный суд США признал соглашения о порядке и условиях самоуправления индейских племен в качестве полноценных моральных обязательств высшей степени ответственности и доверия⁵¹. Также Верховный

⁴⁶ Gray V., Hanson R. L. Politics in The American States: A Comparative Analysis. 10th ed., SAGE Publications, 2013. P. 47.

⁴⁷ О «подразумеваемых» полномочиях, «присущих» правительству полномочиях, «совпадающих» полномочиях, «преимущественных правах» см.: Лафитский В. И. Конституционный строй США. С. 154.

⁴⁸ Лафитский В. Конституционный строй США. С. 155.

⁴⁹ Poore III J. A. Op. cit. P. 79.

⁵⁰ Reid v. Covert. 354 US 1 (1956) // URL: www.justia.com/cases/federal/us/354/case.html (дата обращения: 24.01.2018).

⁵¹ Seminole Nation v. United States, 316 U.S. 286 (1942) // URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/316/286/case.html (дата обращения: 27.01.2018).

суд указал, что «племенные права в сфере самоуправления отражаются в федеральных соглашениях и статутах, а не создаются ими»⁵².

Как представляется, выработанные в ходе правоприменительной деятельности фабулы о моральных обязательствах США перед племенами никоим образом не нуллифицируют правомочия Конгресса данные обязательства пересмотреть.

В этом контексте примечательным представляется то, что аналогичный подход применяется к неинкорпорированным территориям США. Базовой формулой конституционно-правового регулирования статусов неинкорпорированных территорий являются положения п. 2 разд. 3 ст. 4 Конституции США⁵³. Согласно данной норме Конгресс вправе распоряжаться территорией или иной собственностью, принадлежащей Соединенным Штатам, и издавать в связи с этим все необходимые правила и постановления, но ничто в этой Конституции не может толковаться в ущерб законным притязаниям Соединенных Штатов или какого-либо отдельного штата.

В решении Верховного суда США «First Nat'l Bank of Brunswick v. County of Yankton» (1879) указано, что «Конгресс США может не только отменять законы легислатур территорий, но также вправе самостоятельно осуществлять законодательное регулирование для местного правительства. Конгресс обладает абсолютными и исчерпывающими законодательными полномочиями над населением территорий. Создание местной легислатуры, предоставление ей законодательной власти не лишает Конгресс зарезервированных полномочий по законодательной регламентации по вопросам территорий или владений, равно как по вопросу отмены действующего законодательства Конгресса»⁵⁴.

Исключение составляет конституционно-правовой статус Северных Марианских островов. В отличие от других неинкорпорированных территорий США для Северных Марианских островов предусмотрены гарантии осуществления местного самоуправления (разд. 102 ст. 1 Конвенции об учреждении Содружества Северных Марианских островов⁵⁵).

Конвенция предусматривает, что народ Северных Марианских островов обладает правом местного самоуправления и будет осуществлять его в отношении внутренних дел в соответствии с собственной Конституцией (разд. 102 ст. 1 Конвенции).

В решении федерального апелляционного суда девятого округа США по делу «Northern Mariana Islands v. D. Atalig» (1984) указано, что сообщество Северные Марианские острова обладает правом самоуправления, гарантии которого основываются на взаимосогласованных положениях Конвенции⁵⁶.

В другом судебном акте также определено, что США обладают правом законодательного регулирования для Северных Марианских островов, но при этом не допускается посягать на местное самоуправление⁵⁷.

Раздел 105 ст. 1 Конвенции предусматривает, что США соглашаются ограничить осуществление полномочий по основным положениям настоящей Конвенции, предусмотренным ст. 1—3, а также разд. 501 и 805. Таким образом, фиксируется сфера самостоятельности данной территории.

Как представляется, опыт закрепления конституционно-правовых гарантий статуса и конкретных полномочий, в которые не допускается произвольное (безосновательное) вмешательство со стороны центральных властей, можно было применять в том числе в отношениях с индейскими племенами.

⁵² Worcester v. Georgia, 31 US (6 Pet) // URL: www.supreme.justia.com/cases/us/31/515/case.html (дата обращения: 18.01.2018).

⁵³ Конституции зарубежных государств : Великобритания, Франция, Германия, Италия, Европейский Союз, Соединенные Штаты Америки, Япония : учеб. пособие. 8-е изд., исправл. и доп. М., 2012. С. 562—574.

⁵⁴ National Bank v. County of Yankton, 101 U.S. 129. (1879) // URL: www.law.cornell.edu/supremecourt/text/101/129. Asiatic Petroleum Co. v. Insular Collector of Customs, 297 U.S. 666 (1936) ; URL: www.supreme.justia.com/cases/federal/us/297/666/ (дата обращения: 25.12.2017).

⁵⁵ The Covenant to Establish a Commonwealth of the Northern Marian Islands // URL www.law.cornell.edu/uscode/pdf/uscode48/lii_usc_TI_48_CH_17_SC_I_SE_1801.pdf (дата обращения: 29.12.2017).

⁵⁶ Northern Mariana Islands v. Daniel Atalig. № 723. F 2d 682. (9th Cir. 1984) // URL: www.openjurist.org/723/f2d/682/commonwealth-of-northern-mariana-islands-v-atalig (дата обращения: 24.12.2017).

⁵⁷ United States ex rel. Richards v. De Leon Guerrero. (9th Cir. 1993) // URL: www.leagle.com/decision/199375344f3d7491639 (дата обращения: 25.12.2017).

Индейские резервации обладают общими признаками с муниципалитетами США, функционирующими в режиме гомруля (home rule)⁵⁸. В их пределах сформированы аналогичные органы власти (совет, мэ́р), которые наделены полномочиями по решению вопросов локального характера. К таким вопросам относятся школьное образование, библиотечное дело, социальное обеспечение, благоустройство, организация мест отдыха, контроль качества товаров, обеспечение правопорядка, пожарной безопасности, сбор налогов, проведение выборов, запись актов гражданского состояния. Также органы местного самоуправления руководят принадлежащими им предприятиями и службами, управляют своим имуществом и реализуют иные полномочия⁵⁹.

За ходом и результатами решения вопросов местного самоуправления осуществляют контроль федерация и штаты.

Власти США влияют на деятельность органов местного самоуправления через федеральные программы.

Н. С. Тимофеев указывает, что «главным инструментом федерального вмешательства в деятельность местного самоуправления был и остается институт так называемого федерального мандата (mandate), при котором федеральная власть предлагает муниципалитетам

участие в той или иной программе на условиях федерального финансирования (полного или частичного)»⁶⁰.

Штаты осуществляют административный надзор в виде предварительного одобрения актов, изданных органами местного самоуправления, а также наложения соответствующих санкций за ненадлежащее использование субсидий и субвенций⁶¹.

При этом в литературе отмечается, что органы местного самоуправления США непосредственно подчинены органам государственной власти штатов⁶². Указанный тезис необходимо принимать с оговоркой, поскольку в США отсутствует единая модель местного самоуправления, поэтому отношения между муниципальными властями и властями штатов различаются⁶³.

Гарантиями местного самоуправления служат провозглашение права на него конституциями и законами штатов, предоставление территориальным единицам статуса муниципальных корпораций, наличие у корпораций хартий местного самоуправления и иных актов локального регулирования, а также муниципального бюджета и собственности, права на судебную защиту⁶⁴.

Таким образом, в общем институциональном аспекте органы местного самоуправления

⁵⁸ В США сложились две основные концепции институционализации местного самоуправления: гомруль и модель Диллона (судья Верховного суда штата Айова в период с 1869 по 1879 г.). Гомруль предполагает возможность принятия хартии местного самоуправления, в рамках которой предусмотрены самостоятельные полномочия и гарантии недопустимости вторжения в сферу юрисдикции со стороны штатов. Модель Диллона предусматривает, что муниципалитеты могут действовать строго в рамках установленной штатами компетенции (см.: State Laws Governing Local Government Structure and Administration. U. S. Advisory Committee on Intergovernmental Relations. 1993. P. 3—5 // URL: www.library.unt.edu/gpo/acir/Reports/information/M-186.pdf (дата обращения 13.02.2018) ; Russel J. D., Bostrom A. Federalism, Dillon Rule and Home Rule // White Paper. A Publication of the American City County Exchange. 2016, January. P. 1—3. URL : www.alec.org/app/uploads/2016/01/2016-ACCE-White-Paper-Dillon-House-Rule-Final.pdf)).

⁵⁹ Алебастрова И. А. Основы американского конституционализма. М., 2001. С. 151.

⁶⁰ Тимофеев Н. С. О смысле современных моделей местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 7. С. 14—20.

⁶¹ Алебастрова И. А. Указ. соч. С. 157. См. также: Кененова И. П. Организация государственной власти и разделение властей в США // Организация государственной власти в России и зарубежных странах : учебно-методический комплекс / С. А. Авакьян, А. М. Арбузкин, И. П. Кененова [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2014. 692 с.

⁶² Пешин Н. Л. Зарубежные и российские проблемы разделения властей на муниципальном уровне // Современные проблемы организации публичной власти : монография / С. А. Авакьян, А. М. Арбузкин, И. П. Кененова [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. С. А. Авакьян. М. : Юстицинформ, 2014. 596 с.

⁶³ Katz E. Local Self-Government in the United States // Democratic Local Government. 1999, April. Vol. 4. № 1. P. 11 ; Libonati M. E. Local Government // States Constitutions for the Twenty-first Century. The Agenda of State Constitutional Reform. Vol. 3. G. Alan Tarr, Robert F. Williams (ed.). N. Y., 2006. P. 109—145.

⁶⁴ Алебастрова И. А. Указ. соч. С. 157.

имеют очевидные сходства с индейскими резервациями.

В. А. Тишков обоснованно указывает, что «по уровню автономии индейские сообщества близки к муниципиям»⁶⁵.

Вместе с тем особая национально-этническая идентичность, институционализация судебных институтов, возможность осуществления регуляции на основе норм обычного права, в том числе по вопросам, касающимся отдельных аспектов статуса личности, предоставленные исключительно индейским сообществам преференции, относительная независимость от штатов подчеркивают самостоятельный конституционно-правовой статус индейских резерваций.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На основе изложенного материала конституционно-правовой статус резерваций может быть охарактеризован с двух позиций.

С учетом институционализации налоговых и финансовых преференций, особых прав в сфере природопользования для индейских племен они обладают преимуществами по сравнению с населением штатов и муниципий США в определенных сферах жизнедеятельности (игорный бизнес, розничная торговля, налоги, особые права пользования природными ресурсами). Указанные индикаторы в совокупности с национально-культурной идентичностью и возможностью формирования законодательных, исполнительных и судебных органов сближают резервации с институтом территориальной автономии.

Вторым аспектом их конституционно-правового статуса является перманентное состояние «подвешенности» и тотальной зависимости

от федеральных властей, обусловленное дефактивностью гарантий самостоятельности в области внутреннего самоуправления. Такой подход отнюдь не является подтверждением доверительного отношения к племенам, а выступает характерным признаком государственной политики по сохранению в полном объеме на уровне федерации рычагов по управлению индейцами и территориями их проживания в своем ведении и контролю над ними.

Указанные факторы характеризуют ограниченность ресурсов племен самостоятельно конфигурировать собственный правовой порядок (по сравнению со штатами), что, в свою очередь, отделяет резервации от территориальных автономий. Сфера юрисдикции штатов очерчена компетенцией Конгресса и гарантиями недопустимости произвольного вмешательства во внутренние дела штатов. В отношении резерваций Конгресс может принимать любые решения. Характерным примером в этом плане может послужить наделение судов штатов Аляска, Калифорния, Миннесота, Небраска, Орегон, Висконсин полномочиями по рассмотрению дел с участием индейцев. В этом же аспекте прослеживаются отличия резерваций и муниципалитетов, в которых действует принцип гомруля.

Подытоживая, отметим, что резервации индейцев выступают яркой иллюстрацией существующего в современном мире многообразия форм конституционно-правовых статусов внутригосударственных образований. Применительно к США индейские резервации оттеняют диверсифицированную сложносоставную конфигурацию политико-территориальной модели данного государства, обусловленную синтетическим единством применяемых концепций федерализма, муниципального самоуправления и территориальной автономии.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алебастрова И. А.* Основы американского конституционализма. — М. : Юриспруденция, 2001. — 160 с.
2. *Гарипов Р. Ш.* Защита прав коренных народов в России и США. — Казань : Изд-во Татарского гос. гуманитарно-педагогического ун-та, 2010. — 251 с.
3. *Гарипов Р.* Правовой статус территориальных образований коренных народов США // Федерализм. — 2009. — № 2 (54). — С. 103—112.
4. *Ирхин И. В.* Проблемы квалификации и разграничения политических и административных автономий: опыт французских территорий // Сравнительное конституционное обозрение. — 2017. — № 6 (121). — С. 45—65.

⁶⁵ *Тишков В. А.* Указ. соч. С. 109.

5. *Кара-Кыс Аракчаа*. Международный опыт защиты прав и интересов коренных народов // Федерализм. — 2011. — № 2 (62). — С. 107—118.
6. *Кененова И. П.* Организация государственной власти и разделение властей в США // Организация государственной власти в России и зарубежных странах : учебно-методический комплекс / С. А. Авакьян, А. М. Арбузкин, И. П. Кененова [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. С. А. Авакьян. — М. : Юстицинформ, 2014. — 692 с.
7. *Крылов Б. С.* К проблеме суверенитета федерации и штатов США // Избранные труды : сборник статей, авторефератов, лекций, тезисов / сост. Е. В. Коврякова. — М. : Проспект, 2017. — 288 с.
8. *Кряжков В.* Права нацменьшинств // URL : www.hrighths.ru/text/b7/Chapter6.htm (дата обращения 17.01.2018).
9. *Лафитский В.* Конституционный строй США. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Статут, 2011. — 351 с.
10. *Лафитский В. И.* США: конституционный строй и роль штатов в структуре американского федерализма. — М. : Известия, 1993. — 164 с.
11. *Некрасов С. И.* Территориальное и внетерриториальное (квазитерриториальное) в организации и функционировании публичной власти (к постановке проблемы) // Конституционное и муниципальное право. — 2014. — № 2. — С. 25—29.
12. *Пешин Н. Л.* Зарубежные и российские проблемы разделения властей на муниципальном уровне // Современные проблемы организации публичной власти : монография / С. А. Авакьян, А. М. Арбузкин, И. П. Кененова [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. С. А. Авакьян. — М. : Юстицинформ, 2014. — 596 с.
13. *Сорокина М. Д.* Правовые аспекты защиты экологических прав коренных малочисленных народов // Современное право. — 2015. — № 11. — С. 43—46.
14. *Тимофеев Н. С.* О смысле современных моделей местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. — 2013. — № 7. — С. 14—20.
15. *Тишков В. А.* Коренное население Северной Америки в современном мире. — М. : Институт этнографии имени Н. Н. Миклухо-Маклая. — М. : Наука, 1990. — 396 с.
16. *American Indian Politics and the American Political System* / ed. by David E. Wilkins, Heidi Kiiwetinepinesiik Stark. — 3rd ed. — Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011. — 352 p.
17. *Benedikter T.* The World's Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy. — Bozen/Bolzano : EURAC Research, 2009. — 335 p.
18. *Berman D.* The Powers of Local Government on the United States // Democratic Local Government. — 1999, April. — Vol. 4. — № 1. — P. 17—22.
19. *Cornell S., Kalt J. P.* (2010) American Self-Determination: The Political Economy of a Policy that Works. HKS Faculty Research Working Paper Series RWP 10—043. P. 28 // URL: www.dash.harvard.edu/handle/1/4553307 (дата обращения: 17.01.2018).
20. *Dion T.* Treaty Relationships Between the Canadian and American Governments and First Nation Peoples // Research Paper for the National Centre for First Nations Governance. 2008. 21 p. URL: www.fngovernance.org/ncfng_research/tina_dion.pdf (дата обращения: 18.01.2018).
21. *Gray V., Hanson R. L.* Politics in the American States : A Comparative Analysis. — 10th ed. — Washington, D.C. : SAGE Publications, 2013. — 585 p.
22. *Fershee J.* From Self-Determination to Self-Domination : Native Americans, Western Culture, and the Promise of Constitutional-Based Reform // Valparaiso University Law Abstract. — 2004. — Vol. 39. — № 1. — P. 1—26.
23. *Libonati M. E.* Local Government // G. Alan Tarr, Robert F. Williams (eds.). States Constitutions for the Twenty-first Century. The Agenda of State Constitutional Reform. — Vol. 3. (ed.). — N. Y. : State University of New York Press, Albany, 2006. — P. 109—145.
24. *Katz E.* Local Self-Government in the United States // Democratic Local Government. — 1999, April. — Vol. 4. — № 1. — P. 6—12.
25. *Krasner S. D.* The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law // Michigan Journal of International Law. — 2004. — Vol. 25. — Is. 4. — P. 1075—1100.
26. *Mason M. D.* Canadian and Unites States Approaches to Indian Sovereignty // Osgoode Hall Law Journal. — 1983. — Vol. 21. — № 3. — P. 422—474.
27. *Philpott D.* Understanding the Department of the Interior. — Maryland : Bernan Press, 2016. — 327 p.
28. *Poore III J. A.* The Constitutional of the United States Applies to Indian Tribes // Montana Law Abstract. — 1998. — Vol. 59. — Is. 1. Winter. — P. 52—80.

29. *Russel J. D., Bostrom A.* Federalism, Dillon Rule and Home Rule // White Paper. A Publication of the American City County Exchange. — 2016, January. — 20 p. — URL : www.alec.org/app/uploads/2016/01/2016-ACCE-White-Paper-Dillon-House-Rule-Final.pdf.
30. *Strommer G. D., Osborne S. D.* The History, Status, and Future of Tribal Self-Governance Under the Indian Self-Determination and Education Assistance Act // American Indian Law Abstract. — 2015. — Vol. 39. — № 1. — P. 1—78. URL : www.digitalcommons.law.ou.edu/ailr.
31. *Stroschein S.* The Autonomous Structures of Native American Reservations // Levente Salat, Sergiu Constantin, Alexander Osipov, István Gergő Székely (eds.). *Autonomy Arrangements around the World : A Collection of Well and Lesser Known Cases.* — Cluj-Napoca : Editura Institutului pentru Studierea Problemelor Minorităților Naționale, 2014. — P. 187—201.

Материал поступил в редакцию 13 февраля 2018 г.

CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF TRIBES AND INDIAN RESERVATIONS OF THE UNITED STATES (IN THE CONTEXT OF REGIONAL AUTONOMY)

IRKHIN Igor Valeryevich — PhD in Law, Doctoral Student of the Department of State (Constitutional) Law of the Southern Federal University, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law of the Kuban State University
dissertacia@yandex.ru
344002, Russia, Rostov-on-Don, ul. Maksima Gorkogo, d. 88

Abstract. *The present article defines the nature of the reservations, the peculiarities of the legal categories of “sovereignty” and “sovereign powers” of Indian communities.*

To identify similarities and differences between the reservations and the territorial autonomies the author proposes to consider autonomy in a complex of three dimensions: principle, form of the territorial organization of the community and legal regime. The proposed criteria of autonomy are used as qualifiers of the constitutional legal nature of the reservations.

It is specified that the scope of Indian self-government communities is subjected to high risk transformation solutions of the Federal authorities as well as the minimum resources configuration of its own legal orders. The analogy with the modelling approach of the constitutional legal status of unincorporated U.S. territories is provided.

It is concluded that the constitutional and legal status of the reservations can be characterized from two perspectives.

Given the institutionalization of tax and financial preferences, special rights in the sphere of environmental management for Indian tribes, they have advantages compared to the population of the States and municipalities in certain areas of life (gambling, retail trade, taxes, special rights of use of natural resources). These indicators, in conjunction with national cultural identity and the possibility of formation of legislative, executive and judicial bodies, align the reservations with the institute of territorial autonomy.

The second aspect of the constitutional legal status is a permanent state of “swinging” and total dependence on the Federal government, due to the defectiveness of the guarantees of independence in the field of internal self-government. This approach supports the characteristic feature of the state policy of preserving in full the level of the Federation levers to govern Indians and their territories under its jurisdiction jurisdiction and control.

These factors characterize the limited resources of the tribes to self-configure their own law and order (compared to the States), which in turn separates the reservation from the territorial autonomies. On this basis it is stated that the reservations are independent forms of intra-state entities which, nevertheless, have characteristics of territorial autonomy.

Keywords: *Constitution, US Congress, reservations, Indian tribes, status, autonomy, competence, warranty.*

REFERENCES

1. Alebastrova I.A. *Osnovy amerikanskogo konstitutsionalizma* [The foundations of American constitutionalism]. Moscow: Yurisprudentsiya, 2001. 160 p.
2. Garipov R.Sh. *Zashchita prav korennykh narodov v Rossii i SSHA* [Protection of the rights of indigenous peoples in Russia and the United States]. Kazan: Publishing house of the Tatar State Humanities and Pedagogics University, 2010. 251 p.
3. Garipov R. *Pravovoy status territorialnykh obrazovaniy korennykh narodov SSHA* [Legal status of the territorial formations of the indigenous peoples of the United States]. *Federalizm* [Federalism]. 2009. No. 2 (54). Pp. 103—112.
4. Irkhin I.V. *Problemy kvalifikatsii i razgranicheniya politicheskikh i administrativnykh avtonomiy: opyt frantsuzskikh territoriy* [The problems of classification and delimitation of political and administrative autonomy: the experience of the French areas]. *Sravnitelnoe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative constitutional review]. 2017. No. 6 (121). Pp. 45—65.
5. Kara-Kys Arakchaa. *Mezhdunarodnyy opyt zashchity prav i interesov korennykh narodov* [International experience of protecting the rights and interests of indigenous peoples]. *Federalizm* [Federalism]. 2011. No. 2 (62). Pp. 107—118.
6. Kenenova I.P. *Organizatsiya gosudarstvennoy vlasti i razdelenie vlastey v SSHA* [Organization of state power and separation of powers in the US]. *Organizatsiya gosudarstvennoy vlasti v Rossii i zarubezhnykh stranakh: uchebnometodicheskiy kompleks* [Organization of state power in Russia and foreign countries: study and methodology tutorial]. S.A. Avakyan, A.M. Arbuzkin, I.P. Kenenova, et al. S.A. Avakyan (ed.). Moscow: Yustitsinform, 2014. 692 p.
7. Krylov B.S. *K probleme suvereniteta federatsii i shtatov SSHA* [Problem of the sovereignty of the Federation and the States]. *Izbrannye trudy: sbornik statey, avtoreferatov, lektsiy, tezisov* [Selected works: collection of articles, abstracts, lectures, theses]. Comp. By E.V. Kovryakova. Moscow: Prospect. 2017. 288 p.
8. Kryazhkov B. *Prava natsmennshinstv* [The rights of national minorities]. URL: www.hrights.ru/text/b7/Chapter6.htm (accessed 17.01.2018)
9. Lafitskiy V.I. *Konstitutsionnyy stroy SSHA* [The constitutional system of the United States]. 2nd ed. Rev. and suppl. Moscow: Statut, 2011. 351 p.
10. Lafitskiy V.I. *SSHA: konstitutsionnyy stroy i rol shtatov v strukture amerikanskogo federalizma* [USA: constitutional system and the role of the States in the structure of American federalism]. Moscow: Izvestiya. 1993. 164 p.
11. Nekrasov S.I. *Territorialnoe i vneterritorialnoe (kvaziterritorialnoe) v organizatsii i funktsionirovanii publichnoy vlasti (k postanovke problemy)* [Territorial and beyond territorial (quasi-territorial) in the organization and functioning of public authorities (problem statement)]. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo* [Constitutional and municipal law]. 2014. No. 2. Pp. 25—29.
12. Peshin N.L. *Zarubezhnye i rossiyskie problemy razdeleniya vlastey na munitsipalnom urovne* [Russian and foreign problems of separation of powers at the municipal level]. *Sovremennye problemy organizatsii publichnoy vlasti: monografiya* [Current issues of public authority organization: monograph]. S.A. Avakyan, A.M. Arbuzkin, I.P. Kenenova, et al. S.A. Avakyan (ed.). Moscow: Yustitsinform, 2014. 596 p.
13. Sorokina M.D. *Pravovye aspekty zashchity ekologicheskikh prav korennykh malochislennykh narodov* [Legal aspects of protection of environmental rights of indigenous peoples]. *Sovremennoe pravo* [Modern law]. 2015. No. 11. Pp. 43 - 46.
14. Timofeev N.S. *O smysle sovremennykh modeley mestnogo samoupravleniya* [The meaning of modern models of local self-government]. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo* [Constitutional and municipal law]. 2013. No. 7. Pp. 14—20.
15. Tishkov V.A. *Korennoe naselenie severnoy ameriki v sovremennom mire*. [The indigenous population of North America in the modern world]. Moscow: Institut etnografii imeni N.N. Miklukho-Maklaya [Institute of Ethnography named after Nicholas Miklouho-Maclay]. Moscow: Nauka, 1990. 96 p.
16. *American Indian Politics and the American Political System* / ed. by David E. Wilkins, Heidi Kiiwetinesii Stark. 3rd ed. Plymouth, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2011. 352 p.
17. Benedikter T. *The World's Modern Autonomy Systems: Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy*. Bozen/Bolzano : EURAC Research, 2009. 335 p.

18. Berman D. The Powers of Local Government on the United States. *Democratic Local Government*. 1999, April. — Vol. 4. — № 1. — P. 17—22.
19. Cornell S., Kalt J. P. (2010) *American Self-Determination: The Political Economy of a Policy that Works*. HKS Faculty Research Working Paper Series RWP 10—043. P. 28. URL: www.dash.harvard.edu/handle/1/4553307 (дата обращения: 17.01.2018).
20. Dion T. Treaty Relationships Between the Canadian and American Governments and First Nation Peoples. *Research Paper for the National Centre for First Nations Governance*. 2008. 21 p. URL: www.fngovernance.org/ncfng_research/tina_dion.pdf (дата обращения: 18.01.2018).
21. Gray V., Hanson R. L. *Politics in the American States : A Comparative Analysis*. 10th ed. Washington, D.C. : SAGE Publications, 2013. 585 p.
22. Fershee J. From Self-Determination to Self-Domination : Native Americans, Western Culture, and the Promise of Constitutional-Based Reform. *Valparaiso University Law Abstract*. 2004. Vol. 39. № 1. P. 1—26.
23. Libonati M. E. Local Government. G. Alan Tarr, Robert F. Williams (eds.). *States Constitutions for the Twenty-first Century*. The Agenda of State Constitutional Reform. Vol. 3. (ed.). N. Y. : State University of New York Press, Albany, 2006. P. 109—145.
24. Katz E. Local Self-Government in the United States. *Democratic Local Government*. 1999, April. Vol. 4. № 1. P. 6—12.
25. Krasner S. D. The Hole in the Whole: Sovereignty, Shared Sovereignty, and International Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004. Vol. 25. Is. 4. P. 1075—1100.
26. Mason M. D. Canadian and Unites States Approaches to Indian Sovereignty. *Osgoode Hall Law Journal*. 1983. Vol. 21. № 3. P. 422—474.
27. Philpott D. *Understanding the Department of the Interior*. Maryland : Bernan Press, 2016. — 327 p.
28. Poore III J. A. The Constitutional of the United States Applies to Indian Tribes. *Montana Law Abstract*. 1998. Vol. 59. Is. 1. Winter. P. 52—80.
29. Russel J. D., Bostrom A. Federalism, Dillon Rule and Home Rule. *White Paper. A Publication of the American City County Exchange*. 2016, January. 20 p. URL : www.alec.org/app/uploads/2016/01/2016-ACCE-White-Paper-Dillon-House-Rule-Final.pdf.
30. Strommer G. D., Osborne S. D. The History, Status, and Future of Tribal Self-Governance Under the Indian Self-Determination and Education Assistance Act. *American Indian Law Abstract*. 2015. Vol. 39. № 1. P. 1—78. URL : www.digitalcommons.law.ou.edu/ailr.
31. Stroschein S. The Autonomous Structures of Native American Reservations. Levente Salat, Sergiu Constantin, Alexander Osipov, István Gergő Székely (eds.). *Autonomy Arrangements around the World : A Collection of Well and Lesser Known Cases*. Cluj-Napoca : Editura Institutului pentru Studiarea Problemelor Minarităților Nationale, 2014. P. 187—201.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики.
3. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
4. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
5. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 20–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - статья должна содержать структуру изложения;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
6. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

Учредитель —

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 17,20 усл.-печ.л. (14 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 28.06.2018.

Редактор *Л. А. Мункуева*.

Корректор *А. Б. Рыбакова*.

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков*.

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.