

**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**

**ЧУЧАЕВ Александр Иванович** доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

**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**

**БАРАБАШ Юрий Григорьевич** доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины.

**БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

**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.

**ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна** доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный юрист города Москвы.

**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.

<b>МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович</b>	кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.
<b>ОТМАР Зойль</b>	доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
<b>ПАН Дунмэй</b>	кандидат юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.
<b>ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич</b>	доктор юридических наук, вице-президент Федеральной палаты адвокатов России, председатель Совета коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма "ЮСТ"».
<b>РАРОГ Алексей Иванович</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
<b>РАДЬКО Тимофей Николаевич</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.
<b>РАССОЛОВ Илья Михайлович</b>	доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
<b>РЫБАКОВ Олег Юрьевич</b>	доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке ассоциации юристов России, член Экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.
<b>ТУМАНОВА Лидия Владимировна</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
<b>ФЕДОРОВ Александр Вячеславович</b>	заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
<b>ХЕЛЛЬМАНН Уве</b>	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
<b>ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
<b>ШУГРИНА Екатерина Сергеевна</b>	доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>де ЗВААН Яап</b>	(почетный) профессор кафедры права Европейского Союза университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды), профессор кафедры Жанна Монне.

**Редакционная коллегия журнала**

<b>ГРОМОШИНА Наталья Андреевна</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>ЕРШОВА Ирина Владимировна</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>ИЩЕНКО Евгений Петрович</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>КАШКИН Сергей Юрьевич</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>КОМАРОВА Валентина Викторовна</b>	доктор юридических наук, профессор, и.о. зав. кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>КОРНЕВ Аркадий Владимирович</b>	доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>ЛЮТОВ Никита Леонидович</b>	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович</b>	доктор юридических наук, профессор кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>СЛЕСАРЕВ Владимир Львович</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и семейного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
<b>СМИРНОВ Александр Федорович</b>	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой организации правоохранительной деятельности 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, Head of the Department of Civil Process, 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**

**CHUCHAEV  
Aleksandr  
Ivanovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

**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.цц

**Council of Editors**

**BARABASH  
Yuri  
Grigorievich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Constitutional Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Correspondent Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

**BEKYASHEV  
Kamil  
Abdulovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**BECHET-GOLOVKO  
Karine** Doctor of Public Law, France.

**BONDAR  
Nikolay  
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Court 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.

**DMITRIEVA  
Galina  
Kirillovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education, Merited Lawyer of the City of Moscow.

**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.

<b>MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich</b>	PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
<b>PAN Dunmey</b>	PhD in Law, Professor of the law Institute Heilongjiang University of China, invited researcher at the Slavic research Center of Hokkaido University of Japan.
<b>PILIPENKO Yuri Sergeevich</b>	Doctor of Law, Vice-President of the Federal Chamber of Advocates of Russia, Chairman of the Council of the Bar Associations of Advocates of the Moscow region, Legal Firm «JUST».
<b>RADKO Timofey Nikolaevich</b>	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
<b>RAROG Aleksey Ivanovich</b>	Doctor of Law, Professor, Head 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.
<b>RASSOLOV Ilya Mikhailovich</b>	Doctor of Law, Professor 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».
<b>RYBAKOV Oleg Yurievich</b>	Doctor of Philosophy, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation, Member of the Russian Section of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy, Member of the Commission on Science of the Association of Lawyers of Russia, Member of the Expert Committee on Law of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.
<b>TUMANOVA Lidia Vladimirovna</b>	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, the Dean of the Law Faculty of the Tver State University, the Merited Lawyer of the Russian Federation.
<b>FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich</b>	Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, PhD in Law, Professor, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
<b>HELLMANN Uwe</b>	Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
<b>SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna</b>	Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St.Petersburg State University.
<b>SHUGRINA Ekaterina Sergeevna</b>	Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
<b>de ZWAAN Jaap Willem</b>	(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, Head 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 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).
- ZUBAREV Sergey Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ISHCHENKO Yevgeniy Petrovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN Sergey Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of European Union of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA Valentina Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Ag. Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- Kornev Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Deputy 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 of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SLESAREV Vladimir Lvovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil and Family Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SMIRNOV Aleksandr Fedorovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Organization Law Enforcement Activities of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

## СОДЕРЖАНИЕ

### КОЛОНКА РЕДАКТОРА

*Премия Правительства Российской Федерации* . . . . . 9

### ТЕМА НОМЕРА

*Административное право во Франции и в России: общие тенденции через призму различных путей развития* . . . . . 11

*Гуглиельми Ж. Место и роль публичной службы в административном праве Франции* . . . 14

*Старилов Ю. Н. Административная юстиция в России.* . . . . . 21

*Кононов К. А. Развитие законодательства об административной ответственности в России* . . . . . 34

*Тюрпен Д. Современное состояние судебного дуализма во Франции* . . . . . 38

*Плессикс Б. Административная деятельность и правовой дуализм во Франции* . . . . . 44

*Дэгерг М. Ответственность без вины и социализация рисков во французском праве* . . . 51

*Эсплюгас П. Аутсорсинг и его лимиты во французских государственных учреждениях* . . . 59

*Лаваль О. Административная прозрачность и развитие парципаторной демократии* . . . 68

*Филатова М. А. «Срочные процедуры» в российском праве* . . . . . 75

*Делоне Б. Вина в административном праве Франции* . . . . . 82

*Беше-Головко К. Принцип гласности в России* . . . . . 90

*Антуан О. Подчинение публичных властей конкурентному праву* . . . . . 99

*Васильева С. В. Подчинение государственных органов правилам конкуренции в России* . . 111

*Талапина Э. В. Публично-правовое регулирование экономики в России: институциональная эволюция.* . . . . . 116

*Иду П. Роль и сущность независимых публичных (государственных) органов, участвующих в регулировании экономики* . . . . . 126

*Бодуен Мари-Элизабет. Защита основных свобод административным судом* . . . . . 131

*Головко Л. В. Разграничение административной и уголовной ответственности по российскому праву.* . . . . . 139

### НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

*«Кутафинские чтения» и Ежегодная международная научно-практическая конференция Юридического факультета МГУ имени М. В. Ломоносова* . . . . . 146

*Межрегиональная научная конференция «Этика П. А. Кропоткина и проблема соотношения нравственности и права»: итоги и перспективы* . . . . . 152

## CONTENTS

### EDITOR'S COLUMN

<i>The Government of the Russian Federation Award</i> . . . . .	9
---	---

### COVER ARTICLE

<i>Administrative Law in France and in Russia. Common trends through the prism of different development paths</i> . . . . .	11
<i>Guglielmi Gilles The Place and Role of the Public Service in Administrative Law of France</i> . . . . .	14
<i>Starilov Y. N. Administrative justice in Russia</i> . . . . .	21
<i>Kononov K. A. The Development of the Law on Administrative Responsibility in Russia</i> . . . . .	34
<i>Turpin Dominique. The Current State of the Judicial Dualism in France</i> . . . . .	38
<i>Plessix Benoit. Administrative Activities and Legal Dualism in France</i> . . . . .	44
<i>Deguerge Maryse. Liability Without Fault and Socialization of Risks in French Law</i> . . . . .	51
<i>Esplugas Pierre. Outsourcing and its Limits in French Public Institutions</i> . . . . .	59
<i>Lavail O. Administrative Transparency and the Development of Participatory Democracy</i> . . . . .	68
<i>Filatova M.A. «Urgent Procedures» in Russian Law</i> . . . . .	75
<i>Delone B. Guilt in administrative Law of France</i> . . . . .	82
<i>Bechet-Golovko Karine. The Principle of Transparency in Russia</i> . . . . .	90
<i>Antoine Aurélien. Public Authorities Subordination to Competition Law</i> . . . . .	99
<i>Vasilyeva S.V. Public Authorities Subordination to Competition Law Rules in Russia</i> . . . . .	111
<i>Talapina E. Public Law Regulation of the Economy in Russia: Institutional Evolution</i> . . . . .	116
<i>Idoux Pascale. The Role and Nature of Independent Public (Government) Bodies Involved in the Regulation of the Economy</i> . . . . .	126
<i>Baudoin Marie-Elisabeth. The Protection of Fundamental Freedoms by an Administrative Court</i> . . . . .	131
<i>Golovko L. V. Delineation of Administrative and Criminal Liability Under Russian Law</i> . . . . .	139

### SCIENTIFIC LIFE

<i>«The Kutafin Readings» Conference and Annual International Scientific Conference of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University</i> . . . . .	146
<i>Interregional Conference “Ethics of Peter Alexseyevich Kropotkin and the Problem of Correlation of Morality and Law: Results and Perspectives”</i> . . . . .	152



# КОЛОНКА РЕДАКТОРА

## ПРЕМИЯ ПРАВИТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Правительство Российской Федерации

Распоряжение от 19 ноября 2015 г. № 2353-р Москва

### О ПРИСУЖДЕНИИ ПРЕМИЙ ПРАВИТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ 2015 г. В ОБЛАСТИ ОБРАЗОВАНИЯ

(извлечение)

*Присудить премии Правительства Российской Федерации 2015 года в области образования и присвоить звание «Лауреат премии Правительства Российской Федерации в области образования»:*

*Лазареву Валерию Васильевичу, доктору юридических наук, профессору, заведующему отделом федерального государственного научно-исследовательского учреждения «Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации»; Липеню Сергею Васильевичу, доктору юридических наук, профессору федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)», — за учебник «Теория государства и права: учебник для академического бакалавриата».*

**Т**еория государства и права преподается на первом курсе всех юридических вузов, именно с этого предмета для всех студентов всех форм обучения и специализаций начинается изучение комплекса юридических дисциплин, выносятся на государственный экзамен вне зависимости от профиля юридической подготовки.

Учебник<sup>1</sup> по своему содержанию и структуре полностью соответствует государственному стандарту подготовки бакалавров, является разноуровневым, отличается оригинальной подачей материала, предназначен как для базового, так и для углубленного изучения теории государства и права. В нем на высоком научном уровне анализируются принципиальные теоретические проблемы; дается обзор доктрины и приводится список общих и специальных работ по каждой теме. Доступность изложения и обновляемые от издания к изданию обзоры ли-

тературы обуславливают популярность учебника среди преподавателей и студентов.

Учебник выдержал 5 изданий и находит практическое применение в педагогической деятельности во всех ведущих юридических вузах Российской Федерации. Каждое последующее издание осуществлялось с учетом новейших требований Министерства образования и науки РФ.

Первые три издания выходили в издательстве «Спарк» с 1998 г. общим тиражом 35 тыс. экземпляров; 4-е издание — в издательстве «Юрайт» в течение 2010–2015 гг. общим тиражом более 10 тыс. экземпляров (на титульном листе указано: Московская государственная юридическая академия имени О.Е. Кутафина, рекомендовано УМО вузов по юридическому образованию Российской Федерации в качестве учебника).

Учебник отличается ориентацией на отечественные традиции подготовки юридических

<sup>1</sup> Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права : учебник для академического бакалавриата. 5-е изд., испр. и доп. М. : Юрайт, 2015. 521 с.

учебных изданий, сложившиеся в том числе в дореволюционной России; авторами также учитывается современный отечественный и зарубежный опыт (разноуровневая подача материала, ориентация на первоисточники и самостоятельную работу студентов, содержательные обзоры литературы, предметный и именной указатели и т.д.), что сделало его незаменимым в подготовке юристов всех форм обучения, в особенности с использованием дистанционных образовательных технологий, при выполнении письменных работ по теории государства и права и отраслевым юридическим дисциплинам.

Работу характеризует органическая связь исходного образовательного материала с глубо-

кими положениями отечественной и зарубежной мысли, отраженными в подготовленной авторами двухтомной хрестоматии «Теория государства и права» (М., 2001). Своего рода внедрением содержательных идей является их участие в коллективном учебнике, имеющем гриф Министерства образования и науки Российской Федерации (см.: Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М. : Норма; Инфра-М, 2010).

Учебник является результатом многолетней научно-педагогической, в том числе руководящей (тот и другой руководили кафедрами), деятельности авторов, издавших соответственно свыше 300 и свыше 150 научных работ, включая собственные монографии.

# ТЕМА НОМЕРА

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО ВО ФРАНЦИИ И В РОССИИ: ОБЩИЕ ТЕНДЕНЦИИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ РАЗЛИЧНЫХ ПУТЕЙ РАЗВИТИЯ

**Аннотация.** В начале 2014 г. французские и российские ученые на международной конференции, организованной Центром публичного права им. Мишеля де л'Опиталья Университета Оверни (Клермон-Ферран I) и ассоциацией «Комитас Гентиум: Франция – Россия» (Comitas Gentium France-Russie), обсудили актуальные проблемы развития административного права во Франции и России. Административистами Франции были предложены для обсуждения следующие темы: место и роль публичной службы в административном праве Франции (Жиль Гуглиельми); современное состояние судебного дуализма во Франции (Доминик Тюрпан); административная деятельность и правовой дуализм во Франции (Беноа Плессикс); ответственность без вины и социализация рисков во французском праве (Мариза Дэгерг); аутсорсинг и его лимиты во французских государственных учреждениях (Пьер Эсплюгас); административная прозрачность и развитие парципаторной демократии (Оливье Лаваль); вина в административном праве Франции (Бенуа Делоне); подчинение публичных властей конкурентному праву (Орильен Антуан); роль и сущность независимых публичных (государственных) органов, участвующих в регулировании экономики (Паскаль Иду); защита основных свобод административным судом (Мари-Элизабет Бодоан). Российские ученые выступили с докладами: административная юстиция в России (Ю. Н. Стариков); развитие законодательства об административной ответственности в России (К. А. Кононов); «срочные процедуры» в российском праве (М. А. Филатова); принцип гласности в России (Карин Беше-Головко); подчинение государственных органов правилам конкуренции в России (С. В. Васильева); публично-правовое регулирование экономики в России: институциональная эволюция (Э. В. Талапина); разграничение административной и уголовной ответственности по российскому праву (Л. В. Головко). В публикуемых материалах освещены основные проблемы указанных тем.

**Ключевые слова:** Франция, Россия, международная конференция, Комитас Гентиум: Франция – Россия, административное право, направление развития, сходство и различия, административная ответственность, административная юстиция, административное судопроизводство.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2016.110.1.009-145**

**23** и 24 января 2014 г. Центр публичного права имени Мишеля де л'Опиталья Университета Оверни (Клермон-Ферран I) и ассоциация «Комитас Гентиум: Франция – Россия» (Comitas

Gentium: France – Russie)<sup>1</sup> провели при участии секции российского права французского Общества сравнительного законодательства (Société de législation comparée) конференцию «Переесе-

<sup>1</sup> В 2012 г. в целях укрепления научных, культурных и просто человеческих связей между французскими и российскими исследователями в области права во Франции была создана ассоциация Comitas Gentium: France-Russie («Комитас Гентиум: Франция – Россия»).

Comitas gentium — термин международного права, обозначающий совокупность отношений между государствами, которые покоятся на взаимном доброжелательстве. В этом и состоит основная идея проекта, которая выражается формулой: «Нет знаний без понимания, нет понимания без уважения!».

чение взглядов на развитие административного права во Франции и в России». Она состоялась во Франции в г. Клермон-Ферран, в Университете Оверни (Клермон-Ферран I). В течение двух дней на ней выступили 17 французских докладчиков, представлявших 8 французских университетов, и 7 российских докладчиков, представлявших 5 российских университетов, Конституционный Суд РФ и адвокатский корпус. Все доклады и прения по ним переводились на два языка: русский и французский.

По каждой из избранных тем, вошедших в программу конференции, был представлен российский и французский доклад, что дало возможность увидеть специфику российско-го и французского подходов при решении тех или иных проблем и предоставило участникам конференции солидную базу для дискуссий в прениях. Такая методика позволила наглядно увидеть, насколько близки на самых разных уровнях наши правовые системы, как только нам удастся преодолеть языковой барьер и уяснить смысл того или иного понятия.

Прежде всего, для административного права Франции и России, по существу, характерно единое направление развития, что вполне логично с учетом приверженности европейским континентальным традициям, присущей нашим странам. Существуют, разумеется, и определенные различия, в большинстве своем связанные с выходом российского права из советского периода его эволюции и выбором различных подмоделей. Речь в основном идет о сферах, связанных с ответственностью администрации и административной юстицией, где в России очень заметно влияние немецкой подмодели, которая более гибка, нежели французская, и позволяет более эффективно адаптировать постсоветскую систему к современным потребностям. Так, ответственность администрации, главным образом имущественная, вытекает здесь из норм частного права с подведомственностью соответствующих споров не

административным, а общим судам, хотя и при наличии в необходимых случаях специальных норм для их разрешения.

Кроме того, новейшие тенденции показывают возникновение общих проблем. Обе страны сталкиваются с необходимостью переосмысления взаимоотношений государства и общества, не забывая также о переоценке роли индивида в процессе функционирования административного права, идет ли речь об участии в публичной службе или принятии решений. В России, как и во Франции, положения, касающиеся управления и вмешательства государства в экономику, оказались все более и более проникнуты механизмами права конкуренции, что подчас наполняет публичное экономическое право логикой частного права. Различаются разве что институциональные границы: французская система более консервативна и все еще ориентирована на сохранение идеи публичного интереса, обосновывающего необходимость специальных правил; российская система более либеральна и в меньшей степени защищает интересы государства в экономических отношениях, о чем свидетельствует, например, отсутствие публично-правовых договоров. В то же время институциональные различия не следует воспринимать примитивно, поскольку, скажем, в сфере имущественных прав и права собственности мы в конечном счете обнаруживаем в России схожие механизмы защиты ординарной публичной собственности и национального достояния, пусть и всего лишь под другим наименованием, или появление специальных положений частного права для действий администрации. То же самое касается и участия лиц частного права в процессе управления. Во Франции, как и в России, механизмы аутсорсинга начали дополнять традиционные институты делегирования публичной службы, а в том, что касается принятия решений, Россия идет даже дальше Франции, превращая принцип транспарентности в обязательное сотруд-

---

В состав ассоциации вошли известные ученые-юристы из России и Франции. Основными направлениями деятельности ассоциации являются подготовка научных статей по актуальным вопросам развития российского и французского права, их перевод и публикация одновременно на двух языках на сайте [www.comitasgentium.com](http://www.comitasgentium.com), а также организация научных конференций, в том числе совместно с ведущими французскими и российскими учебными и научными учреждениями (см. подробно: <http://www.comitasgentium.com>).

Материалы, публикуемые в этом номере, представлены президентом ассоциации Comitas Gentium France-Russie, доктором публичного права, приглашенным профессором Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова Карин Беше-Головко.

ничество между государственными органами и гражданским обществом, в силу чего возникает новый феномен, не лишенный системных проблем. В этих случаях — как во Франции, так и в России — мы отчетливо видим англосаксонскую логику, разъедающую традиционные механизмы. Внедрение англосаксонской логики не может не вызывать трудностей, приобретающих подчас системный характер.

Наконец, широкие дискуссии в России вокруг реформы правосудия, в рамки которой вписывается реформа административной юстиции, как представляется, открывают путь к окончательному сближению наших двух систем, снижая после объединения высших судов значение столь необычной ветви судебной системы, которую составляют арбитражные суды, являющиеся не арбитражем в классическом смысле (третейским судом), а особыми государственными судами, обладающими специальной и исключительной компетенцией в сфере экономических споров. Частичный отказ на высшем уровне от разграничения арбитражных и обычных судов, связанного с еще

советскими госарбитражами, направит российскую судебную систему в бесспорно современное русло развития и вызовет радикальные изменения в видении юристами российской правовой системы в ее совокупности.

Редакция журнала без изъятий публикует русские версии всех сделанных на конференции докладов (российских и французских). Несмотря на то что с момента проведения конференции прошло некоторое время, ее материалы и результаты по-прежнему весьма актуальны. Вступление в России 15 сентября 2015 г. в силу Кодекса административного судопроизводства только усилило эту актуальность<sup>2</sup>. Что же касается задержки с публикацией, то она является вполне осознанной: в январе 2016 г. во Франции в солидном издательстве PUF (Presses Universitaires de France) выходит из печати сборник докладов конференции на французском языке. Теперь российский и французский читатели смогут познакомиться с результатами конференции фактически одновременно, что очень нечасто встречается в юридической науке.

## ADMINISTRATIVE LAW IN FRANCE AND IN RUSSIA. COMMON TRENDS THROUGH THE PRISM OF DIFFERENT DEVELOPMENT PATHS

**Review.** *In early 2014, French and Russian scholars discussed the topical issues of development of administrative law in France and Russia at the International Conference organized by the Centre of Public Law named after Michel de L'hospital of the University of Auvergne (Clermont-Ferrand) and the Association of Comitatus Gentium France-Russia (Comitatus Gentium France-Russie). French administrative law experts proposed to discuss the following topics: the place and role of the public service in administrative law of France (Gilles Guglielmi); the current state of the judicial dualism in France (Dominique Turpin); administrative activities and legal dualism in France (Benoit Plessix); liability without fault and socialization of risks in France (Maryse Deguerge); outsourcing and its limits in French public institutions (Pierre Esplugas); administrative transparency and the development of participatory democracy (O. Lavail); fault in the administrative law of France (Benoit Delaunay); public authorities subordination to competition law (Aurélien Antoine); the role and nature of independent public (government) bodies involved in the regulation of the economy (Pascale Idoux); protection of fundamental freedoms by an administrative court (Marie-Elisabeth Baudoin). Russian scholars made reports on administrative justice in Russia (Y.N. Starilov); the development of the law on administrative responsibility in Russia (K.A. Kononov); "urgent procedures" in Russian law (M.A. Filatova); the principle of transparency in Russia (Karin Bechet-Golovko); public authorities subordination to competition law Rules in Russia (S.V. Vasilyeva); public law regulation of the economy in Russia: institutional evolution (Elvira Talapina); delineation of administrative and criminal liability under Russian law (L.V. Golovko). The published materials highlight the major problems of these topics.*

**Keywords:** *France, Russia, international conference, Comitatus Gentium France-Russia, administrative law, development path, similarities and differences, administrative liability, administrative justice, administrative jurisprudence.*

<sup>2</sup> В ряде докладов говорится еще о проекте Кодекса об административном судопроизводстве РФ. Редакция посчитала необходимым оставить их тексты без изменений.

Ж. Гуглиельми\*

## МЕСТО И РОЛЬ ПУБЛИЧНОЙ СЛУЖБЫ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ ФРАНЦИИ

Одна из наиболее опасных ошибок, с которыми можно столкнуться при сравнении права, — это, несомненно, реально существующий партикуляризм объектов сравнения. В итоге, когда происходит углубление научного изучения объекта, он склонен становиться «все более и более неповторимым». Обратный ход, дистанцирование, отказ от детального рассмотрения, безусловно, более подходят для поиска общего знаменателя и выступают точками преломления, которые делают эти два объекта радикально противоположными.

В этом отношении юридическое понятие публичной службы во французском праве представляет собой подходящий объект для безнадежных выводов: сложность, связанная с историей и французским обществом, партикуляризм, единичность. Можно почти утверждать, что любая попытка провести сравнение юридического понятия публичной службы заканчивается еще в начале, на входе в храм сравнения, когда нужно сформулировать ее определение.

Откуда идет этот явный фатализм, который долгое время обрекал на критику теоретиков права французское понятие публичной службы? Отсутствие определения, дискреционные полномочия по признанию таковой, частичное включение критериев и применения в политическую сферу, французское культурное исключение — в чем только не упрекали юридическое понятие публичной службы!

Тем не менее изучение административного права и судебной практики подтверждает верность этих замечаний, хотя само юридическое понятие публичной службы все равно было принято, будучи признанным несовершенно и главным образом неподходящим для того, чтобы стать моделью для других правовых систем. Конкретные достижения публичной

службы и навыки лиц, ее представляющих, зачастую охотно перенимались за рубежом.

В наши дни, более чем когда-либо, публичная служба является одним из основных юридических инструментов вмешательства публичных властей во Франции. Она с неизменным постоянством присутствует в судебной практике, причем в начале XXI в. эта тенденция только усиливается (так, в 2013 г. это выражение встречалось в 375 постановлениях Государственного совета, из которых опубликовано 89). Об этом свидетельствуют три весомых факта. Во-первых, два из наиболее крупных постановлений за последние десятилетия, вынесенные Государственным советом в обновление своей классической доктрины, относятся к публичной службе (CE, 2007 APREI и CE, 2007, Commune d'Aix-en-Provence). В праве Европейского Союза понятие публичной службы было воспринято Договорами, начиная с Римского договора 1957 г. и заканчивая TUE (Договором о Европейском Союзе), благодаря категории «служба общего экономического интереса» (SIEG), которая берет от него свое начало, вместе с дополнениями, вытекающими из всеобщей службы в либерализованных секторах. Оно было признано Амстердамским договором как общая ценность Союза и в этом качестве подтверждено Хартией основных прав Европейского Союза. Кроме того, в практике Суда справедливости ЕС можно найти следы этой концептуальной и юридической интеграции, обратившись к постановлениям Corbeau (1993) и Commune d'Almelo (1994). Наконец, публичная служба в своей юридической форме и главным образом в практическом воплощении присутствует повсеместно благодаря самым современным формам организации администрации, а также в контексте политических решений, направленных на сохране-

© Гуглиельми Ж, 2016

\* Гуглиельми Жиль, профессор Университета Пантеон-Ассас (Париж-II)

ние присутствия государства и социально-политических связей в сложных географических районах. Исполнение налоговых обязательств с использованием Интернета, получение исчерпывающих сведений об административных процедурах, открытие и размещение публичных данных (Open Data), перевод на электронную основу публичных закупок, дистанционное обучение в CNED или MOOC, отслеживание досье в системе социального обеспечения и, конечно же, Публичная служба распространения юридической информации, которые выполняют роль платформы для служб в сельской среде и удаленных городских кварталах, индивидуальная помощь, присмотр за детьми и школьный транспорт — всё это публичные службы.

Следовательно, нужно одновременно объяснить этот очевидный парадокс и релятивизировать партикуляризм французского юридического понятия публичной службы. Это — лейтмотив названия данной статьи, в которой публичная служба рассматривается во взаимосвязи с французским административным правом, чтобы подчеркнуть, что, вне всяких сомнений, в этом и состоит главное объяснение того центрального места, которое отведено административному праву во французской правовой системе. Вместе с тем представляется, что оно не оканчивается на теории права и теории публичного права. Его реальная основа зиждется на французском органическом партикуляризме, который дал, с одной стороны, Государственному совету и независимому судебному корпусу непревзойденную унифицирующую власть, а, с другой стороны, различным лицам публичного права — широкие полномочия и возможность проявлять инициативу по вопросам организации и функционирования публичных служб. При этом не следует забывать, что понятие публичной службы и выступает основой для финансирования (с помощью налога) публичным коллективом тех видов деятельности, которые, как считает публичная власть, по определению действующая в общем интересе, без ее решительного вмешательства не обеспечиваются или обеспечиваются плохо и которые необходимы для достижения социального оптимума в данный момент времени. Идя по второму пути, можно уяснить, что место и роль публичной службы являются центральными в выполнении миссии, возложенной на правительство в целом.

## I. ОСОБАЯ СВЯЗЬ МЕЖДУ ПОНЯТИЕМ ПУБЛИЧНОЙ СЛУЖБЫ И АДМИНИСТРАТИВНЫМ ПРАВОМ

Первая особенность понятия публичной службы во Франции — это то, что оно было задумано прежде всего как юридическое понятие. И в него вложено особое значение.

Понятие публичной службы появилось в результате того, что мы сегодня называем изменением направлений публичной политики, осуществляемой в интересах населения (*évolution des politiques publiques*). В самом деле, вмешательство публичной власти после Революции 1830 г. ознаменовано реализацией масштабных работ, в которых государство обеспечивало занятость привлеченного в города населения: речь идет о политике национальных мастерских (дороги, фабричная продукция), одобренной Второй республикой. В этом нет ничего нового по сравнению с кольбертизмом, за исключением желания предоставить работу сформировавшимся социальным классам. Вторая империя, в свою очередь, продолжила это дело, привлекая в большей мере частный капитал с целью оснащения Франции инфраструктурой (вода, железные дороги, газ). Но в реальности качественный скачок вмешательства публичной власти произошел после укрепления Третьей республики в 1880-е гг. Муниципальный закон 1884 г. возложил с этой целью на коммуны — местные коллективы, весьма укоренившиеся на протяжении века в социальной и политической жизни, — полномочия юридического характера, которые позволяли им совершенствовать, координировать и регулировать местную экономическую жизнь.

Интервенционизм, основывающийся на потребностях местного населения, стал общей чертой всех коммун Франции. Иными словами, впервые публичное вмешательство осуществлялось в рамках логики предоставления благ, причем само предоставление выбиралось и определялось их получателями.

Эта катализация, постепенно помогавшая сформировать понятие публичной службы, совпала с автономизацией административной юрисдикции. Начиная с 1860-х гг. Государственный совет рассматривает жалобы на превышение власти (*recours pour excès de pouvoir*) в соответствии с собственным регламентом. В 1872 г. за ним были признаны полномочия по отправлению «делегирован-

ного» правосудия<sup>1</sup>. В 1889 г., благодаря постановлению Cadot, он согласился рассматривать юридические акты административных органов государства (с 1901 г. — и территориальных коллективов) непосредственно, без обращения к соответствующему министру<sup>2</sup>. С этого времени юридическое понятие публичной службы получает теоретическую разработку, так как именно она лежала в основе многих актов, ставших предметом судебного спора. При этом, если говорить о публичной службе в реальности, то речь шла о публичных службах на местном уровне, поскольку в стратегическом плане для Третьей республики основной задачей было покрытие инфраструктурой всей территории. Впрочем, сами коммуны оказывали поддержку национальным публичным службам, обеспечиваемым в каждом округе, путем создания факультативных публичных служб<sup>3</sup> в 1880–1905 гг.

Следовательно, можно говорить о понятии, современном XX в., корреспондирующем особой экспансии местного публичного интервенционизма. Однако начиная с 1901 г. теоретики права сумели придать ему такое значение, которое имело мало общего с реальной деятельностью публичной службы. Иными словами, понятие стало более масштабным, чем реальные вещи.

Понять причину этого довольно просто, если оглянуться назад. С одной стороны, публичная служба позволяла сохранять единство конституционного и административного права в эпоху, когда эти два предмета уже начинают препо-

даваться отдельно, а в конституционных законах не содержалось декларации прав человека. С другой стороны и главным образом — публичная служба стала одновременно и предметом судебных споров, и понятием, позволившим Государственному совету отстаивать существование автономной административной юрисдикции, дуализм судебной власти, ставший одной из наиболее специфических французских черт.

Реальность, в которой существовало это юридическое понятие, была совершенно другой, оно служило совершенно другим целям в тот период. Следует подчеркнуть, что в 1900–1930-х гг. судебная практика и доктрина пытались придать понятию публичной службы практически всеобъемлющее значение для описания административного права в целом. Иными словами, публичная служба представлялась как критерий применения административного права. Его наличие автоматически означало признание компетенции административного судьи в случае возникновения спора; в остальном — применение режима административного права к его функционированию и его органам. Даже у Ориу в труде «Административное управление» (1899) акт или действие лица публичного права является или не является актом или действием, имеющим «административный» характер (споры по ним, естественным образом, не входят в компетенцию обычного судьи), в зависимости от того, имеет он или не имеет в качестве цели «управление публичной службой».

<sup>1</sup> До 1870 г. Государственный совет формально функционировал как совещательный орган при главе государства, который официально выполнял в том числе роль высшего судьи по административным спорам. Поэтому решения, вынесенные отделением по разрешению споров Госсовета, носили консультативный характер и требовали утверждения главой государства для вступления в силу (что в большинстве случаев было формальностью), то есть Госсовет отправлял т.н. «удерживаемое» правосудие (*justice retenue*). Закон от 24 мая 1872 г. предусматривал, что Государственный совет выносит решения по судебным спорам «по своему усмотрению», без какого-либо участия в их подписании и исполнении органов исполнительной власти. — *Прим. пер.*

<sup>2</sup> Ранее, в силу революционных установлений, применялась теория «министра-судьи», согласно которой споры с администрацией были изъяты из компетенции общих судов и должны были рассматриваться главами соответствующих администраций — министрами. После создания в 1799 г. Госсовета как высшей административной юрисдикции со специальной компетенцией в постановлении Cadot Госсовет занял противоположную позицию, указав, что является административной юрисдикцией в первой инстанции, если нормативными актами не предусматривается иное. — *Прим. пер.*

<sup>3</sup> В постановлении Casanova Государственного совета от 1901 г. говорится, что создание факультативной публичной службы в территориальном коллективе возможно только в случае, если это обусловлено исключительными обстоятельствами. Но исключения были весьма многочисленны. В дальнейшем это постановление было смягчено постановлением 1930 г. — *Chambre de Commerce de Nevers*, где сказано, что для этого достаточно особых обстоятельств, связанных со временем и местом.



В «крупных постановлениях» первого десятилетия XX в. — Terrier (1903), Feutry (1908) и Théron (1910) — понятие публичной службы используется в качестве критерия разграничения компетенции судов по рассмотрению споров, позволяющего унифицировать судебную деятельность государства и других лиц публичного права. В Государственном совете правительственные комиссары Жан Ромье, Жорж Тесье и Жорж Пиша были наиболее рьяными защитниками публичной службы и идеи о том, что разрешение споров, касающихся публичных служб, требует применения специального права. Кроме того, под влиянием этого направления в судебной практике такие теоретики права, как Дюги и Жез, экстраполируя, стали видеть в публичной службе краеугольный камень административного права в целом.

Это видение, наиболее сильно проявившееся в 1900–1920 гг., вскоре стало отрицаться при изменении подходов в судебной практике. В постановлении от 23 декабря 1921 г. *Société générale d'Armement* Государственный совет, квалифицируя «публичные службы промышленного характера», воспринял противоположный подход, признав, что экономическая деятельность, осуществляемая лицом публичного права в обычных условиях частного права, может называться публичной службой. Трибунал по конфликтам присоединился к этой точке зрения только спустя десятилетие, что запутало ситуацию (ТС, 11 juill. 1933, *Dame Mélinette*). Публичная служба, если она носит промышленный или коммерческий характер, более не является эксклюзивным критерием ни для установления компетенции судьи, ни для определения применимого права.

Следующий шаг был сделан в 1935–1946 гг., когда в судебной практике еще отчетливее была проведена черта между деятельностью публичной службы и публичной природой тех, кто ее осуществляет: понятие публичной службы было распространено на лица частного права. Административный судья признал сначала по умолчанию, а затем и открыто существование частных лиц, «ответственных за исполнение публичной службы» (постановления *Vézia* 1935 г. и *Aide et protection* 1938 г.). В дальнейшем в постановлениях *Monpeurt* и *Bouguen* (соответственно 1942 и 1943 гг.) административный судья сделал из этого вывод о том, что регламентарные или индивидуальные решения, которые принимаются организацией (даже частного права) при исполнении возло-

женной на нее публичной службы, являются административными актами и, следовательно, подпадают под компетенцию административной юрисдикции. В постановлении *Mogand* 1946 г. открыто утверждалось: публичные службы, управляемые частными лицами, также могут носить административный характер, что разрешает им издавать административные акты. Таким образом, хотя публичная служба как понятие не может служить критерием для обозначения компетенции административной юрисдикции, однако за счет стирания границ самого понятия, которое становится в основном функциональным и теряет свой органический аспект, а также за счет утраты связи между компетенцией административной юрисдикции и применением административного права к делу в остальной деятельности этих лиц продолжает регулироваться частным правом.

Таким образом, юридическое понятие публичной службы пополнило коллекцию юридических премудростей. И по сей день, хотя оно и перестало быть единственным инструментом для этого, оно в случае более сложных условий позволяет выявить административный акт, компетенцию административного судьи, применение административного права по существу правоотношения. Основной вопрос, следовательно, заключается в определении деятельности публичной службы, т.е. публичной службы в функциональном смысле.

Для того чтобы судья мог квалифицировать какую-либо деятельность в качестве публичной службы, нужно, с одной стороны, чтобы она удовлетворяла потребность общего интереса, с другой — существовала юридическая близость к лицу публичного права, надлежащим образом уполномоченного или даже ответственного за деятельность службы. В случае когда эта связь не является непосредственной, материализованной односторонним актом или договором, нужно, чтобы она отвечала набору условий, указанных в постановлении *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* от 22 февраля 2007 г. К ним относятся статус осуществляемой деятельности, условия ее возникновения, способ определения руководителей, используемые нормы права и условия контроля или надзора со стороны лица публичного права.

Судья может склониться в пользу административного либо промышленного или коммерческого характера службы. Прибегать к определению квалификации судья имеет право

в случае, если она не следует из акта, имеющего силу закона. Она зиждется на совокупности критериев: предмет службы, источник ее материальной базы, условия функционирования. Но этим роль и место публичной службы не исчерпываются. Она остается главным ориентиром публичной деятельности в той мере, в какой она возвышает саму функцию руководителей.

## II. НЕОБХОДИМАЯ СВЯЗЬ МЕЖДУ ПОНЯТИЯМИ ПУБЛИЧНОЙ СЛУЖБЫ И ФУНКЦИИ РУКОВОДИТЕЛЕЙ

Леон Дюги (1856–1928) определял публичную службу в тот период времени как «любую деятельность, осуществление которой должно обеспечиваться, регулироваться, контролироваться руководителями (*gouvernants*), потому что осуществление такой деятельности является необходимым для реализации и развития социальных взаимосвязей, причем сам ее характер таков, что она не может быть осуществлена в полной мере без вмешательства правительственной силы». Достоинство этого определения состоит в том, что оно хотя и не снимает все проблемы выявления и квалификации, определяет главную линию, смысл существования самого понятия. С тех пор как человек сотворил общество, считается, что некоторые виды деятельности должны осуществляться сообща. А после того, как в силу политического фактора в обществе появились институты, как в античной Греции, а потом и государство, они стали осуществляться этими институтами. Материальная основа публичных служб стара как мир: заботы о санитарии, безопасности, помощи слабым являются коллективными в силу естественной потребности в них.

Демократический пакт, начиная с Революции 1789 г., обязывает руководителей следить за созданием, функционированием и контролем над всеми видами деятельности, которые, будучи задействованы в социальной взаимосвязи, не могут быть обеспечены составными частями общества — будь то граждане, предприятия, сообщества и другие социальные корпорации. Следовательно, руководители в своей деятельности находятся в определенных рамках и следуют принципам, непосредственно исходящим из юридического понятия публичной службы и ее ценностей. Можно следующим образом попытаться охарактеризовать пять аспектов, описывающих место и роль пу-

бличной службы применительно к публичной деятельности. При этом нужно иметь в виду, что вследствие существа и правового режима понятия публичной службы руководители находятся в ситуации, когда их контролируют или они не свободны в своих действиях.

Во-первых, понятие публичной службы занимает центральное место во французском административном праве и, говоря более широко, в публичном праве. Оно выступает одним из основных средств, обеспечивающих гражданам гарантии их прав и основных свобод. Юридическое понятие публичной службы служит гарантией того, что принадлежащие им права и свободы не останутся на бумаге, найдут конкретное воплощение в жизни. В этом отношении оно представляет собой реальное средство, позволяющее заставить руководителей действовать в соответствии с духом основных прав, в частности экономических и социальных. В судебных спорах на это основание опираются различные категории заявителей — будь то пользователи или персонал. Разумеется, коллективная и социальная природа рассматриваемой деятельности придает этим спорам политическую окраску, ограничить которую и позволяет право. Одно из ее наиболее заметных воплощений, поскольку оно не зависит от содержания службы, — это то, что правовой режим деятельности публичной службы весьма значительно защищает пользователя и делает возможным непосредственное и недорогое обжалование в суде. Данный правовой режим, выявленный благодаря синтезу Луи Ролланом из судебной практики в сфере административного права (*jurisprudence administrative*), состоит из трех правил функционирования публичной службы: равенство, непрерывность, адаптивность к новым условиям. Лицо, отвечающее за службу, обязано их соблюдать.

Во-вторых, публичная служба играет особую роль в реализации гражданского долга. Это следует из того, что пользователь публичной службы одновременно и дает полноту легитимности этой деятельности, и выбирает руководителей. Во времена Третьей республики данная особенность красной нитью проходила во французском политическом и юридическом дискурсе, причем намного сильнее, чем в других странах. Публичная служба принадлежит всем, французскому народу в целом и неотделима от него, так как в принципе доступ к ней открыт любому потенциальному пользователю. Юридическим

последствием такого коллективистского представления стало то, что понятие пользователя публичной службы приобрело расширительное толкование в судебной практике в сфере административного права. Оно включает кандидата на пользование, неправомерного пользователя, косвенного пользователя, пользователя-посредника. Впрочем, все это накладывает на каждого гражданина особую гражданскую ответственность, поскольку, пользуясь благами публичной службы, он также должен помогать ее предоставлению, участвовать в ее изменении и контролировать ее.

Третья характеристика места публичной службы во французском административном праве заключается в том, что она является инструментом артикуляции между публичной деятельностью по предоставлению благ и частными экономическими игроками. Вопреки расхожему и слишком упрощенному мнению, во Франции публичная служба в качестве юридической формы ограничения такой деятельности всегда была связана с частными лицами. Известное «партнерство» между публичным и частным секторами как феномен, а не как поименованный договор имеет давнюю историю. Можно утверждать, что его правовые истоки восходили к периоду формирования государства (XIII—XIV вв.) и опирались на договоры концессионного типа, например в сфере налогообложения, пожаротушения, транспорта, культуры (опера). Позднее, в XIX в., все виды коммуникационных сетей (вода, газ, электричество, телефонная связь) были возведены во Франции силами частных лиц на основании делегирования промышленных и коммерческих публичных служб. Иногда они в дальнейшем возвращались под непосредственное управление государства по причинам, связанным с эффективностью, финансовыми трудностями. Но никогда не было ни намека на «развод» между публичным и частным партнерами, ни монополии на публичное вмешательство со стороны лиц публичного права, за исключением случая национализации.

Четвертое. Начиная со второй половины XX в. административный судья допускал, что представители частного права могут управлять административными публичными службами и в рамках этого формально издавать административные акты. Такое решение принято далеко не во всех государствах мира. Символично, и это чрезвычайно важно, что во Франции частным лицам также делегируются весьма

значимые prerogatives публичной власти. Сегодня для этого существует законодательное и поддержанное судебной практикой основание (Закон от 21 января 1993 г., постановление Государственного совета от 6 апреля 2007 г. *Commune d'Aix en Provence*), которое посредством делегирования управления публичной службой позволят обеспечивать ассоциацию между частным и публичным секторами. Иными словами, с самого начала она является одной из основных характеристик места публичной службы в административном праве и публичной деятельности.

Пятое, и последнее, замечание. Право, будучи юридическим измерением понятия публичной службы, не нужно переоценивать в том, что касается места и роли публичной службы в деятельности руководителей во Франции. Публичная служба по различным, в основном отнюдь не юридическим причинам занимает центральное место во французской политической жизни. Прежде всего, Франция — в монархический ли период или в постнаполеоновскую эпоху — была и есть централизованная страна. Импульс, исходящий от главы государства, имеет определяющее значение для служб, связанных с каждодневной жизнью граждан. В итоге публичная служба окружена ореолом некоторого могущества, легитимности, идущих «сверху». Юридическое понятие публичной службы, будучи функциональным, охватывает очень разные публичные службы: местные, национальные, административные, промышленные и коммерческие, предоставляющие блага или относящиеся к общей административной компетенции, с пользователями или без них. Этим и объясняется их повсеместное присутствие. Кроме того, в период 1946–1980 гг. считалось, что в результате национализации, спровоцированной Второй мировой войной, благодаря внезапному стечению обстоятельств, крупные публичные службы стали обеспечиваться в монопольном режиме, опирающемся на публичную собственность, за счет публичного финансирования и служащих. Это монолитное пространство, обязанное своим появлением особым обстоятельствам, заслонило весь горизонт в период «славного тридцатилетия» и начало ставиться под сомнение только в конце 1970-х гг. Но в нем нет необходимости для существования понятия и наличия в действительности публичной службы. Наконец, публичная служба служит еще и ключевым понятием, легитимизирующим дея-

тельность особых категорий функционеров, которые чрезвычайно влиятельны во Франции, образуют «корпуса» благодаря системе «высших школ». Еще со времен Старого режима, но главным образом благодаря меритократической системе республиканских корпусов на всем протяжении XIX и XX столетий, во Франции существуют «корпуса», состоящие из лиц, способных постичь предоставление публичной службы с технической стороны. В 1920–1930-х гг. влияние этих корпусов на государственное вмешательство было чрезвычайно сильным. В 1950-х гг. реконструкция была осуществлена благодаря корпусу инженеров. В этом случае монолитность публичной службы, в некотором роде гарантируемая монополией и публичным финансированием, позволила в полной мере развивать ряд научных исследований и технологий, которые обеспечили многим французским публичным службам действительно конкурентные преимущества в части их содержания. Помимо прочего, публичная служба доступна для всех и основана на принципе равенства, что позволяет всем без исключения пользователям получать блага очень хорошего качества за умеренную благодаря тарифному выравниванию цену.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Не приходится удивляться, что публичная служба ввиду ее исторического и юридического веса, с ее глубокими социологическими и политическими детерминантами занимает во Франции центральное место не только в публичном праве, но и в публичных дебатах. Юридическое понятие публичной службы является не просто инструментом, позволяющим стабилизировать реализацию прав, которые граждане завоевали с течением времени, и принципов, призванных направлять решения руководителей в их

управлении социальным оптимумом. Однако за век французское общество сильно изменилось, как и уровень жизни, не говоря о мощи частных предприятий.

Как бы то ни было, важно помнить, какие концепции публичной службы были плодотворными, какие продвигали или могли продвинуть вперед одновременно и человека, и общество, и отличать их от тех, которые таковыми не были или не должны быть. Это позволяет избежать заблуждений и «ледниковых периодов». Публичная служба, применительно к конкретной ситуации, представляет собой идеал, деятельность, правовую рамку, фактор социальной взаимосвязи, обязательство для руководителей; но это не монополия по определению, цель сама по себе, орган или его глава, совокупность принадлежащих к корпорации функционеров.

Потребности всеобщего интереса в наши дни менее явно лежат на поверхности и становятся более сложными. И в один прекрасный день место публичной службы может измениться. Но роль ее останется, по существу, той же, какой она была на протяжении двух тысячелетий, и заключается она в том, чтобы развивать социальные взаимосвязи. До тех пор пока люди образуют общество, они желают того, чтобы публичная служба была местом реализации социальной взаимосвязи, а юридический инструмент публичной службы ее поддерживал и позволял ее добиваться. Как только индивиды посчитают, что могут действовать в одиночку, что они не чувствуют для себя необходимым из-за изоляции и слабости объединяться между собой для достижения целей более масштабных, чем они могли бы достичь сами, этот инструмент потеряет полезность. Впрочем, в таком случае я бы сказал: вообще, нужна ли такая жизнь?

*Перевод Максима Сорокина*

Ю. Н. Стариков\*

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ

### АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ В РОССИИ ПОСЛЕ 1917 г.

Сразу после Октябрьской революции 1917 г. институт административной юстиции не получил практически никакого развития ни в теории права, ни в практике государственно-правового строительства. В те годы на фоне политических речей о необходимости предоставления каждому гражданину права преследования любого чиновника в суде<sup>1</sup>, а не в административном порядке научные изыскания в области административной юстиции начали сворачиваться, если не считать изданной в Москве в 1925 г. книги М. Д. Загряцкого «Административная юстиция и право жалобы (в теории и законодательстве)» и некоторых других работ<sup>2</sup>. Однако тезис о целесообразности разработки советских законов об административных судах поддерживался рядом ученых. По сведениям М. Д. Чечот, в специальной литературе отмечалось, что создание административных судов в РСФСР не противоречило основным принципам, на которых строилась советская юстиция<sup>3</sup>.

Что касается фактического содержания законодательства первых лет советской власти в области административной юстиции, то следует сказать о существовании в нем так называемо-

го административного иска. Административный иск, по сообщению известного русского ученого-административиста Н. Карадже-Искрова, появился в законодательстве уже в 1917 г., т.е. в рамках советского права<sup>4</sup>. Правда, действие его было ограничено: после введения НЭПа административный иск применялся лишь в сфере аграрных отношений, а сами административные споры рассматривались не судами, а специальными волостными, уездными и губернскими земельными комиссиями; при этом разбирательство дел основывалась в определенной степени на принципе состязательности<sup>5</sup>.

В системе контрольных органов, или органов административного надзора, возникшей сразу после Революции 1917 г., можно выделить:

- административный надзор, осуществляемый в порядке подчиненности вышестоящими должностными лицами;
- административный надзор, осуществляемый созданным 4 мая 1919 г. Центральным бюро жалоб<sup>6</sup>;
- возможность обжалования гражданами различных злоупотреблений чиновников по службе, нецелесообразности и несогласованности с декретами, распоряжениями и общими направлениями центральной власти действий и решений органов управления;

<sup>1</sup> Ленин В. И. ПСС. Т. 2. С. 85; Т. 4. С. 224–225.

<sup>2</sup> См., например: *Елистратов А. И.* Очерк административного права. М., 1922; Он же. Об утверждении законности в советском строительстве // Сов. право. 1922. № 1; *Кобалевский В. Л.* Очерки советского административного права. М.; Л., 1924.

<sup>3</sup> *Чечот Д. М.* Административная юстиция (теоретические проблемы). Л., 1973. С. 60.

<sup>4</sup> *Karadshe-Iskrow N.* Das Verwaltungsrecht in der Sowjetunion (Russland) seit 1917 // Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Band 23/1936. Tübingen, 1936. S. 191–192.

<sup>5</sup> *Кобалевский В. Л.* Административная юстиция в положительном советском праве // Вестн. сов. юстиции. 1923. № 8.

<sup>6</sup> СУ. 1919. № 23. Ст. 271.

© Стариков Ю. С., 2016

\* *Юрий Николаевич Стариков*, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права, декан юридического факультета Воронежского государственного университета

— административный надзор, осуществляемый прокуратурой, которая имела право приносить протесты на незаконные действия управления, его органов и должностных лиц.

В 1922 г. прокуратуре было поручено осуществлять контроль за административными правовыми актами. Таким образом «административная юстиция» стала формироваться как институт прокурорского надзора.

В конце 40-х гг. прошлого века проблемы административной юстиции, а именно вопросы о судебном контроле в области функционирования администрации, снова привлекли внимание ученых в связи с разработкой проекта Гражданского процессуального кодекса РСФСР<sup>7</sup>. Предпринимавшиеся в тот период времени попытки кодификации законодательства о судостроительстве и судопроизводстве привели к практическому выделению в структуре гражданско-процессуального законодательства определенной категории дел, при рассмотрении которых суд осуществлял контроль за действиями и решениями органов управления и должностных лиц. К ним относились: дела по жалобам на неправильности в списках избирателей; дела, связанные с проверкой законности наложения на граждан административных взысканий за правонарушения; дела о взыскании в государственный бюджет с граждан и колхозов недоимок по налоговым, страховым и другим платежам. В 50-е гг. ученые высказывали идеи о необходимости дальнейшего расширения судебного порядка разрешения жалоб в сфере жилищных, земельных, финансовых и иных правоотношений<sup>8</sup>. Ц. Я. Ямпольская отмечала, что чем больше будет путей устранения беззакония в сфере управления, тем демократичнее станет сама система обжалования<sup>9</sup>. Однако и в указанный период административная юстиция не получила практической реализации в системе судебной власти страны.

Наиболее плодотворно в научном отношении проблема административной юстиции в России (Советском Союзе) исследовалась в 70–90-е гг. XX столетия. Одной из главных научных работ, посвященных проблеме административной юстиции, стала книга Д. М. Чечота «Административная юстиция (теоретические проблемы)», вышедшая в 1973 г. в издательстве Ленинградского государственного университета. Д. М. Чечот обосновывал необходимость расширения судебно-правовой защиты в области государственного управления. По его мнению, число административно-правовых споров, подведомственных суду, должно быть увеличено, а рассмотрение жалоб в административных органах следовало ввести в рамки административного процесса, осуществляемого органами по рассмотрению и разрешению жалоб<sup>10</sup>.

Ученые высказывали мнение и о тех больших возможностях, которые заложены «в расширении сферы судебного контроля за административными актами и иными действиями администрации»<sup>11</sup>. Вместе с тем тогда же утверждалось, что правосудие включает в себя административный процесс, а право судов на рассмотрение административных дел способствует укреплению законности в деятельности органов государственного управления<sup>12</sup>. На необходимость расширения полномочий судов в области рассмотрения жалоб граждан на действия органов государственного управления обращали внимание в середине 1970-х гг. А. Т. Боннер и Д. Н. Бахрах<sup>13</sup>. В. И. Ремнев неоднократно подчеркивал в своих исследованиях актуальность усиления судебного контроля в области административно-правовых отношений<sup>14</sup>.

Именно в это время проблемы административной юстиции стали напрямую рассматриваться в контексте теории административного процесса. В пользу самостоятельности административного процесса и его равного статуса по отношению к двум другим видам юриди-

<sup>7</sup> Клейнман А. Ф. Вопросы гражданского процесса в связи с судебной практикой // Соц. законность. 1946. № 9. С. 11–14.

<sup>8</sup> См., например: Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958.

<sup>9</sup> Вопросы советского государственного права. М., 1958. С. 220.

<sup>10</sup> Чечот Д. М. Указ. соч. С. 63.

<sup>11</sup> Салищева Н. Г. Гражданин и административная юрисдикция в СССР. М., 1970. С. 130.

<sup>12</sup> Клейнман А. Ф. Указ. соч. С. 11–14.

<sup>13</sup> Боннер А. Т., Бахрах Д. Н. Административная юстиция: развитие и проблемы совершенствования // Сов. гос. и право. 1975. № 8. С. 13–21.

<sup>14</sup> Ремнев В. И. Право жалобы и административная юстиция в СССР // Сов. гос. и право. 1986. № 6.

ческого процесса — гражданского и уголовного — приводились следующие аргументы:

- 1) специфика административных споров между гражданами и органами управления, которая характеризуется возникающими при этом административно-правовыми отношениями;
- 2) равноправное процессуальное положение истца (гражданина) и ответчика в административном процессе (орган управления, должностное лицо);
- 3) необходимость распространения на административный процесс многих принципов процессуального права, например состязательности, материальной истины, равенства сторон, устности процесса.

Дискуссия о сущности административной юстиции в принципе возвращалась в одному и тому же вопросу: к какому процессу — гражданскому или административному — относятся рассмотрение общими (обычными) судами споров граждан с органами управления и проверка законности их действий (решений)? Отнесение к гражданскому процессу было возможным потому, что ГПК РСФСР содержал специальную главу, посвященную рассмотрению дел, вытекающих из административно-правовых отношений, нормы которой и применялись при исследовании обстоятельств дела и вынесении судебного решения. Отнесение же к административному процессу было оправдано тем, что суд проверял законность действий или решений административных органов и их должностных лиц. Таким образом, процедура рассмотрения административных споров об административном праве (о нарушении субъективных публичных прав) между гражданами и органами управления являлась в тот исторический период времени гражданско-процессуальной. Такой вид гражданско-процессуального судебного производства был назван неисковым производством (в отличие от другого вида судебного производства — искового). Тем самым даже и не предполагалось, что гражданин может быть истцом в суде по отношению к органам государственного управления и их должностным лицам; соответственно, исключалось и то, что данное производство будет исковым, т.е. таким, в котором торжествует принцип активности суда в сбо-

ре, исследовании и оценке доказательств, что принципиально, поскольку у гражданина имеется в распоряжении заведомо меньше процессуальных возможностей и ему весьма трудно получить необходимые сведения в органах управления, тем более если речь идет о неправомерном поведении (действии) государственных или муниципальных служащих, должностных лиц.

Советская Конституция 1977 г. предусматривала возможность судебного обжалования действий должностных лиц, совершенных с нарушением закона, с превышением полномочий, ущемляющих права граждан. В рамках гражданского процесса суд мог осуществлять некоторые контрольные функции в отношении отдельных управленческих решений. Первый советский Закон от 30 июня 1987 г. «О порядке обжалования в суд неправомерных действий и решений должностных лиц, ущемляющих права граждан»<sup>15</sup> распространял юрисдикцию суда только на деятельность должностных лиц, исключая действия коллективных субъектов права. Обязательной процессуальной предпосылкой для обращения в суд стало рассмотрение жалобы вышестоящей управленческой инстанции (вышестоящим в порядке подчиненности органом управления). Спустя некоторое время законодатель ввел альтернативную подведомственность по делам данной категории, т.е. обеспечил заинтересованное лицо правом непосредственного обращения в суд, минуя соответствующую административную процедуру, другими словами — вне зависимости от предварительного рассмотрения жалобы в административном порядке. Впервые была установлена возможность кассационного обжалования судебных решений. Однако и указанный советский Закон, и внесенные в него изменения от 20 октября 1987 г. вряд ли можно было признать достижением демократии и верховенства права, так как в нем допускалось обжалование только единоличных действий должностных лиц, что исключало возможность обжалования действий или решений государственных органов как коллегиальных субъектов права.

2 ноября 1989 г. был принят новый акт — Закон СССР «О порядке обжалования в суд неправомерных действий органов государственного

<sup>15</sup> Фактически 10 лет конституционно-правовая норма о судебном обжаловании действий должностных лиц оставалась нереализованной в советском законодательстве.

управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан», который внес ряд существенных изменений в порядок рассмотрения административных дел. Отныне стало возможным обжаловать в суд решения самих органов государственного управления. Вместе с тем гражданину можно было обжаловать в суд только индивидуальные административные правовые акты; при этом из сферы судебного обжалования были исключены любые действия представительных органов государственной власти, в том числе местных Советов народных депутатов; вновь было определено условие предварительного обжалования действий в порядке подчиненности (правило так называемой административной преюдиции). Ныне действующий российский Закон от 27 апреля 1993 г. «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» в очередной раз ввел правило об альтернативной подведомственности административных дел (споров гражданина с органами управления, исполнительной властью).

Если попытаться выявить какую-то закономерность в развитии «практической» советской административной юстиции, то можно говорить о медленном, но неуклонном расширении компетенции судов общей юрисдикции по рассмотрению индивидуальных жалоб граждан на действия (решения) публичной администрации и должностных лиц. Указанные советские законодательные акты создали основы для осуществления судом функции контроля за деятельностью органов управления с целью защиты субъективных публичных прав граждан и юридических лиц. Однако существовавшие в те годы правовые нормы не могли считаться полноценным правовым институтом административной юстиции.

### **АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ УДОПРОИЗВОДСТВО ПОСЛЕ ПРИНЯТИЯ КОНСТИТУЦИИ РФ**

Итогом первой дискуссии в России о сущности и перспективах развития административной юстиции (конец XIX — начало XX в.) явилось принятие 30 мая 1917 г. Временным правительством Положения о судах по административным делам.

Результатами второй масштабной научной дискуссии о содержании российской административной юстиции и перспективах ее развития (конец XX — начало XXI в.) являются:

- принятие Закона РФ от 27 апреля 1993 г. «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»;
- разработка проекта федерального конституционного закона «О федеральных административных судах в Российской Федерации» (2000 г.) и проекта Кодекса РФ об административном судопроизводстве (2003—2004 гг.);
- новое поручение Президента РФ от 22 декабря 2012 г. о необходимости представить до 1 марта 2013 г. для внесения в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проекта Кодекса административного судопроизводства РФ, а также поручение о формировании в системе судов общей юрисдикции судебных коллегий по административным делам для рассмотрения жалоб граждан и организаций на решения и действия органов публичной власти и их должностных лиц (срок — до 1 марта 2013 г.).

Как указывалось ранее, 27 апреля 1993 г. был принят Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (в настоящее время этот закон действует в России с некоторыми изменениями и дополнениями)<sup>16</sup>. Данный Закон устанавливает, что каждый гражданин вправе обратиться с жалобой в суд, если считает, что неправомерными действиями (решениями) государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений или должностных лиц, государственных служащих нарушены его права и свободы. Ответственность государственного служащего наступает в связи с его обязанностью признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина в соответствии со ст. 3 Федерального закона от 27 мая 2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации», ст. 4, 15 и 18 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации». На муниципальных служащих также может

<sup>16</sup> ВСНД и ВС РФ. 1993. № 19. Ст. 685.



распространяться действие статей Закона РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан», касающихся государственных служащих, в случае приравнивания их федеральным законодательством к государственным служащим.

К действиям (решениям) государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений и должностных лиц, государственных служащих, которые могут быть обжалованы в суд, относятся коллегиальные и единоличные действия (решения), в том числе представление официальной информации, ставшей основанием для совершения действий (принятия решений), в результате которых:

- 1) нарушены права и свободы гражданина;
- 2) созданы препятствия осуществлению гражданином его прав и свобод;
- 3) незаконно на гражданина возложена какая-либо обязанность или он незаконно привлечен к какой-либо ответственности.

Гражданин вправе обжаловать также бездействие государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений и должностных лиц, государственных служащих, если оно повлекло за собой перечисленные выше три вида негативных для гражданина последствий.

Жалоба гражданина на действия (решения) государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений, должностных лиц, государственных служащих рассматривается судом по правилам гражданского судопроизводства. При этом необходимо учитывать особенности рассмотрения жалоб граждан, которые установлены Законом РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан». Важной процессуальной обязанностью, которая возлагается на государственные органы, органы местного самоуправления, учреждения, предприятия и их объединения, общественные объединения, на должностных лиц, госу-

дарственных служащих, действия (решения) которых обжалуются гражданином, документально доказать законность обжалуемых действий (решений); гражданин освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых действий (решений); гражданин обязан доказать факт нарушения своих прав и свобод. В случае установления судом обоснованности жалобы гражданина суд признает обжалуемое действие (решение) незаконным. При этом суд обязывает удовлетворить требование гражданина, отменяет примененные к нему меры ответственности либо иным путем восстанавливает его нарушенные права и свободы.

Важную роль в обеспечении судебной защиты прав и свобод граждан в тот период времени играли и постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ<sup>17</sup>. Повышению эффективности деятельности судов по разрешению жалоб граждан способствовало постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 1993 г. «О рассмотрении судами жалоб на неправомерные действия, нарушающие права и свободы граждан»<sup>18</sup>; в нем разъяснены многие вопросы, которые возникали в правоприменительной практике, а также изменено принятое Пленумом Верховного Суда РФ постановление от 18 ноября 1992 г. «О судебной защите прав военнослужащих от неправомерных действий органов военного управления и воинских должностных лиц»<sup>19</sup>.

Деятельность Верховного Суда РФ и в последние годы (2000–2010 гг.) была направлена на создание еще более цельной концепции административного судопроизводства и на установление за ним качества специального вида правосудия. Известно, что в судебной практике в течение последних лет неопределенными и противоречивыми оставались вопросы рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов. 29 ноября 2007 г. было принято постановление Пленума Верховного Суда РФ № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части». Теперь судьи судов общей юрисдикции имеют единые требования и рекомендации для обеспечения

<sup>17</sup> См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия».

<sup>18</sup> Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации. 1961–1993. М.: Юридическая литература, 1994. С. 161–167.

<sup>19</sup> Сборник постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации. 1961–1993. С. 132–133.

правильного и единообразного применения законодательства при производстве по делам об оспаривании нормативных правовых актов. Другим важнейшим решением стало принятие постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих»<sup>20</sup>.

Таким образом, судьи судов общей юрисдикции имеют рекомендации по обеспечению правильного и единообразного применения законодательства по делам, возникающих из административных и иных публично-правовых отношений:

- а) об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части;
- б) об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих.

### **АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО: СПОРЫ О ПОНЯТИЯХ, СООТНОШЕНИИ, ЮРИДИЧЕСКОМ ЗНАЧЕНИИ**

На протяжении последних 15 лет развитие теории административной юстиции и законодательства об административном правосудии непременно сопровождается дискуссией о содержании и назначении административного процесса. Необходимо отметить, что административный процесс, доктринально не развивавшийся в России в течение практически всего XX в., остановился на уровне его понимания в качестве процессуальной деятельности, приспособленной для рассмотрения возникающих в сфере публичного управления индивидуальных конкретных дел. Если и далее данный подход в понимании административного процесса останется доминирующим, если и впредь многие исследователи будут оставаться в плену иллюзий, сформировавших одностороннее и в принципе непонятное представление о российском административном процессе, то эта важнейшая процессуальная правовая

отрасль в России может быть лишена всякой позитивной перспективы и надлежащего будущего.

Административное судопроизводство, являясь важнейшим административно-правовым средством обеспечения и защиты публичных интересов, до настоящего времени не определено нормативно, что вызывает постоянные споры и двусмысленности в теории. Развитие в течение последних лет в России процессуального права и законодательства заставляет ученых вновь задуматься над термином «административное судопроизводство», который содержится в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ.

Если проанализировать все основные российские федеральные законы, устанавливающие процессуальные формы осуществления судебной власти в России, т.е. конституционное, гражданское, административное и уголовное судопроизводство, то можно сделать вывод о соответствии указанной в Конституции РФ терминологии основным процессуальным категориям, содержащимся в ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (принят Государственной Думой 24 июня 1994 г.), Гражданском процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 23 октября 2002 г. и вступил в силу с 1 февраля 2003 г.), Арбитражном процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 14 июня 2002 г. и вступил в силу 1 сентября 2002 г.), Кодексе РФ об административных правонарушениях (принят Государственной Думой 20 декабря 2001 г. и вступил в силу 1 июля 2002 г.) и Уголовно-процессуальном кодексе РФ (принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г. и вступил в силу 1 июля 2002 г.).

Сравнение конституционных положений о формах осуществления судебной власти в России необходимо главным образом для установления тождества понятий «конституционное, гражданское, административное и уголовное судопроизводство» терминологии, содержащейся в самих законах, определяющих порядок такого судопроизводства. Посредством сравнения этих понятий можно прийти к выводу о том, что, например, уголовным процессом считается «уголовное судопроизводство», гражданским процессом — «гражданское судопроизводство», конституционной юстицией — «конституционное правосудие»

<sup>20</sup> Российская газета. 2009. 18 февраля.

или «конституционное судопроизводство», а административным процессом должно считаться именно «административное судопроизводство».

Главный смысл заключается в том, что Конституция РФ должна устанавливать понятия, которые определены и конкретизированы в других законодательных актах. Например, конституционное правосудие осуществляется Конституционным Судом РФ как судебным органом конституционного контроля. Термин «конституционное судопроизводство» используется законодателем очень часто в ФЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (ст. 1, 29, 30, 53). Иногда в этом Законе обнаруживаются понятия «процесс» или «участники процесса» (ст. 52). Таким образом, посредством конституционного судопроизводства осуществляется судебный конституционный контроль<sup>21</sup>.

Термин «уголовное судопроизводство» содержится в п. 56 ст. 5 УПК РФ: это досудебное и судебное производство по уголовному делу. Следовательно, законодатель под этим термином понимает не только непосредственное судебное разбирательство или судебное производство по уголовному делу, но и уголовное судопроизводство с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд для рассмотрения по существу. Однако главной частью — с точки зрения непосредственного осуществления правосудия — является все же рассмотрение уголовного дела судом. Значит, юридическая процедура, начавшись с момента сообщения о преступлении и закончившись вынесением приговора по делу, связывается с понятием «уголовное судопроизводство». При этом главным и обязательным субъектом рассмотрения уголовного дела являются суд и судья. Такая государственная деятельность и называется уголовным процессом.

Гражданский процессуальный кодекс РФ, как и Конституция РФ, использует такие термины, как гражданское судопроизводство, порядок гражданского судопроизводства, правосудие по гражданским делам, судебное разбиратель-

ство, в рамках которого и осуществляется гражданский процесс, т.е. сущность гражданского процесса заключается также в осуществлении судами (например, судами общей юрисдикции) правосудия, в том числе и по делам, возникающим из административно-правовых отношений.

ГПК РФ не содержит понятия «административное судопроизводство». Заметим, что практически одинаковые нормы, относящиеся, например, к предмету оспаривания административных актов, в арбитражном процессе (в соответствии с нормами АПК РФ) называются административным судопроизводством, а в гражданском процессе таковыми не считаются. Статья 5 ГПК РФ определяет, что правосудие по гражданским делам, подведомственным судам общей юрисдикции, осуществляется только этими судами по правилам, установленным законодательством о гражданском судопроизводстве. В соответствии с п. 2 ст. 11 ГПК РФ суд, установив при разрешении гражданского дела, что нормативный правовой акт не соответствует нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, применяет нормы акта, имеющего наибольшую юридическую силу.

Кодекс РФ об административных правонарушениях использует во многих статьях термин «производство по делам об административных правонарушениях» (разд. 4); здесь, напротив, мы нигде не найдем термина «административное судопроизводство». Да и задачи как законодательства об административных правонарушениях (ст. 1.2 КоАП РФ), так и производства по делам об административных правонарушениях (ст. 24.1 КоАП РФ) существенно отличаются от задач судопроизводства и сводятся в основном к всестороннему, полному, объективному и своевременному выяснению обстоятельств каждого дела об административном правонарушении, разрешению его в точном соответствии с законом, обеспечению исполнения вынесенного постановления, а также к выявлению причин и условий, способствующих совершению административных правонарушений.

<sup>21</sup> О компетенции Конституционного Суда РФ в области нормоконтроля см., например: *Лазарев Л.* Проблемы судебного нормоконтроля в решениях Конституционного Суда РФ // *Российская юстиция.* 2001. № 2. С. 8–11; *Лучин В. О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М.: Юнити-Дана, 2002. С. 569–599; *Невинский В. В.* Совершенствование нормоконтроля — задача российских судов // *Российский юридический журнал.* 2003. № 1. С. 22–26.

Ученые традиционно подчеркивают, что законодатель не определяет содержание и пределы административного судопроизводства<sup>22</sup>. Можно поставить вопрос о том, что имел в виду законодатель в 1993 г., когда принималась Конституция РФ, под термином «административное судопроизводство»? Может быть, это делалось в соответствии с его далеко идущими планами и он уже тогда понимал необходимость судебного рассмотрения административно-правовых споров? Получается, что в 1993 г. авторы Конституции РФ предвидели полезность административно-процессуальной формы, которой в России до того времени не существовало? Анализируя специальную литературу, можно констатировать, что «новая» теория административной юстиции и административного судопроизводства в постсоветской России стала складываться лишь 10–15 лет назад, т.е. именно тогда специалисты актуализировали эту терминологию.

Следовательно, в начале 90-х гг. прошлого столетия под «административным судопроизводством» понимали либо производство по делам об административных правонарушениях, либо иной процессуальный институт, определяющий правосудие по административным делам, хотя сам термин «административные дела» вовсе не устанавливался. Точнее говоря, в ст. 126 Конституции РФ содержится термин «административные дела, подсудные судам общей юрисдикции». Однако и в данном случае, с моей точки зрения, под ним понимаются дела об административных правонарушениях. Хотя в конечном счете весьма трудно предполагать, что имел в виду законодатель, закрепляя в конституционно-правовых нормах термины «административное судопроизводство» и «административные дела».

Думается, что российский законодатель 20 лет назад в ст. 118 Конституции РФ назвал административным судопроизводством все же производство по делам об административных правонарушениях. Но поскольку отраслевое административно-процессуальное законодательство не содержало такого термина (следовательно, тогда было трудно понять его содержание), можно предположить и то, что законодатель имел в виду под термином

«административное судопроизводство» производство по делам, возникающим из административно-правовых споров (из публично-правовых отношений). Впрочем, не исключено и двойное объяснение данного понятия.

В целях преодоления противоречивости и сложности конституционно-правовых «формулировок», а также пробелов законодательного регулирования Конституционный Суд РФ разрешает дела о соответствии федеральных законов и иных нормативных правовых актов Конституции РФ, споры о компетенции, проверяет конституционность закона и в итоге принимает постановления. По вопросу о правовом содержании понятия «административное судопроизводство» Конституционный Суд РФ в постановлении от 28 мая 1999 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности части второй статьи 266 и пункта 3 части первой статьи 267 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан...» указал: законодательство об административных правонарушениях предусматривает, что суды (судьи) в рамках осуществления административного судопроизводства наделены как полномочиями по рассмотрению дел об административных правонарушениях и привлечению к административной ответственности, так и полномочиями по контролю за законностью и обоснованностью постановлений о наложении административных взысканий, выносимых другими уполномоченными на это органами (должностными лицами)<sup>23</sup>. Таким образом, в данном случае Конституционный Суд РФ подтвердил предположение о том, что конституционная норма об административном судопроизводстве, содержащаяся ст. 118, включает в себе административно-принуждающий (деликтный) потенциал, т.е. оно (административное судопроизводство) понималось законодателем в 1993 г. как производство по делам об административном правонарушении.

Напомним, что действующее законодательство об административных правонарушениях никаким образом «не предусматривает» и не использует термин «административное судопроизводство». Постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г. по делу о проверке конституционности отдельных по-

<sup>22</sup> См., например: *Вицин С.* От формирования судебной системы к ее реформированию // Российская юстиция. 2001. № 4. С. 3.

<sup>23</sup> СЗ РФ. 1999. № 23. Ст. 2890.

ложений Закона РФ от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» определяет, что «судопроизводство по делам, связанным с рассмотрением деяний, предусмотренных оспариваемыми положениями, должно быть административным судопроизводством независимо от того, осуществляется ли оно судом общей юрисдикции или арбитражным судом»<sup>24</sup>. Обратим внимание на термин «деяние», т.е. именно с деликтом (деянием) Конституционный Суд РФ связывает административное судопроизводство по делам о таком правонарушении. В связи с этим в литературе предлагается весьма интересная дифференциация административного судопроизводства на две формы:

- а) административно-тяжебная юрисдикция (административная юстиция);
- б) административно-деликтная юрисдикция<sup>25</sup>.

### НОВЕЙШИЕ ПОДХОДЫ К СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ МОДЕЛИ РОССИЙСКОЙ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Как известно, вряд ли без теоретических обоснований необходимости установления или учреждения того или иного административно-правового института возможна разработка и принятие эффективного нормативного правового акта, который регулировал бы систему отношений в соответствующей области административного права. Поэтому проблема разработки специального процессуального закона — Кодекса РФ об административном судопроизводстве — непременно увязывается в настоящее время с созданной теоретической концепцией административного судопроизводства.

В марте 2003 г. Совет при Президенте РФ по вопросам совершенствования правосудия обсудил проект федерального закона «Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации». Этот законопроект включает в себя 6 разделов:

1. Общие положения (предмет регулирования; задачи и принципы административного судопроизводства; состав суда, отводы, компетенция судов по рассмотрению административных дел; доказательства и процессуальные сроки; судебные извещения, расходы и вызовы).
2. Производство в суде первой инстанции (подача и обеспечение жалобы; подготовка дела к судебному разбирательству и судебное разбирательство; постановление суда).
3. Пересмотр судебных постановлений (кассационное производство; надзорная жалоба).
4. Особое производство (восстановление утраченного судебного производства).
5. Исполнительное производство (исполнение судебных решений).
6. Особенности рассмотрения и разрешения споров по отдельным категориям дел (особенности производства по делам, связанным с осуществлением избирательного права и права на участие в референдуме; особенности рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов; особенности производства по делам об обжаловании решений и действий (бездействия) по вопросам предоставления или лишения статуса беженца или вынужденного переселенца; особенности производства по жалобам на постановления по делам об административных правонарушениях; рассмотрение дел об обжаловании решений и действий, вытекающих из налоговых правоотношений с участием физических лиц и некоммерческих организаций; особенности производства по делам об оспаривании решений, связанных с государственной регистрацией или отказом в государственной регистрации общественных или религиозных объединений, политических партий, общественных движений, фондов, органов общественной самодеятельности, а также решений о ликвидации, запрете, приостановлении и об ином ограничении их деятельности).

Один из основных авторов проекта Кодекса административного судопроизводства Н. Г. Са-

<sup>24</sup> СЗ РФ. 1998. № 20. Ст. 2173.

<sup>25</sup> Зеленцов А. Б. Административно-правовой спор (теоретико-методологические подходы к исследованию) // Правоведение. 2000. № 1. С. 70.

О двух видах административного судопроизводства (по делам об административных правонарушениях и в связи с проверкой законности актов субъектов публичной власти) говорит Д. Н. Бахрах (см.: Бахрах Д. Н. Нужна специализация судей, а не судов // Российская юстиция. 2003. № 2. С. 10).

лищева отмечает, что наличие процессуальных отношений, связанных с судебным контролем за законностью решений и действий органов (должностных лиц) публичной власти, обуславливает необходимость введения на уровне закона таких, например, понятий и принципов, как административное дело, административный иск (административная жалоба), административный истец (заявитель), административный ответчик, принцип диспозитивности, возложение основного бремени доказывания на орган публичной власти<sup>26</sup>.

Таким образом, мы возвращаемся к терминологии, которая использовалась еще 100 лет назад российскими учеными-административистами в разработке собственных концепций административной юстиции. Например, В. Л. Кобалевский писал, что «административный иск служит отличительным признаком административной юстиции. Иск выражается в требовании чего-либо в соответствии с нормами права»<sup>27</sup>. В ходе судебного разбирательства административного иска, проведенного административным судьей, выясняются и оцениваются правовые требования<sup>28</sup>.

В числе основных задач административного судопроизводства называется правильное и своевременное рассмотрение и разрешение административных дел, хотя, к сожалению, нет определения понятия «административное дело». Данное понятие законодателем формально никогда не определялось. Поэтому велись в прошлом и в настоящее время ведутся споры по существу этой категории. Сейчас целесообразно, оставляя уже сложившиеся понятия в административно-деликтном законодательстве, создавать новые<sup>29</sup>. Например, КоАП РФ использует термин «дела об административных правонарушениях». Иногда в литературе предлагают вместо этого термина говорить о «делах об административной ответственности». Но почему же тогда мы не говорим о «делах об уголовной ответственности»? Потому что это было бы, с правовой точки зрения, неграмотно. Ведь речь идет о правонаруше-

нии, точнее о деле, посвященном конкретному правонарушению (уголовному или административному). Поэтому и теория, и практика уже выработали соответствующие категории: дела о преступлении (уголовные дела), дела об административном правонарушении, которые можно было бы назвать административными делами. Однако законодатель использует термин «дела об административных правонарушениях». Такова логика: уголовные дела рассматриваются в порядке уголовного судопроизводства; гражданские дела — в порядке гражданского судопроизводства; арбитражные дела — в порядке арбитражного судопроизводства; конституционные дела (споры) — в порядке конституционного судопроизводства; административные дела — в порядке административного судопроизводства.

Следовательно, при разработке Кодекса административного судопроизводства целесообразно использовать новую терминологию, характеризующую формальные процессуальные порядки рассмотрения административных дел. Не нужно привносить в него положения из КоАП РФ, устанавливающего порядок рассмотрения дел об административных правонарушениях.

Таким образом, на протяжении последних 15 лет в России ведется дискуссия о необходимости формирования в стране специализированных судов — административных судов, которые рассматривали бы споры граждан с административными органами, исполнительной властью, публичным управлением, должностными лицами, государственными и муниципальными служащими.

Несмотря на наличие множества аргументов в пользу существования в России административных судов, проводимая с 1992 г. судебная реформа пока не привела к их образованию. Российская судебная система, развиваясь в течение последних 20 лет в соответствии с программой реформирования судебной власти, может включить в свою структуру и административные суды.

<sup>26</sup> Салищева Н. Г. Административное судопроизводство требует кодификации // ЭЖ-Юрист. 2003. № 12.

<sup>27</sup> Кобалевский В. Л. Очерки советского административного права. С. 245.

<sup>28</sup> Бельский К. С. Ученый-административист В. Л. Кобалевский: жизнь, труды, основные научные положения (к 110-летию со дня рождения) // Государство и право. 2002. № 12. С. 86.

<sup>29</sup> См., например: Игнатенко В. В. Административно-деликтное законодательство: понятие и функции // Административное право на рубеже веков: межвузов. сб. науч. трудов. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2003. С. 196–209.

В заключение данной дискуссии об административной юстиции в России целесообразно вновь вернуться к новейшей дискуссии о формировании в России специализированных административных судов. В 2012 г. в практике обсуждения основополагающих тем и современных проблем государственно-правового строительства высшими должностными лицами страны и видными политическими деятелями обнаружилась новая тематика — качество государства, обеспечивающего демократическое развитие страны и режим законности функционирования государственно-властных институтов.

Качество российского государства непременно повысится, если на практике будет реализована конституционно-правовая норма об административном судопроизводстве. Иногда говорят, что данная норма уже реализована: в процессуальных нормах ГПК РФ и АПК РФ содержатся нормы об административном судопроизводстве. С нашей точки зрения, такая позиция демонстрирует неправильное представление, во-первых, о теории и практике разделения властей, во-вторых, о структуре судебной власти в современных политико-правовых условиях, в-третьих, о правовой природе споров, которые рассматриваются в судах. Далее, в-четвертых, назвать гражданское (или арбитражное) процессуальное законодательство административным — значит фактически пренебрежительно отнестись к теории частного и публичного права, к их разделению, к частным и публичным интересам. Наконец, в-пятых, развивающееся административное законодательство и административное право невозможно сегодня представлять без административного процесса (административного судопроизводства), так как само развитие административного права, новые его институты, административные процедуры, административные органы требуют соответствующего развития судебной власти для полноценного и адекватного контроля со стороны судебной власти.

В Российской Федерации всегда определяющее значение для начала широкой общественной дискуссии имеют высказываемые высшими должностными лицами страны и политическими деятелями идеи по различным вопросам государственно-правового строительства и совершенствования правовой системы.

Именно поэтому в данной статье, в последующих рассуждениях о будущем российской административной юстиции, я буду приводить высказывания Президента России, а также председателей Конституционного Суда и Верховного Суда РФ.

Начало (и одновременно возобновление) дискуссии по вопросу о необходимости развития системы административного судопроизводства определено мнением В. В. Путина, которое было высказано в статье «Демократия и качество государства». В разделе этой статьи «О развитии судебной системы» В. В. Путин написал: «Мы сделаем правосудие доступным для граждан. В том числе введем практику административного судопроизводства не только для бизнеса, но и для специального рассмотрения споров граждан с чиновниками. Дух и смысл практики административного судопроизводства исходят из того, что гражданин уязвимее чиновника, с которым он спорит. Что бремя доказывания возлагается на административный орган, а не на человека. И потому практика административного судопроизводства изначально ориентирована на защиту прав граждан»<sup>30</sup>. Центральным моментом в данном высказывании является желание ввести практику административного судопроизводства. Когда так говорят, значит, подчеркивают, что до этого момента данного института не было или он действовал усеченно. В целом для специалистов каких-то принципиально новых суждений о роли административного судопроизводства не высказано. Но ведь главным является сама актуализация проблемы административного правосудия; говорится о роли административного правосудия в деле защиты прав и свобод граждан. Именно поэтому можно надеяться, что институт административного судопроизводства ожидает привлекательное будущее, в котором оно будет осуществляться специализированными судами по специально разработанным административно-процессуальным правилам. С этих политико-правовых позиций и интересно высказанное В. В. Путиным мнение. Всем понятно, что в указанной статье не написано об учреждении административных судов (более того, в последующих выступлениях всегда говорится о необходимости создания судебных коллегий по административным делам). Однако нельзя

<sup>30</sup> Путин В. Демократия и качество государства // Коммерсантъ. 2012. № 20/П.

не заметить, как делается акцент на «распространении практики административного судопроизводства» «для специального рассмотрения споров граждан с чиновниками». Если высшие должностные лица страны говорят, что мы только собираемся вводить «практику административного судопроизводства», то, как минимум, есть определенные сомнения в том, что действующие в этой сфере отношений нормативные правовые акты соответствуют новому качеству судебной власти и самого государства. В этом, с моей точки зрения, и заключен главный смысл анализируемых слов В. В. Путина. Данную идею поддержали также известные государственные деятели и должностные лица. Например, Генеральный прокурор РФ Ю. Я. Чайка сообщил журналистам: «Двумя руками поддерживаю это, поскольку, безусловно, для рассмотрения споров между государством и гражданами должны быть специальные суды. Этот вопрос давно назрел»<sup>31</sup>.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2012 г. говорится о необходимости создания «в самое ближайшее время» законодательной базы для административного судопроизводства. Президент России отметил, что до настоящего времени остается неразрешенной важнейшая задача по формированию «в судах судебных составов, разрешающих споры граждан с органами власти всех уровней». Этими словами может определяться будущее административного судопроизводства в системе судов общей юрисдикции.

На VIII Всероссийском съезде судей 18 декабря 2012 г. Президент РФ В. В. Путин наметил главные ориентиры в развитии современной российской судебной системы, в том числе и в аспекте совершенствования административной юстиции: «В первую очередь следует завершить создание административного судопроизводства, в кратчайшие сроки принять соответствующий кодекс и сформировать судебные составы, которые будут разрешать споры граждан с органами государственной власти и местного самоуправления. Смысл, философия административного судопроизводства всем

нам хорошо известны. Изначально это ориентировано на защиту граждан, в том числе бремя доказывания здесь возлагается на госорган, а не на самого человека»<sup>32</sup>.

Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев высоко оценил внимание Президента России к проблеме формирования эффективной административной юстиции и его предложение о скорейшем создании законодательства об административном судопроизводстве в России. При этом он напомнил, что «необходимость совершенствования административного судопроизводства содержится в Указе Президента РФ от 7 мая 2012 г. и в Послании Президента РФ Федеральному Собранию от 12 декабря 2012 г.»<sup>33</sup>.

Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин, выступая на VIII Всероссийском съезде судей, проанализировал ситуацию с нормативным правовым обеспечением осуществления в России административного правосудия в современных условиях. Он исходил из положения о том, что «создание административного судопроизводства и административно-процессуального кодекса — требование Конституции. Необходимо, наконец, принять принципиальное решение о создании в России полноценного административного судопроизводства»<sup>34</sup>.

Наконец, в утвержденном Президентом России 22 декабря 2012 г. Перечне поручений по реализации Послания Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2012 г. указано: представить до 1 марта 2013 г. для внесения в Государственную Думу Федерального Собрания РФ проект Кодекса административного судопроизводства РФ (п. 1, ч. 2); «сформировать в системе судов общей юрисдикции судебные коллегии по административным делам для рассмотрения жалоб граждан и организаций на решения и действия органов публичной власти и их должностных лиц (срок — до 1 марта 2013 г.)» (п. 2)<sup>35</sup>.

Здесь уместна достаточно объемная цитата из выступления Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина на VIII Всероссий-

<sup>31</sup> URL: <http://www.km.ru/v-rossii/2012/01/20/sudebnaya-sistema-v-rossii/genprokuror-yurii-chaika-podderzhal-ideyu-sozdaniya-a>.

<sup>32</sup> URL: <http://pravo.ru/doc/view/291/>.

<sup>33</sup> URL: <http://www.ssr.ru/page/9096/detail/>.

<sup>34</sup> URL: <http://www.ssr.ru/page/9098/detail/>.

<sup>35</sup> URL: <http://news.kremlin.ru/assignments/17248>.



ском съезде судей: «В настоящее время дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, рассматриваются судами общей юрисдикции и арбитражными судами в рамках их компетенции, в основном по правилам Гражданского процессуального кодекса и Арбитражного процессуального кодекса (исключение составляют дела об административных правонарушениях, рассматриваемые судами общей юрисдикции). В дискуссиях о том, какой из существующих судов должен рассматривать административные споры, остался в стороне главный вопрос — на основе какой нормативной базы их рассматривать. Конституция выделяет в качестве самостоятельного вида судопроизводства административное судопроизводство, которое, соответственно, осуществляется на основе специального, а именно административно-процессуального законодательства (статья 118, часть 2; статья 72, часть 1, пункт «к»). Между тем, такие дела рассматриваются на основе гражданско-процессуального или арбитражно-процессуального законодательства. В этом смысле административного судопроизводства в нашей стране не существует. Поэтому необходимо создание административного процессуального кодекса, т.е. полноценной нормативно-правовой базы административного судопроизводства»<sup>36</sup>. В. Д. Зорькин также от-

метил, что при разработке административного процессуального кодекса нужно определить «порядок осуществления административного судопроизводства, юридически точно разграничить компетенцию судов по административным и другим делам, обеспечить процессуальное взаимодействие между судами». Именно последние слова — «обеспечить процессуальное взаимодействие между судами» — дают основание для разного рода спекуляций относительно разграничения компетенции между различными судами по рассмотрению дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений. Это важнейший и наисложнейший вопрос будущих организационных изменений в структуре судебной системы России, которые неминуемо должны произойти после вступления в силу Кодекса административного судопроизводства РФ.

В заключение необходимо выразить уверенность, что конституционно-правовая норма об административном судопроизводстве не останется на периферии как правового сознания, так и правовой политики и правового реформирования в России. Одновременно можно сделать вывод и о том, что ученые страны не напрасно потратили усилия на научную аргументацию необходимости осуществления специализированного административного правосудия по специальным правовым процессуальным правилам.

<sup>36</sup> URL: <http://www.ssrif.ru/page/9098/detail/>.

К. А. Кононов\*

## РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В РОССИИ

**А**дминистративная ответственность является одним из видов юридической ответственности, применяемым в Российской Федерации за довольно широкий круг правонарушений. При этом регулирование общественных отношений, охраняемых нормами административно-деликтного права, относится к предмету самых разнообразных отраслей российского права: налогового, бюджетного, таможенного, природоресурсного, экологического, собственно административного регулятивного права и др. В этом проявляется качество универсальности административной ответственности.

Формирование административной ответственности как самостоятельной формы ответственности за малозначительные правонарушения связывается учеными с принятием в 1864 г. Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями<sup>1</sup>. Этот акт содержал как нормы, регламентирующие некоторые аспекты порядка привлечения к ответственности, так и составы 150 проступков, разделенных в зависимости от объекта посягательства на 12 видов. Но полноценный процессуальный порядок привлечения к ответственности Уставом предусмотрен не был<sup>2</sup>.

Административная ответственность появилась в российской правовой действительности в результате выделения из уголовного права составов правонарушений, обладающих меньшей общественной опасностью и, следовательно, не требующих применения уголовных санкций и соблюдения значительно более сложной

процедуры привлечения к ответственности. И ныне привлечение к административной ответственности по большей своей части возложено на профильные исполнительные органы, а судебная процедура применяется либо в случае наложения отдельных видов административного наказания (например административного ареста), либо для обжалования решения, принятого исполнительным органом по делу об административном правонарушении. Таким образом, судебный порядок привлечения к административной ответственности, в отличие от уголовной, является субсидиарным, дополнительным, но не основным.

Данное обстоятельство сказывается и на децентрализации законодательства, регулирующего судебную и внесудебную процедуры привлечения к административной ответственности. С одной стороны, порядок наложения административных наказаний и сами составы административных проступков регулируется Кодексом РФ об административных правонарушениях, с другой — судебная процедура привлечения к административной ответственности регулируется Гражданским процессуальным кодексом РФ. В этой связи в российской науке давно обсуждается вопрос о необходимости принятия специального Административного процессуального кодекса, который смог бы полноценно и системно урегулировать как судебное, так и несудебное производство по делам об административных правонарушениях. К слову, Конституция РФ предусматривает административную

<sup>1</sup> ПСЗ Российской империи. Собр. 2-е. Т. XXXIX. № 41478.

<sup>2</sup> См. об этом: *Авдеенкова М. П.* Особенности развития административно-правовой ответственности в российском праве // Современное право. 2008. № 3. С. 69–76.

тивное судопроизводство как один из видов судопроизводства в Российской Федерации. Но де-юре и де-факто такого судопроизводства в России нет. Отсутствуют и специализированные административные суды, хотя дискуссия о необходимости их создания продолжается с самого начала российской судебной реформы 90-х гг. прошлого века. Но это, впрочем, не мешает фактической специализации российских судей по рассмотрению отдельных категорий дел, в некоторых судах сформированы так называемые административные составы.

С начала 1990-х гг. существовала и иная проблема, в некоторой степени актуальная и по сей день. Дело в том, что нормы, устанавливающие административную ответственность, содержались в значительном числе разнообразных нормативных актов, в том числе и подзаконных. Это было абсолютно легально, так как ранее действовавший Кодекс РСФСР об административных правонарушениях допускал подобную ситуацию. В результате возникли серьезные проблемы в правоприменении. Всякий раз правоприменитель должен был решать, какими нормами нужно руководствоваться и в какой процедуре рассматривать дела, скажем, о налоговых правонарушениях. Ведь налоговые составы правонарушений содержались отнюдь не в Кодексе РСФСР об административных правонарушениях, а в специальном законе. Но закон этот предусматривал лишь сам состав налогового правонарушения, но ничего не говорил о процедуре привлечения к ответственности. В этой связи возникал чисто практический вопрос: административная ли это ответственность или другая, налоговая?

Кодекс РФ об административных правонарушениях гораздо более четко разграничил административную и иные виды юридической ответственности. Все деяния, за которые может наступать административная ответственность, должны быть включены либо в Кодекс, либо в законы субъектов Российской Федерации, устанавливающие административную ответственность. Все деяния, являющиеся основанием для наступления ответственности и не включенные в перечисленные акты, не могут признаваться основанием наступления

административной ответственности, а ответственность, наступающая за их совершение, не относится к административной. Так, в Кодекс не вошли часть налоговых правонарушений, закрепленных в Налоговом кодексе РФ, и бюджетные правонарушения, предусмотренные Бюджетным кодексом РФ. Это в свое время послужило толчком к выделению новых самостоятельных видов юридической ответственности — налоговой и бюджетной.

Это, однако, не решило всех проблем. Так, очевидным недоразумением является дублирование ответственности за налоговые правонарушения в Кодексе РФ об административных правонарушениях и Налоговом кодексе РФ. В итоге за налоговые правонарушения юридические лица привлекаются к налоговой ответственности, административную ответственность за те же правонарушения несут должностные лица<sup>3</sup>.

Значительным изменениям подверглись и иные институты административной ответственности, например дано новое определение понятия «правонарушение», изменены нормы о формах вины. Важной новеллой Кодекса РФ является появление в нем норм о привлечении к административной ответственности юридических лиц, поскольку Кодекс РСФСР предусматривал в качестве субъектов административной ответственности исключительно физических лиц. В части наказаний к новеллам Кодекса РФ следует отнести то, что появился новый вид административного наказания — дисквалификация, исключено наказание в виде исправительных работ, уточнено название таких универсальных видов наказаний, как штраф и арест<sup>4</sup>.

Особенностью государственно-территориального устройства России является ее федеративный характер. Данное обстоятельство порождает проблемы, связанные с разграничением предметов ведения Федерации и ее субъектов, в том числе в сфере правового регулирования административной ответственности. В соответствии с Конституцией РФ вопросы административной ответственности отнесены к совместному ведению Федерации и субъектов. Это означает, что правовое регулирова-

<sup>3</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 27.01.2003 № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Вестник ВАС РФ. 2003. № 3 ; 2004. № 8.

<sup>4</sup> Авдеенкова М. П. Указ. соч.

ние в данной сфере вправе осуществлять как Федерация, так и субъекты РФ, вопрос лишь в том, в какой части. Важно иметь в виду, что федеральный Кодекс об административных правонарушениях принят лишь спустя 8 лет с момента принятия Конституции. Это побудило субъекты РФ осуществлять опережающее регулирование в сфере административной ответственности. Право субъектов Российской Федерации на опережающее правовое регулирование по предметам совместного ведения было в свое время подтверждено Конституционным Судом РФ. Однако Суд постановил: как только по предмету совместного ведения будет принят и вступит в силу соответствующий федеральный закон, субъекты Российской Федерации должны привести свое законодательство по данному предмету в соответствие с федеральным законом. По этой причине с 2002 г. в субъектах Российской Федерации начался процесс приведения собственного законодательства об административной ответственности в соответствие с федеральным Кодексом.

Законодатель предусмотрел следующую конструкцию разграничения полномочий между Российской Федерацией и субъектами Федерации: в ст. 1.3 Кодекса РФ об административных правонарушениях приведены полномочия, отнесенные к исключительному ведению Российской Федерации. Все иные вопросы могут быть урегулированы законами субъектов Российской Федерации по их усмотрению. При этом к ведению Российской Федерации в области законодательства об административных правонарушениях относится установление всех существенных элементов административной ответственности, включая регулирование административной ответственности по вопросам, имеющим федеральное значение, в том числе за нарушение правил и норм, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. К компетенции субъектов Федерации фактически отнесено установление круга правонарушений по вопросам, имеющим региональное значение, а также определение тяжести наказания за данные правонарушения. При этом видами наказания за такие правонарушения могут быть только предупреждение или штраф.

Важной проблемой остается то, что федеральный Кодекс не предусматривает каких-либо четких критериев разграничения вопросов федерального и регионального значения. Фор-

мулировка соответствующей статьи Кодекса позволяет сделать вывод, что административная ответственность за нарушение норм, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, предусматривается исключительно федеральным Кодексом. В силу этого субъекты Российской Федерации вправе установить административную ответственность только за нарушение норм, закрепленных законами субъектов Российской Федерации. Такая нечеткая формулировка порождает споры о разграничении компетенции между Российской Федерацией и субъектами Федерации. Очевидно, что вопросами федерального значения должны считаться все те вопросы, которые Конституцией РФ и федеральными законами отнесены к компетенции органов государственной власти Российской Федерации.

Появление в КоАП РФ возможности привлечения к ответственности юридических лиц представляется одной из его наиболее важных новелл. Привлечение к ответственности самих юридических лиц, а не их руководителей позволяет применять санкции, соответствующие тяжести правонарушения, и назначать наказание исходя из необходимости достижения целей ответственности. Специфика юридического лица предполагает наличие определенных особенностей привлечения его к административной ответственности. Например, к юридическим лицам могут применяться лишь некоторые виды наказаний: предупреждение, административный штраф, конфискация орудия совершения или предмета административного правонарушения, административное приостановление деятельности. Поскольку административная ответственность может наступить только при наличии вины правонарушителя, возникла проблема определения вины юридического лица. Вина традиционно в литературе рассматривается как субъективное отношение лица, совершившего противоправное деяние, к факту его совершения. Однако в случае с юридическим лицом говорить о его психическом отношении к совершенному деянию невозможно. Законодатель установил, что юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых федеральным Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная

ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Вина юридического лица не разграничивается на виды (умысел, неосторожность).

Следующей новеллой федерального Кодекса является закрепленная в нем модель правового регулирования административной ответственности. Законодательство об административных правонарушениях состоит из федерального Кодекса и принимаемых в соответствии с ним законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях. Данная модель совершеннее предыдущей, допускавшей возможность закрепления норм об административной ответственности во множестве законов. Сведение законодательства об административной ответственности на федеральном уровне к единому нормативному правовому акту значительно облегчает правоприменение. Кодифицированный акт позволяет избежать противоречий между нормативными правовыми актами в одной сфере правового регулирования. Вместе с тем федеральный Кодекс не препятствует субъектам Российской Федерации закреплять нормы об административной ответственности в нескольких законах. Практика здесь различна: в большинстве субъектов Российской Федерации административная ответственность регламентируется нормами единого законодательного акта — закона или кодекса; в других субъектах нормы об административной ответственности содержатся в нескольких законах.

Российское законодательство об административной ответственности развивается достаточно динамично. Однако количественный

прирост составов административных проступков далеко не всегда коррелирует с качеством их определения. Так, большие дискуссии и широкий общественный резонанс вызвало введение административной ответственности за пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних. Практика российского правоприменения свидетельствует, что формулу «пропаганда» можно толковать крайне широко. Те же проблемы в свое время возникли с толкованием понятия «экстремистская деятельность». Сохраняются и проблемы в связи с разграничением административной ответственности с налоговой и бюджетной: они применяются наряду с административной ответственностью, хотя составы правонарушений в ряде случаев аналогичны. В результате сохраняется возможность нарушения всем известной римской истины: *nemo debet bis puniri pro uno delicto*.

Еще одной характерной чертой современного этапа развития законодательства об административной ответственности является ужесточение «старых» наказаний и появление квазиновых. Ужесточение санкций приводит к дисбалансу административно-деликтной политики. С одной стороны, незначительные суммы штрафов стимулируют нарушения: нередко проще заплатить штраф, чем оплатить государственную пошлину, скажем, за согласование перепланировки жилого помещения. С другой же стороны, драконовские штрафы ставят ребром вопрос о степени общественной опасности одних правонарушений по сравнению с другими. В 2012 г. в федеральный Кодекс было введено наказание в виде обязательных работ.

Д. Тюрпен\*

## СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ СУДЕБНОГО ДУАЛИЗМА ВО ФРАНЦИИ

**В**о Франции принцип разделения административных и юридических органов вытекает из конституционного принципа разделения власти, а также из недоверия к суду, унаследованного еще от дореволюционного режима. Именно из-за этой ситуации и появился судебный дуализм, недостатками которого являлись процедурная сложность, потеря времени и денег, но эту ситуацию в настоящее время удалось смягчить.

### НЕДОСТАТКИ СУДЕБНОГО ФРАНЦУЗСКОГО ДУАЛИЗМА

Необходимо напомнить причины появления судебного дуализма, а затем рассмотреть его недостатки.

#### *А. Причины появления дуализма*

Закон от 16 и 24 августа 1790 г. провозглашает, что «судебные функции отличаются от административных функций. Судьи не могут вмешиваться ни в работу административных органов, ни вызывать работников администрации по причине их деятельности, в противном случае это будет считаться должностным преступлением». Данный запрет, часто повторяемый, все еще актуален (решение Кассационного суда, 1-й гражданской палаты от 9 апреля 2009 г.<sup>1</sup>).

Поначалу администрация действовала в полной безнаказанности, единственный возможный способ подачи иска был связан с системой иерархии, и он не защищал истца от самоуправства. Тем не менее постепенно стороны процесса и некоторые сотрудники добавили

в эту систему отдельные требования и предложили решения, такие как создание в 1799 г. внутри самого Государственного совета префектур, расположенных в каждом департаменте (см. теорию «министра-судьи», от которой отказались в 1889 г.). Эта административная юстиция остается тем не менее в руках членов правительства, так называемых советников.

Закон от 24 мая 1872 г. провозглашает, что «Государственный совет самостоятельно принимает решения, связанные с административными тяжбами и просьбами об аннулировании административных актов из-за превышения власти».

Начиная с этого перехода к «делегированной» административной юстиции (юстиции, переходящей к административному суду, независимость которого признана конституционным принципом) судебная французская структура состоит из двух подструктур: обычных судебных органов, разбирающих тяжбы между гражданами; административных органов, регулирующих проблемы между администрацией и гражданами. Этот дуализм юридических органов не связан с однородностью самого права, как если бы, например, административный суд применил бы общее право в отношении администрации, единственной привилегией которой была бы возможность контролироваться собственными законами. Именно поэтому 24 мая 1873 г. был создан Трибунал по конфликтам, который в известном деле Blanco<sup>2</sup> принял решение о том, что привлечение к ответственности администрации может происходить «по принципам Гражданского кодекса, регулирующего отношения между граждана-

<sup>1</sup> Cour de cassation, 1 chambre civile, 9 avril 2009.

<sup>2</sup> TC, Blanco, 24 mai 1873.

© Доминик Тюрпен, 2016

\* Доминик Т., профессор, почетный президент Университета Оверни (Клермон-Ферран I), почетный декан юридического факультета г. Клермон-Ферран

ми»; привлечение к ответственности также может происходить на «основании специального права, которое меняется в зависимости от потребностей административного учреждения и необходимости согласования между собой прав государства и частных прав».

Французская юридическая система характеризуется существованием двух судебных органов, а также двух нормативных конструкций и созданием административной юрисдикции, которая привела к независимости административного права. Это касается не только области ответственности. Конституционный совет своими решениями от 23 января 1987 г.<sup>3</sup> и от 28 июля 1989 г.<sup>4</sup> закрепил «основной принцип, признанный по законам Республики конституционным, по которому французская концепция разделения власти... кроме областей, закрепленных по своей природе за обычными судами, признает за административной юрисдикцией право аннулирования или изменения принятых решений государственных органов, кроме областей, связанных по своей природе с обычным судом, а также право на высшую инстанцию принадлежит административной юрисдикции при аннулировании или изменении принятых решений государственных органов исполнительной власти».

Недостаток этого дуализма связан с тем, что проблемы компетенции затрагивают сам внутренний механизм в ущерб работы юстиции, поэтому граждане теряют много времени и средств, «безнадежно разыскивая суд».

### ***В. Последствия дуализма***

1. Регулирование конфликтов компетенции между двумя судебными органами было поручено Трибуналу по конфликтам, состоящему из членов Государственного совета и Кассационного суда под председательством министра юстиции, который участвует в процессе только в случае разделения голосов (всего было лишь 11 случаев из 4 000 решений, принятых за 150 лет, последнее из которых — 12 мая 1997 г.). Этот трибунал в случае негативного конфликта, когда обычный и административный суд считают себя некомпетентными для принятия

решения по определенному вопросу, для защиты граждан с 1960 г. создал ускоренную процедуру, позволяющую не ждать принятия сразу в двух судебных органах решения об их некомпетентности. Трибунал по конфликтам рассматривает также «позитивные конфликты», чтобы защитить администрацию от незаконного вмешательства обычного суда, при этом префект должен направить обычному суду специальное возражение. Если оно проигнорировано, то он принимает решение о «наличии конфликта» (кроме случаев, связанных с уголовными делами и с нарушениями прав личных свобод). Необходимо добавить, что для Кассационного суда (1-я гражданская палата, решение от 8 марта 2012 г.)<sup>5</sup> эти положения Закона 1872 г. не могут относиться к «вопросу об их конституционности», который обычно рассматривается Конституционным советом, так как компетентность чиновника из-за ошибки административного органа не посягает на конституционный принцип равенства граждан перед законом.

Наконец, с 1932 г. «могут быть переданы Трибуналу по конфликтам, если они являются помехой (самой сути спора) и отказом в правосудии, окончательные решения, принятые административным и обычным судами и касающиеся одной и той же тяжбы» по инициативе гражданина, чьи права были ущемлены.

Следует отметить, что тексты, регулирующие деятельность Трибунала по конфликтам, относятся к XIX в.; «эта анахроническая ситуация несовместима с современными требованиями правового государства» (К. Тобира), поэтому был принят проект закона «О модернизации и упрощении права и процедур в области юстиции и внутренних дел». Он предусматривал, например, уход с поста президента Трибунала по конфликтам министра юстиции, в том числе при решении редких случаев раздела голосов, расширение компетенции Трибунала в области возмещения ущерба пострадавшим от слишком длительной процедуры из-за участия в ней двух юрисдикций, возможность для президента Трибунала по конфликтам отрегулировать с помощью ордонансов самые легкие дела и наконец, ускорение самого процесса, особен-

<sup>3</sup> Décision du Conseil constitutionnel № 86-224DC du 23 janvier 1987.

<sup>4</sup> Décision du Conseil constitutionnel № 89-260DC du 28 juillet 1989.

<sup>5</sup> Cour de cassation, 1 chambre civile, 8 mars 2012.

но если был задан преюдициальный вопрос (в мае 2014 г. текст потерпел неудачу во время заседания смешанной комиссии по причинам, не связанным с этим аспектам реформы).

2. Что касается сути самого права, разделение компетенций между двумя юрисдикциями привело к поиску границ, или совокупности определенных знаков. Принцип разделения административной и судебной власти должен был быть уточнен с помощью многочисленных критериев компетентности: критериев государства-должника, власти (Хариу и школа города Тулуза) или государственных служб (Дюги и школа города Бордо). Последний критерий был поставлен под сомнение из-за решения Трибунала по конфликтам от 22 января 1921 г. «Коммерческое общество африканского Запада», которое посчитало компетентным обычный суд для «коммерческих и промышленных государственных служб».

Тем не менее существуют исключения из правил, касающиеся распределения компетенций для «областей, принадлежащих по своей природе обычному суду (индивидуальная свобода, право частной собственности), или с целью сохранить в интересах истца хорошую работу юстиции» благодаря использованию «блока компетенции», который позволяет не тратить время и деньги во время прений между двумя юрисдикциями. Но все же эти недавние изменения позволили сделать более ясным французский судебный дуализм.

## УПРОЩЕНИЕ СИСТЕМЫ ФРАНЦУЗСКОГО СУДЕБНОГО ДУАЛИЗМА

Они касаются как исключений, т.е. «областей, принадлежащих по своей природе обычному суду», так и появления блоков компетенции, предназначенных обеспечить «хорошее судопроизводство».

### ***А. Уменьшение «областей, принадлежащих по своей природе обычному суду»***

Обычный суд считается хранителем личных свобод и частной собственности, основой нашего либерального государства; это является исключением из правил о распределении ком-

петенций, выделенных как судебными решениями, так и ст. 136 Уголовно-процессуального кодекса и ст. 66 Конституции. Но область его компетенции недавно уменьшилась.

Теория сужения компетенций обычного суда, связанного с серьезной ошибкой администрации (*voie de fait*), пережила много изменений. Обычно она применяется в случае, когда ошибка, сделанная администрацией, настолько серьезна, что администрация не может быть осуждена административным судом. В этом случае судить ее будет обычный суд. Существует две версии элементов этой теории: первая версия касается самого административного решения (оно должно «полностью не соответствовать административной власти»), другая же касается исполнения данного административного решения (неправильное исполнение приказа, который по сути своей является правильным). Другие же элементы требуют, чтобы административное решение посягало на частную собственность или на основные свободы.

Из-за того, что в распоряжении обычной юрисдикции, в отличие от административной, имеются срочные процедуры и способы эффективного исполнения решений, потерпевшие от административных нарушений предпочитали обращаться в обычный суд, используя данную теорию. У этой теории есть свои недостатки. Она, например, не применяется при «особых обстоятельствах» — там, где была бы нужнее, из-за чего теряется время, и трудно определить компетенцию суда при серьезном нарушении основных свобод и права на частную собственность. Не входя в детали, также можно отметить, что обе юрисдикции являются компетентными, чтобы констатировать серьезную ошибку администрации или чтобы остановить действие этой ошибки, в том числе при срочном принятии решения (Государственный совет, решение *Alberigo* от 12 мая 2010 г.<sup>6</sup> и решение *Communede Chirongui* от 23 января 2013 г.<sup>7</sup>). При срочном принятии решения обычный суд — единственный, кто считается компетентным для возмещения убытков при серьезной ошибке администрации (Трибунал по конфликтам, решение *Action française* от 8 апреля 1935 г.; Государственный совет, решение *Consort Muselier* от 10 октября 1969 г.; Трибунал по конфликтам, решение *Madame Tarahu* от 15 февраля 2010 г.).

<sup>6</sup> Décision du Conseil d'Etat du 12 mai 2010 № 333565 «Alberigo», AJDA, 2010, p. 1057.

<sup>7</sup> Conseil d'Etat, Juge des référés, 23/01/2013, 365262, Publié au recueil Lebon.



Эта комплексность могла бы или должна была бы спровоцировать исчезновение теории, связанной с серьезной ошибкой администрации, или хотя бы исчезновение права выбора суда пострадавшими.

Появление срочного административного судебного процесса, связанного с защитой свобод (*référé-liberté*) (Закон от 30 июня 2000 г.<sup>8</sup>), позволило ограничить этот недостаток. Согласно Кодексу административной юстиции административный суд, заседающий по срочному иску, может «принять все необходимые меры для сохранения основной свободы, на которую нелегально посягнуло государственное юридическое лицо или орган частного права, взявший на себя миссию государственного органа при исполнении своих служебных обязанностей (в противном случае это остается в компетенции обычного суда» (Трибунал по конфликтам, решение от 19 ноября 2001 г.; Кассационный суд, решение от 12 июня 2006 г., решение от 21 февраля 2007 г.).

Теория, связанная с серьезной ошибкой администрации, полностью не исчезла (особенно это касается стадии возмещения убытков, немного похожей на механизм конфискации), но область ее применения продолжает уменьшаться из-за административного суда, заседающего при причине срочности, который гораздо эффективнее при посягательстве на основные свободы (в настоящее время — индивидуальной свободы).

Эволюция продолжается в связи с решением Трибунала по конфликтам от 17 июня 2013 г. в пользу административного суда, заседающего по причине срочности. Это еще более уменьшает возможности обычного суда, концентрируя их на традиционных и конституционных функциях обычного суда — защитника личных свобод и частной собственности, предлагая менее широкое определение, по которому «обычный суд заседает... только в том случае, если администрация исполняет приказы с нарушением, даже если сам приказ издан без нарушений, и при этом такое исполнение наносит ущерб индивидуальной свободе (не «основной свободе»), или если администрация приняла решение... которое полностью можно отнести к административной власти».

Возможности обычного суда для решения административных вопросов полностью не исчезли в связи с появлением нового срочного административного судебного процесса, связанного с защитой свобод, но отныне они существенно уменьшены, включают в себя конституционное определение судебной власти (Кассационный суд, решение от 13 мая 2014 г.<sup>9</sup>).

Трибунал Конфликтов в решении от 9 декабря 2013 г. передал право на компетенцию административному суду для разрешения тяжбы, связанной с возмещением ущерба из-за незаконного изъятия, т.е. присвоения, администрацией имущества, выходящего за рамки ее полномочий (Трибунал по конфликтам, решение от 17 марта 1919 г.<sup>10</sup>). Затем в решении *Bergoend* Трибунал по конфликтам указал, что отныне, если административное решение наносит ущерб частной собственности, административный суд является компетентным для рассмотрения и аннулирования данного решения или в противном случае для предъявления требования администрации, которая обязана возместить ущерб, связанный с этим решением, кроме случаев, связанных с прекращением права на частную собственность (здесь компетенция будет принадлежать обычному суду).

Сужение понятия «индивидуальная свобода», хранителем которой является обычный суд: по ст. 136 Уголовно-процессуального кодекса при различных гипотезах «и во всех случаях нарушения личной свободы конфликт никогда не может быть разрешен административной властью, и он находится в полной компетенции обычных судов». По ст. 66 Конституции 1958 г. «никто не может быть бесправно задержан» (ч. 1) и «обычная судебная власть, хранительница индивидуальной свободы, охраняет этот принцип по условиям, предусмотренным законами» (ч. 2).

Тем не менее долгое время наблюдалось противоречие между широкой концепцией этого принципа — законодательной и конституционной — и более узкой концепцией, созданной как Государственным советом (решение от 7 января 1943 г., решение от 2 июля 1965 г.), так и Трибуналом по конфликтам (решение от 27 марта 1952 г.; решение от 6 ноября 1964 г.). Эти решения соответствуют ст. 136 Уго-

<sup>8</sup> Loi № 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

<sup>9</sup> Cass. Civ. 1ère, 13 mai 2014.

<sup>10</sup> TC, décision du 17 mars 1919 г. Société Hôtel du Vieux Beffroi.

ловно-процессуального кодекса, которая не разрешает обычному суду принимать решения по вопросам законности административных актов или их интерпретации по причине того, что «это положение противоречит принципу... закона от 16 и 24 августа 1790 г. ...Оно должно давать узкую интерпретацию, и все исключения этого положения не должны выходить за рамки, предусмотренные законом».

Конституционный совет признал конституционным по ст. 66 Конституции принцип, выделенный в одном из решений, которое осуждает решение Трибунала по конфликтам и Государственного совета. Этим решением удостоверен широкий блок компетенции обычного суда при нарушении индивидуальной свободы, которой Совет дал широкое определение исходя из раздельного толкования двух частей указанной статьи. При этом он принял во внимание не только безопасность, т.е. запрещение незаконного задержания, но также и свободу передвижения, неприкосновенность жилища и личной жизни, секрет переписки и даже свободу вступления в брак.

Несмотря на это широкое определение «индивидуальной свободы», суд оставил в силе и более узкое определение. С одной стороны, оно допускает многочисленные исключения, связанные с вмешательством обычного суда (проверка личности, задержание, административное задержание). С другой стороны, и особенно из-за разницы между судебной полицией (индивидуальной и репрессивной) и административной полицией (общей и превентивной), учитывает, что нарушение индивидуальных свобод (в широком смысле) относится к компетенции административного суда, если оно произошло во время деятельности административной полиции (ст. 136 Уголовно-процессуального кодекса, ст. 66 Конституции).

Образовавшееся различие между широким пониманием индивидуальной свободы и узким применением этого принципа обычным судом было, к счастью, уменьшено с того самого момента, как Конституционный совет вернулся к узкой концепции индивидуальной свободы, уменьшая в каком-то смысле понятие безопасности, опираясь при этом на ст. 66 Конституции и оставляя компетенцию обычным судам при незаконных задержаниях. Для остального Совет предлагает отныне понятие персональной

свободы, основанной на ст. 2 и 4 Декларации 1789 г., которое отличается от понятия индивидуальной свободы, провозглашенной в ст. 66 Конституции 1958 г. Благодаря этой эволюции, начавшейся в конце 80-х годов XX в., Совет смог «расширить область конституционных свобод без вмешательства обычного суда для их защиты» (Б. Генева) и, таким образом, уменьшить острые углы нашего судебного дуализма (например, решение Конституционного совета от 12 июня 2012 г.<sup>11</sup>; решение Государственного совета от 29 мая 2013 г. и решение Кассационного суда от 16 октября 2013 г., согласно которым было отказано в направлении в Конституционный совет запроса о конституционности закона об обязанности спортсменов высокого уровня проходить антидопинговый контроль).

### ***В. Завота, связанная с «хорошим функционированием юстиции»***

Из-за невозможности «слияния административных и судебных юрисдикций» с нереальной и не совсем желательной целью «положить конец французскому судебному дуализму» (Д. Трюше) заботой является «хорошее функционирование юстиции», которая направлена на упрощение механизма подачи жалобы истцом, при котором уже не нужно принимать во внимание обычное распределение компетенций между двумя юрисдикциями. Этот механизм все чаще применяется на практике. Речь идет о создании блоков компетенции для той или другой юрисдикции, чтобы суд, заседающий для решения основного вопроса, занимался одновременно и вторичными, дополнительными вопросами, не направляя их в другой суд, что часто может являться причиной задержки при принятии решения. Эти блоки компетенции могут быть созданы законодательством (Закон от 31 декабря 1957 г., дающий обычным судам право рассматривать дела, связанные с авариями на дороге, включающие в себя «транспортное средство», независимо от того, является ли оно частным или принадлежит администрации; Закон от 17 мая 2011 г. об упрощении и улучшении качества права дает эксклюзивную компетенцию обычному суду для рассмотрения дел, связанных с нарушением государственными органами права на литературную или художественную собственность, даже если речь идет о государ-

<sup>11</sup> CC, № 2012-261 QPC du 22 juin 2012 ; CE, 29 mai 2013 et Cass. civ. 1ère, 16 octobre 2013.

ственным рынке. Эксклюзивную компетенцию обычному суду дают в этом случае и судебные решения, «если применение закона или специального регламента может спровоцировать различные оспаривания, которые разделят область компетенции между обычным и административным судом» (решения Конституционного совета от 23 января 1987 г. и от 28 июля 1989 г.).

Затронем вопросы об интерпретации и оценке обычными судами законности административных актов, которые могут привести к преюдициальным вопросам административного суда при достаточно сложном механизме, что было недавно изменено.

Что касается уголовного суда, то важным является решение Трибунала по конфликтам от 5 июля 1951 г., в котором уголовный суд имел «полномочия во всех областях, зависящих от применения или неприменения наказания», т.е. чтобы интерпретировать и оценить законность регламентов, считающихся основой для судебного преследования или способом защиты, но у него не было компетенций, связанных с административными индивидуальными актами. Кассационный суд, со своей стороны, предоставляет меньше власти репрессивному суду по отношению к административным актам и регламентам (неразделенные полномочия в случае, если эти акты уголовно наказуемы, т.е. являются основой для судебного преследования, а не средством защиты), но дает преимущество индивидуальным административным актам (оценка их законности практически во всех случаях). Статья 111-5 Уголовного кодекса положила конец этому противоречию, начиная с 1 марта 1994 г., расширила полномочия репрессивных судов, отныне «уголовные юрисдикции являются компетентными для интерпретации административных общих и индивидуальных актов и для оценки их законности, если эта оценка зависит от решения уголовного процесса».

Что касается гражданского суда, то важным является решение Трибунала по конфликтам от 16 июня 1923 г., согласно которому гражданский суд мог интерпретировать общие административные акты (суд, принимающий решения и являющийся одновременно судом исключений), но не оценивать их законность, по принципу разделения административной и судебной власти (решение Кассационного суда, 1-й гражданской палаты от 14 ноября

2006 г.), кроме случаев, когда они представляют «серьезную опасность для индивидуальной свободы или для права на частную собственность»<sup>12</sup> (Трибунал по конфликтам, решение от 30 октября 1947 г., не раз подтвержденное впоследствии). Для интерпретации нерегламентированных актов гражданский суд также должен был предоставить для рассмотрения административного суда преюдициальный вопрос, кроме случаев, когда речь идет о «понятном акте, не требующем дополнительной интерпретации». Административный суд, заседающий для решения подобного вопроса, ограничен во времени и не может ни принять во внимание другие детали, рассмотренные обычным судом, ни принимать решения, не входящие в поле его компетенции (Кассационный суд, решение от 6 мая 1996 г., согласно которому признано, что суд общей юрисдикции может оценивать законность регламента по отношению к европейскому праву).

Трибунал по конфликтам после некоторого ограничения обязанности для не репрессивного суда общей юрисдикции, связанной с переадресацией в административный суд вопроса о соответствии административного акта закону или европейскому праву (решение от 17 октября 2001 г.), постановил, что обычный суд является отныне компетентным для оценки способов применения во времени административных актов без необходимости обращения в административный суд по поводу преюдициального вопроса, если этот акт нарушает принцип отсутствия обратной силы права (решение от 12 декабря 2011 г.). Принципы решения Septfonds были также смягчены в интересах хорошего функционирования юстиции, чтобы судебная власть смогла принимать постановления «на основе вынесенного ранее решения» и самостоятельно констатировать незаконность административного акта (если «очевидно по данному решению, что эти второстепенные вопросы могут быть рассмотрены судом, заседающим для решения основного вопроса»). Исключением являются гипотезы, когда право Европейского Союза, включающее принцип эффективности, делает неприменимым решение Septfonds (решения Кассационного суда от 24 апреля 2013 г. и Государственного совета от 30 декабря 2013 г.).

*Перевод Елены Жербо*

<sup>12</sup> TC, 30 octobre 1947, Barinstein.

Б. Плессикс\*

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ПРАВОВОЙ ДУАЛИЗМ ВО ФРАНЦИИ

Когда мы говорим с иностранцами, и в частности российскими, исследователями об особенностях французского административного права, то первое, что приходит на ум, это правовой дуализм, т.е. не просто существование административных судов наравне с остальными, например торговыми или третейскими судами, но именно существование двух совершенно разных правовых органов, независимых друг от друга: с одной стороны, обычные судебные органы с Кассационным судом на самой вершине иерархии; с другой стороны — административные судебные органы во главе с Государственным советом. Очень быстро мы ассоциируем этот судебный дуализм с правовым дуализмом, расширяя, таким образом, это понятие, обозначающее, что право поделено на равные части между двумя совершенно разными правовыми корпусами: частным правом, нормы которого регулируют отношения между гражданами и всеми частными лицами, и публичным правом, нормы которого регулируют отношения между государственной властью и ее подчиненными. Для рационализации этих понятий данные формы дуализма часто ассоциируют (принимая, разумеется, во внимание различные исключения) следующим образом: обычные судебные органы существуют для защиты частного права, а административные судебные органы применяют нормы публичного права, необходимые для функционирования администрации внутри самого государства.

Это представление слишком упрощенное, чтобы быть правдой. Необходимо хотя бы уточнить, что эта ассоциация судебного дуализма с юридическим дуализмом не имеет ничего онтологического. Теоретически мы можем также создать и другие комбинации: единые судебные органы, которые не практикуют ни судебный, ни правовой дуализм; унитарные судебные системы, в которых существует разнообразие судебных органов; судебные системы,

где существует единственный судебный орган, но где признается при этом правовой дуализм (например, в Конституциях Испании или Греции написано, что административные юрисдикции являются лишь ответвлением обычных судебных органов, но при этом учитывается различие между общим частным правом и специальным административным правом).

Во Франции эта ассоциация между судебным и юридическим дуализмом верна, но имеет исторические корни: она возникла из обычного совпадения двух совершенно не связанных между собой феноменов, которого могло бы и не быть: от довольно старой идеи (существовавшей с XVIII в.) о необходимости создания республиканского права и запрете по Закону от 16–24 августа 1790 г. для обычного суда заниматься административными делами, что привело Наполеона к необходимости заполнить этот пробел с помощью создания полусудебного-полуадминистративного корпуса — Государственного совета, Советов префектуры, которые со временем стали настоящими административными юрисдикциями и начали применять нормы особого права, отличного от частного права.

Все эти основные моменты представлены для того, чтобы познакомить иностранных исследователей с правовым дуализмом.

Итак, мы оставим в стороне французский правовой дуализм, который заставляет юристов заниматься изучением многочисленных технических проблем: почему существует этот дуализм? По каким критериям происходит распределение судебных компетенций? Существуют ли конфликты компетенций? Как их решают? Лишь только три вопроса, касающиеся самой сути идеи правового дуализма, привлекут наше внимание: какие факторы объясняют существование этого дуализма во французском праве? Каким образом он реализуется? Какие альтернативные модели могут быть ему противопоставлены?

© Беноа Плессикс, 2016

\* Беноа Плессикс, профессор Университета Пантеон-Ассас (Париж II)

## УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ

В правовом дуализме нет никакой логики. В тех странах, где он существует, он является результатом некоторого контекста<sup>1</sup>, продуктом некоторой истории<sup>2</sup>. Во Франции этот дуализм появился благодаря двум условиям, которые могут быть инструктивными, если мы занимаемся сравнительным правом.

Первое условие касается различий между публичным и частным правом. Правовой дуализм возможно создавать и ежедневно практиковать только в том случае, если сама нация верит в различие между двумя правовыми системами: частным и публичным правом. Речь вовсе не идет о том, чтобы это различие было неизбежным и необходимым. Никто не игнорирует то, что в англо-саксонских странах дуализм почти не практикуется; никто не игнорирует и то, что в самой юридической системе континентального права различие между частным и публичным правом постоянно подвергается сомнению из-за влияния глобализации на право, доминирования неолиберальной модели, интеграции европейского права, признания всеобщих прав и ценностей. Различие остается структурным элементом французских юридических норм и объясняет, почему дуализм так хорошо прижился во Франции. Франция является наследницей европейских юридических традиций с того самого времени, как римляне утвердили в ст. 1 дигестов, что «право делится на публичное и частное», и с того момента, как в своих институциях Юстиниан дал формулировку, не допускающую возражений: «Изучение права имеет два объекта, речь идет о публичном и частном праве. Публичное право — это право, занимающееся организацией администрации государства. Частное право занимается интересами частных лиц». Именно тогда и возникло различие, существующее по сей день, отсюда и происходит идея, что не все относится к частному праву, что не все связано с экономическими и производственными от-

ношениями и что нельзя смешивать общество и рынок. Чтобы практиковать правовой дуализм, не нужно верить ни в смешение жанров, ни в скептицизм сторонников школы публичного права. Необходимо верить в существование государства, которое упорно не принимает другие формы социальной жизни, характеристиками которого являются суверенитет, своеобразиие способов управления (связанные с государственной властью), особенность целей и которое ставит на первое место общий, или трансцендентальный, интерес, а не просто сумму интересов отдельных личностей. Эта концепция подтверждает, что законными являются только такие общие интересы, которые удовлетворяют всех. В самом понятии правового дуализма есть непреодолимая вера в то, что частное право совершенно несовместимо с самим духом норм публичного права в его отношениях с отдельными гражданами. Правовой дуализм основан на убеждении, что частное право было создано для того, чтобы лишь регулировать отношения между частными лицами: это право защищает так называемую личную сферу личности и то, что к ней относится, от нанесения ущерба третьими лицами или от вмешательства власти. Это право принимает во внимание отдельную личность не в ее отношениях с политикой, но в ее отношениях с разными моментами частной жизни: рождение, совершеннолетие, семейные отношения, купля-продажа, работа, вступление в брак, родственные связи, аварийные ситуации (где эта личность является либо жертвой, либо виновником аварии), развод, смерть и т.д. Тем не менее решения властей, удовлетворение коллективных потребностей не противопоставляют эти так называемые два сюжета, две партии, два интереса. При принятии решений государственной власти необходимо иметь в виду общий интерес, который должен учитываться в первую очередь, даже если личные, эгоистичные интересы пытаются этому противостоять. В основе правового дуализма есть уверенность

<sup>1</sup> О значимости этой идеологии: Bonnet B., Deumier P. (dir.) De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé? Dalloz, coll. «Thèmes et commentaires», 2010 ; Caillosse J. Droit public-droit privé: sens et portée d'un partage académique. AJDA, 1996. P. 955 ; Desmons E. Droit privé, droit public // Dictionnaire de culture juridique. PUF, 2003 ; Testu F.-X. La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique? D., 1998, chron. P. 345 ; Troper M. La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique // Troper M. Pour une théorie juridique de l'Etat. PUF, 1994. (Coll. «Léviathan»).

<sup>2</sup> Chevrier G. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du jus privatum et du jus publicum dans les œuvres des anciens juristes français. Arch. phil. dr., 1952. P. 5.

в том, что государственная власть действует во имя чего-то суверенного (раньше это был король, сегодня это нация), коллективные потребности которого отличаются от индивидуальных потребностей и стоят выше их. Поэтому мы не можем использовать те же правила, когда говорим о коллективных и об индивидуальных потребностях. Когда речь идет о государственном органе, французские юристы обычно цитируют Монтескье и даже Цицерона: «Просто нелепо пытаться создавать права королевств, наций и всего мира, используя те же понятия, на которых мы основываемся при принятии решения, касающегося одной капли отношений между отдельными гражданами»<sup>3</sup>.

Вторым благоприятным фактором является существование судебного дуализма. Здесь также нет ничего онтологического: история могла бы быть совершенно иной. Появление во Франции административной юрисдикции, отделенной от обычной юрисдикции, полностью связано с политической реакцией революционеров 1789 г. на превышение полномочий обычных судов дореволюционного режима. Поэтому ст. 13 Закона от 16–24 августа 1790 г. разделяет административный «мир» и обычный суд, что означает, что теперь обычный суд не может судить органы администрации. С того самого момента, как поняли, что опасность, исходящая от административных судов, была скорее вымышленной, чем реальной, и что администрация сама по себе не должна заниматься административными тяжбами, государственная власть, начиная от Наполеона и заканчивая республиканцами 1870 г., решает постепенно создавать административную юстицию, сохраняя при этом запрет для обычного суда вмешиваться в административные дела. Так во Франции рождается правовой дуализм. Но его прошлое не важно. И не важно, если для историка сложно определить, идет ли речь о существовании специальной административной юрисдикции, охватывающей автономное административное право, или это само специальное право повлекло за собой развитие специальной юрисдикции. В настоящее время судебный дуализм объясняет постоянство правового дуализма. Никто не подвергает сомнению то, что автономия правового корпуса является академическим понятием, когда существует только лишь одна юрисдикция, один суд, который принима-

ет решения, касающиеся всех типов дел благодаря общим правилам, существующим в судопроизводстве: единство юрисдикции является своего рода носителем единства права. Если бы никто не создал административный суд, смог бы обычный суд придумать специальное публичное право, отличное от частного? Мы можем в этом сомневаться. С другой стороны, если мы анализируем настоящее и оставляем без внимания прошлое, существование специальных юрисдикций оправдано в современном, рациональном, эффективном правовом государстве только в том случае, если они разрешают специальные споры на основании специальных норм. Таким образом, многообразие судов узаконивает юридическое многообразие. В юридических системах, практикующих судебный дуализм, последний заменяет разделение правовых норм; существование двух разных судов облегчает и способствует применению двух совершенно разных юридических миров. С технической точки зрения компетенция судов официально и формально связана с правовым дуализмом, который они применяют и благодаря которому они подтверждают причинную связь между ними: это называется правилом сцепления между компетенцией и сутью, связанной с корреляцией между компетентным судом и применяемым правом.

## ФОРМЫ

Правовой дуализм получил такую значимость во французском праве благодаря тому, что он стал принимать участие в государственной деятельности, в том числе и административной.

Долгое время французское право было основано на независимости административного права, которое охватывало всю систему различных областей публичного права. Существование административного права является иллюстрацией правового дуализма: независимо от конституционного права, международного публичного права, финансового права никто не может игнорировать разницу между частным и административным правом, у которого совершенно другие правила, отличающиеся от тех, которые представлены в Гражданском

<sup>3</sup> De l'esprit des lois, Livre XXVI, chap. XVI.

кодексе. Административные нормы являются доказательством неизбежности правового дуализма там, где административные решения представляют собой как бы визитную карточку деятельности государства, находящегося в постоянном движении, принимающего решения, связанные с юридическими актами, заключающего контракты, наносящего убытки отдельным гражданам. Все эти факторы могли бы привести к мысли о применении частного права. Но такая позиция идет вразрез с Решением от 8 февраля 1873 г., принятым Трибуналом по конфликтам, ставшим неким фундаментом французского административного права. В нем Трибунал по конфликтам решил, что Гражданский кодекс и по аналогии с ним вся правовая система частного права не могут быть применимы в отношениях между администрацией и гражданами, так как такой тип отношений требует «применения специальных правил, которые меняются в зависимости от потребностей административного сервиса и необходимости согласовать между собой права государства и частные права»<sup>4</sup>.

Шарль Эйзенман пытался опротестовать мифический характер этой так называемой полной автономии административного права<sup>5</sup>. Рассматривая позитивное право, он выделил три неоспоримых момента, заставляя признать каждого непредвзятого обозревателя следующее: администрация иногда управляется частным правом, если она не занимается государственными органами, а управляет частными, негосударственными; частное право иногда присутствует при работе административных органов также благодаря контрактам частного права или благодаря тому, что подобные сервисы могут находиться под управлением частных лиц при внутреннем управлении или управлении персоналом; также существуют государственные органы, полностью управляемые по методам частного права. Речь идет об индустриальных и о коммерческих государственных органах. Все эти данные подтверждают теорию, по которой администрация управляется

то административным, то частным правом, в зависимости от правил распределения и независимо от исторического периода и предложенных теорий, что создает две области одинаковой важности, не подлежащие сравнению.

Сомневается ли французская доктрина публичного права, идущая по следам Шарля Эйзенмана, в правильности идеи автономии, чтобы представить общие черты административного права? Она предпочитает идею дуализма. Это выражение больше не обозначает просто разделения французского права на две большие разъединенные части; доктрина особо выделяет саму двойную структуру административного права. Она объясняет, что правовой режим, применяемый к администрации, является правовым корпусом, состоящим из двух равных совокупностей правовых норм: с одной стороны, особые, независимые правовые нормы (административное право в узком смысле); с другой стороны, частное право (административное право в широком смысле, или, по известному выражению, право администрации). Следует отметить, что судебный дуализм включает в себя более тонкое содержание: линия, разделяющая публичное и частное право, не проходит больше между публичным пространством и частной сферой; она находится в центре самих административной деятельности — между той, которая выражает государственную власть, и той, которая является визитной карточкой самой администрации, но ведет себя не как государственный орган, а как частное лицо.

Необходимо напомнить, опираясь на сравнительное право, как французские юристы смогли юридически разграничить эти два понятия.

Первая известная модель предлагала разграничить понятия власти и управления. Эта модель XIX в. предложена двумя государственными советниками: вначале Леоном Ококом и затем Эдуардом Лаферьером, которые опирались на университетские доктрины Леона Мишуда и Генри Бертелемея<sup>6</sup>. Это разграничение основывалось на либеральной идее двой-

<sup>4</sup> T. confl., 8 févr. 1873, Blanco: Rec. CE 1873, 1er suppl., p. 61, concl. David; D. 1873, III, p. 20, concl.; S. 1873, III, p. 153, concl.

<sup>5</sup> Eisenmann C. Cours de droit administrative. LGDJ, 1982, rééd. 2013. T. I. P. 527—763 ; L'autonomie du droit administratif: un dogme faux // Perspectives del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX. Madrid : Homenaje a Enrique Sayagues-Laso, 1969. T. IV. P. 417 ; Ecrits de droit administrative. Dalloz, 2013. P. 452.

<sup>6</sup> Berthélémy H. Défenses de quelques vieux principes. Mém. Maurice Hauriou, Sirey, 1929. P. 811. См. также: Grivellé P. De la distinction des actes d'autorité et de gestion. Thèse Paris, Pedone, 1901.

ной правосубъектности государства, некой внутренней шизофрении государства, где оно одновременно является гражданским лицом и государственной властью. При таком различии совершенно неважно, кто является автором административного акта и что является целью всеобщего интереса, которая преследуется государственным органом; единственное, что принимается во внимание, это сущность административной деятельности. Таким образом, от двух явлений мы приходим к одному: либо администрация находится в ситуации, когда она является самой властью, так как законы и регламенты определили ей командную и управляющую позицию, воплощая ее в суверенитет и в государственную власть; в этом случае административная деятельность подчинена публичному праву и относится к компетенции административного суда; либо администрация является гражданским лицом и находится в ситуации управления (предприятием), так как законы и регламенты позволяют ей пользоваться своими правами, защищать свои интересы, управлять своей собственностью, отвечать за свои действия, выполнять свои финансовые обязательства как любое гражданское лицо, учитывая, что любая деятельность должна быть направлена на удовлетворение коллективных интересов и регламентирована частным правом. Это различие применяется при определении правового статуса инфрагосударственных административно-территориальных образований, контрактов публичного характера или государственной ответственности, хотя бы до того момента, пока специальный закон не изменит ситуацию и не предоставит ситуацию управления на рассмотрение административного суда (послереволюционный Закон от 28 плювиоза восьмого года, касающийся рынка публичных работ, и Декрет от 11 июня 1806 г. о поставках для государства), административное право было связано только с ситуациями государственной власти.

Морису Орю первому пришла идея по-другому провести границу между частным и публичным правом в административной деятельности. В научном труде, появившемся в 1899 г., он первый показал, что власть и управление связаны между собой; управление де-

ятельностью, связанной с предоставлением услуг, предполагает такие решение, как отдача приказов, поэтому различие не имеет под собой основы. Необходимо защищать позицию о том, что споры, связанные с управлением государственными учреждениями, относятся к компетенции административного суда так же, как и административные решения, по причине «сотруднического предприятия», не принадлежащего ни к какой другой форме частной ассоциации. При этом данное предприятие управляет административной деятельностью между самой администрацией и гражданами, которые с ним сотрудничают.

Параллельно, благодаря целым сериям административных решений начала XX в., Государственный совет отбросил идею о разделении понятий власти и управления. Совет признал, что любая административная операция или любой административный акт, имеющие своей целью удовлетворение потребностей государственного учреждения и связанные с государственной властью, находятся под контролем административного права, если только административная власть не пожелала бы «стать гражданской» и не потребовала бы те же условия, что имеются у частного лица для подчинения частному праву и обычному суду<sup>7</sup>.

Обращая внимание на преследуемые цели и используемые средства, французские юристы считают, что административное право в узком смысле — это право, включающее в себя особые правила и отступления от частного права, которое применяется только к государственному управлению административных органов, связанных с деятельностью государственной власти. Остальное же (негосударственные учреждения, индустриальные и коммерческие государственные предприятия, частное управление государственных административных учреждений) подчиняется частному праву.

## АЛЬТЕРНАТИВЫ?

Несмотря на то что правовой дуализм, применяемый к администрации, прочно закрепился во французском праве (как в мента-

<sup>7</sup> Об этом новом определении критериев разграничения административного права в начале XX века см.: Bigot G. Introduction historique au droit administratif depuis 1789. PUF, 2002. P. 225 et s. (Coll. «Droit fondamental»).



литете судей, так и в доктрине), необходимо обратить внимание на голоса некоторых диссидентов.

С одной стороны, является ли частное право, применяемое к администрации, на самом деле полностью частным, таким же, какое применяется при юридических отношениях частного характера? У некоторых юристов это вызывает сомнение. Ведь какое бы право ни применялось, административное действие всегда полностью ориентировано на удовлетворение общего интереса: не существует частного административного интереса. Даже когда администрация занята в частной сфере, она все же не руководит этой сферой как обычный владелец предприятия. Применяемый юридический режим не исключает возможности закрепления в административных контрактах особых условий, выходящих за пределы обычных контрактов, например при договоре об аренде помещения или о применении особых правил, касающихся государственной собственности, не подлежащей конфискации и продаже за бесценок<sup>8</sup>. Если обычный суд привычно применяет общий режим гражданских и коммерческих обязательств к частным контрактам администрации, суд должен учитывать особые правила и формы, применяемые к контрактам, которые заключает администрация. Обычный суд должен также принимать во внимание саму сущность этих правил, например необходимо знать, что в некоторых областях нельзя заключать контракты (полиция, налоговая служба и т.д.)<sup>9</sup>. Соглашение, заключенное государственным органом, должно учитывать правовые нормы, по которым администрация не должна совершать безвозмездные сделки; неважно, идет ли речь о частном или административном праве. Как же можно квалифицировать это правило? Из-за указания, что это правило относится к контракту частного права

администрации и что оно санкционируется обычным судом, нужно ли здесь видеть «правило частного права»? Но в этом выражении мало смысла. Также когда государственный орган управляет индустриальным и коммерческим публичным сервисом, неверным будет утверждение, что «он относится к частному праву»: сама сущность государственного органа требует применения особых правил, связанных с организацией и функционированием государственного органа; применения процедурных правил и правил, связанных с компетенцией (основное публичное или институциональное право). При управлении таким сервисом нельзя исключать применение публичного права, идет ли речь о регламентах самого сервиса или о реализации общественных работ. В общем, режим экономической деятельности государственной власти является объектом некоей коммерческой лестницы<sup>10</sup>; частное право (право конкуренции, право потребителей), которое применяется к этой власти, может видоизменяться до такой степени, что французская доктрина единогласно назвала его настоящим «публичным правом конкуренции»<sup>11</sup>. Не стоит ли после этого отбросить идеи о двух юридических правилах, двух юридических блоках, когда речь идет об административной деятельности, и вернуться к одному выражению «административное право»? Необходимо уточнить, что между общим правилом частного и публичного права существует целая лестница правил, применимых к администрации, между которыми можно незаметно «пройти» и интенсивность которых изменяется в зависимости от юридических ситуаций. Но все эти правила, независимо от степени их специализации по отношению к частному праву, будут сгруппированы под общим названием «административное право», что является синонимом права администрации<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> См.: *Auby J.-M.* Contribution à l'étude du domaine privé de l'administratio. EDCE, 1958. P. 35 ; *Chouquet M.* Le domaine privé des personnes publiques. Contribution à l'étude du droit des biens publics. Thèse Bordeaux IV, 2013 ; *Lemercier C.* La part du droit administratif dans la gestion du domaine privé de l'Etat. Thèse Paris II, 1988.

<sup>9</sup> *Martin J.* Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées. Contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire // A propos des contrats des personnes publiques. Mél. en l'honneur du Professeur Laurent Richer. LGDJ, 2013. P. 167 ; *Ubaud-Bergeron M.* Le juge judiciaire et la «commande publique». RFDA, 2013. P. 531.

<sup>10</sup> *Eckert G.* Droit administratif et commercialité. Thèse Strasbourg III, 1994.

<sup>11</sup> *Nicinski S.* Droit public de la concurrence. LGDJ, 2005. (Coll. «Systèmes»).

<sup>12</sup> *Eckert G.* Droit administratif et droit privé // *Gonod P., Melleray F., Yolka Ph.* (dir.). Traité de droit administrative. Dalloz, 2011. T. I. P. 636 et s.

С другой стороны, Жан-Жак Бьенвеню предложил во время конференции «Административная структура Франции» (Париж, 2011 г.) объединить эту структуру с международным частным правом, чтобы рассмотреть с разных сторон право, применяемое к администрации<sup>13</sup>. Вместо того чтобы говорить о двух разъединенных структурах: с одной стороны, о частном праве, с другой — об административном праве, применяемых к администрации целым блоком и без нюансов, почему бы не использовать микроюридический подход? Международное частное право богато своими наставлениями: в XIX в., после того, как мы были заперты в строгие системы решения конфликтов между законами (принимающими во внимание либо личность, либо территорию), появилась революционная идея Савиньи, который предложил установить правила конфликта по природе и контексту юридических отношений: «определить для каждого правового отношения наиболее подходящую по своей природе область права, приложенную только к этому отношению». Международное частное право учит, что мы не можем приме-

нять слишком строгую и безоговорочную точку зрения, касающуюся корреляции между компетенцией суда и правом, которое должно применяться; нужно, наоборот, иметь больше гибкости для принятия наиболее подходящего судебного решения. Метод Савиньи для решения конфликтов между законами дарит юристу настоящий компас, что позволяет доктрине не тратить время на поиски твердо установленных концепций для применения совершенно разных юридических режимов. Мы можем также попытаться объяснить функционирование французской юридической системы в области административного права с помощью этой теории, отдельно рассматривая каждую ситуацию для того, чтобы выбрать наиболее подходящую правовую норму для ее применения в самых что ни на есть оригинальных отношениях между администрацией и гражданами, говоря о своеобразии целей и оригинальности используемых средств. Может, у нас и получится отойти от слишком застывшего представления о французском правовом дуализме.

*Перевод Елены Жербо*

<sup>13</sup> *Bienvenu J.-J., Petit J., Plessix B., Seiller B. (dir.). La Constitution administrative de la France. Dalloz, 2012. P. 46–47, 387. (Coll. «Thèmes et commentaires»).*

М. Дэгерг\*

## ОТВЕТСТВЕННОСТЬ БЕЗ ВИНЫ И СОЦИАЛИЗАЦИЯ РИСКОВ ВО ФРАНЦУЗСКОМ ПРАВЕ

Право административной ответственности является преторианским созданием административного суда с 1873 г.<sup>1</sup> Его постоянное развитие привело к тому, что любой ущерб, нанесенный органом государственной власти, обязывает компенсировать этот ущерб<sup>2</sup>, независимо от наличия или отсутствия вины органа государственной власти и самого ущерба, который может быть как материальным, так и моральным. Распространение административной ответственности объясняется двумя общими причинами: с одной стороны, разнообразием функций органов публичной власти, которая при принятии решения может нанести ущерб различного вида; с другой стороны, внедрением принципа административной ответственности в концепцию государственной службы. Эта концепция объясняет наличие режима административной ответственности, отличающейся от гражданской ответственности (ст. 1382 Гражданского кодекса Франции), которая, в свою очередь, рассматривается общим судом (судом, который не является административным). К этим историческим объяснениям можно добавить и современное объяснение<sup>3</sup>, утверждающее, что право на компенсацию имущества является субъективным правом человека, выражающимся в возможности не только полной компенсации ущерба, но и компенсации потери шанса.

Административный суд создал специальные правила, применяемые в отношении администрации и обычных граждан. Начиная с 1873 г. ответственность государства и других юридических лиц публичного права не могла быть общей и абсолютной, она должна была учитывать различные интересы. Тем не менее административная ответственность претерпела некоторые изменения и сегодня считается общей и почти абсолютной, так как сферы, не находящиеся под влиянием государства, практически исчезли (исключая сферу военных операций, относящуюся к внешним отношениям Франции)<sup>4</sup>.

Речь идет об ответственности без вины, включающей в себя специальные правила, созданные самим административным судом и не находящие эквивалента в гражданском праве. Право ответственности без вины было долгое время стабильным. Создаваемая административным судом с 1895 по 1970 гг., эта ответственность была уточнена доктриной, которая развила специальные юридические категории и позволила различить два вида ответственности без вины: ответственности из-за риска и ответственности из-за отсутствия равенства граждан перед государственными обязательствами<sup>5</sup>. В этом смысле понятие «социализация риска», введенное Саватье<sup>6</sup> и означающее, что финансовые обязательства ор-

<sup>1</sup> TC, 8 février 1873, Blanco, D. 1873, 20, concl. David ; GAJA № 1.

<sup>2</sup> См. систематизацию этой эволюции: *Truchet D. Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer. A propos et autour de la responsabilité hospitalière.* RDSS, 1993. P. 1.

<sup>3</sup> Об этой тенденции см.: Deguergue M. *Réparation*, Dictionnaire des droits de l'homme / dir J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, JP Marguénaud, S. Rials, F. Sudre. PUF, 2008. P. 843.

<sup>4</sup> Пример недавнего судебного решения: CE, 23 juillet 2010, Société Touax, AJDA, 2010. P. 2269, note H. Belrhali-Bernard.

<sup>5</sup> Например: *Frier P., Petit J. Droit administrative.* 8ème éd. LGDJ, 2013. P. 574–589.

<sup>6</sup> *Savatier R. Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels.* D., 1931. Chr., p. 9.

гана государственной власти при риске должен взять на себя весь социальный корпус, может объяснить, откуда появилось понятие ответственности без вины<sup>7</sup>. Таким образом, все обязательства органов государственной власти во имя общих интересов, приводящие к некоторым необоснованным неудобствам для одного гражданина, компенсируются государством по принципу равенства граждан перед государственными обязательствами. Этот принцип относится к числу конституционных<sup>8</sup>.

Появляется все больше и больше гипотез ответственности без вины, созданных доктриной. Их стало достаточно трудно систематизировать. Различные влияния на это понятие привели к тому, что административный суд специально выделил все случаи ответственности без вины, которые не совпадают с классическими категориями XIX и XX вв. Следует также отметить влияние европейского и, как это ни странно, гражданского права, которые смешали понятия социализации рисков и принципа равенства граждан перед государственными обязательствами. Административный суд признал превосходство международных договоров и европейского права над французскими законами с 1989 г. и принял их во внимание при принятии решений. При этом административный суд перестал учитывать юриспруденцию, конкурирующую с гражданским правом, и использовал концепцию гражданской ответственности с учетом особенностей правил административной ответственности.

Это, возможно, является одной из причин, по которым административный суд не уточняет режим ответственности (ответственность

по вине и ответственность без вины), применяемый в так называемых промежуточных ситуациях. Французское законодательство несколько затуманило понятие ответственности без вины, прибавив законодательные режимы ответственности, основанные скорее на идее национальной солидарности по отношению к пострадавшим<sup>9</sup>, чем на социализации рисков. Впрочем, сегодня риски наносят ущерба меньше, чем в XIX в.; государственная власть пытается их избежать, принимая специальные меры предосторожности.

Исторически ответственность без вины построена на идее социализации рисков, но с годами эта идея отошла на второй план. Даже если «архипелаг записанных решений больше не может позволить принять во внимание широкие отклонения»<sup>10</sup>, мы попытаемся их представить в кратком виде, чтобы показать эволюцию всего этого процесса.

### ИСТОРИЧЕСКОЕ ПРИСОЕДИНЕНИЕ ОТВЕТСТВЕННОСТИ БЕЗ ВИНЫ К СОЦИАЛИЗАЦИИ РИСКОВ

Выражение «социализация рисков» принадлежит Рене Саватье, который употребил его в 1931 г. Он использовал его для того, чтобы показать эволюцию гражданской ответственности физических лиц<sup>11</sup>. Две идеи ему показались главными в эволюции этой эпохи. Первая идея заключается в том, что любой ущерб, нанесенный гражданину, должен быть компенсирован; вторая — в том, что весь социальный корпус является ответственным за исполнение

<sup>7</sup> Данный выбор связан с докладом Государственного совета *Responsabilité et socialisation du risque* (La Documentation Française, EDCE, 2005, № 56), этот доклад показывает необходимость «разумной социализации» (p. 321 et s.).

<sup>8</sup> Статья 13 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. гласит: «Для поддержания государственной власти и для административных расходов необходимо общее налогообложение, оно должно быть распределено между всеми гражданами в зависимости от их возможностей». Значение этой статьи было сопоставлено решением № 89-254 от 4 июля 1989 г. с законом о способах приватизации от 5 июля 1989 г., где Конституционный Суд затрагивает «основу конституционного принципа равенства граждан перед государственными обязательствами» для того, чтобы пострадавшие от приватизации смогли привлечь к ответственности государство на основании этого закона.

<sup>9</sup> По этому вопросу, не затронутому в данной статье, см.: *Frank A. Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*. L'Harmattan, 2008.

<sup>10</sup> Это мнение принадлежит: *Moreau J. La responsabilité administrative // Traité de droit administratif / (dir) P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka. Dalloz, 2011. Т. 2. P. 632, 670.*

<sup>11</sup> *Savatier R. Op. Cit. P. 9 ; Mignon M. La socialisation du risqué. D., 1947. Chr., p. 37 ; Idem. La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative. D., 1950. Chr., p. 53.*

указанной компенсации. В этот период эволюция касалась административной, но не гражданской ответственности, так как обычный суд быстро отказался от концепции рисков. Административный же суд, наоборот, расширил область, относящуюся к концепции ответственности без вины, основываясь на концепции рисков (т.е. опасности, созданной органами государственной власти) или на существовании обязанностей, названных «риском с выгодой», так как орган государственной власти получил выгоду от данного риска, но при этом отдельно взятый гражданин стал испытывать неудобства во имя общего интереса. В этом заключается идея равенства перед обязательствами, которые должны быть справедливо распределены между всеми гражданами. На этой основе была создана ответственность без вины.

### **1.1. Социализация так называемых рисков опасности**

Административный суд сначала признал ответственность государства, связанную с риском использования различных машин<sup>12</sup>. Риск, понимаемый как опасность, считался риском с выгодой (например, рабочий ранил руку о металл, разорвавшийся при его распиле). Государство, являющееся работодателем, получает выгоду от этого риска, поэтому оно должно взять на себя ответственность по возмещению убытков. В этом понятии присутствует концепция равенства, так как рабочий должен получить компенсацию.

После вступления в силу законодательства о повреждениях на предприятии в 1898 г. административный суд отнес к этой категории добровольных и временных рабочих государственных служб, которые получили ущерб во время работы<sup>13</sup>. Ответственность без вины государства стала применяться и из-за опасной продукции, используемой во имя общих интересов и создающей риск взрыва на военной базе<sup>14</sup>. Сюда же относятся риски несчастного

случая при использовании полицией огнестрельного оружия во время погони за преступниками<sup>15</sup>. Политика по оздоровлению или политика, касающаяся заключения под стражу, также были признаны источником ответственности без вины государства, если они создавали риски для граждан при условном выходе на свободу преступников<sup>16</sup> и пациентов с психическими отклонениями.

Наконец, административный суд признал терапевтический риск, при котором госпитализированный подвергается малоизученному риску при использовании новой или классической терапии, побочные эффекты которой являются скорее исключением<sup>17</sup>. Закон от 4 марта 2002 г. о правах больных и качестве системы здравоохранения признал терапевтический риск основанием для привлечения больницы к ответственности без вины, так как обычный суд отказывался признать, что существование такого риска обуславливает ответственность врачей, работающих в частных клиниках. Данный закон предусматривает компенсацию ущерба, нанесенного во время лечения, при определенных условиях, схожих с теми, которые принимаются во внимание административным судом при терапевтическом риске. Ущерб должен компенсироваться так называемой национальной солидарностью. Уже позднее административный суд признал ответственность без вины больниц при нанесении ущерба из-за использования дефектного материала при лечении больных<sup>18</sup>.

Все убытки, понесенные при различных рисках, компенсируются. При этом пострадавшему не нужно доказывать, что администрация допустила ошибку. Компенсация производится автоматически и оценивается в зависимости от уровня ущерба, телесные повреждения всегда оцениваются как достаточно тяжелые. Во всех случаях, где под риском понимается опасность, приводящая к несчастному случаю, мы негодуем, даже если пострадавший получил повреждения случайно, и именно это объясняет ответственность без вины государственных органов.

<sup>12</sup> CE, 21 juin 1895, Cames, D. 1896, 3, 65, concl. Romieu.

<sup>13</sup> CE, Ass., 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-Plaine, Rec. Lebon, p. 279.

<sup>14</sup> CE, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, RDP 1919, p. 239, concl. Corneille, note Jèze ; S. 1918—1919, 3, 25, note M. Hauriou.

<sup>15</sup> CE, Ass., 24 juin 1949, Consorts Lecomte, S. 1949, 3, 61, concl. Barbet.

<sup>16</sup> CE, Ass., 24 juin 1949, Consorts Lecomte, S. 1949, 3, 61, concl. Barbet.

<sup>17</sup> CE, Ass., 9 avril 1993, Bianchi, RFDA 1993, p. 573, concl. Daël ; AJDA, 1993, p. 344, chr. C. Maugué et L. Touvet

<sup>18</sup> CE, 9 juillet 2003, APHP c/ Marzouk, AJDA, 2003, p. 1946, note M. Deguerge..

Таким образом, речь идет об «ответственности»<sup>19</sup>, государственный бюджет учитывает такого рода компенсацию. Здесь мы находим две идеи социализации риска: каждый случайно нанесенный ущерб должен быть компенсирован и должником этой компенсации является социальный корпус. Эволюция этой системы привела к исчезновению первой идеи и сохранению второй.

### 1.2. Эволюция, приводящая к социализации обязательств по ошибке

Ответственность без вины государства из-за созданных им обязательств во имя общих интересов появилась в XIX в. при спорах из-за ущерба, причиненного публичными работами. Данные споры можно назвать лабораторией всей административной ответственности<sup>20</sup>. Эти особые тяжбы не включают в себя риски, подразумевающие опасность, так как сам ущерб является в некотором смысле постоянным последствием, например при определенной общественной деятельности (так называемый постоянный ущерб) или при повреждениях, полученных в результате плохого указателя ремонтных работ (так называемый аварийный ущерб). Лишь только ущерб, полученный в результате общественных работ, возмещается без наличия самой вины в случае, когда он превышает обычные неудобства. Эти неудобства схожи с теми, которые встречаются в практике гражданского права. К ним можно отнести потерю привычного вида из окна, затемнение здания, звуковые и эстетические неудобства. В этом случае администрация, ответственная за эти неудобства, должна возместить ущерб на основании своей общественной деятельности, иногда мешающей соседним заведениям.

Государственный орган должен возместить ущерб в денежном эквиваленте.

Доктрина выделила принцип равенства граждан перед государственными обязательствами как основу ответственности без вины государства из-за постоянных убытков, связанных с ремонтными работами<sup>21</sup>. Этот принцип использовался и в других случаях, при которых администрация наносила ущерб своим гражданам, конкретизируя тем самым прекращение равенства граждан перед государственными обязательствами. Чтобы не нарушать это равенство, администрация компенсировала ущерб из-за неудобства, причиненного одному гражданину. Это могло происходить, например, в ситуации, когда администрация отказывалась исполнять определенные решения суда во имя общего интереса. Мотив, связанный с общим интересом, являлся абсолютно легальным, само решение тоже являлось легальным, так как государство должно заботиться о социальном спокойствии. Итак, государство должно компенсировать убыток, даже если у него нет вины, при отказе исполнить решение суда в пользу одного гражданина<sup>22</sup>.

По аналогии с этим рассуждением административный суд также принял во внимание ответственность без вины государства из-за законов<sup>23</sup>, регламентов<sup>24</sup> и договоров<sup>25</sup>, когда они являются причиной особого ущерба, нанесенного гражданину. Принцип равенства перед государственными обязательствами стал условием определения ответственности без вины государственных органов, начиная с момента, когда прекращение этого равенства может быть определено самим гражданином из-за вполне легального акта органов государственной власти или даже отсутствия (что реже) этого легального акта<sup>26</sup>. Идея заключается в том,

<sup>19</sup> *Schnerb J-M.* Une jurisprudence d'équité du Conseil d'Etat : le risque administratif, thèse, Strasbourg, 1946 ; *Gilli J-P.* La responsabilité d'équité de la puissance publique. D., 1971. Chr., p. 373.

<sup>20</sup> *Moreau J.* La responsabilité administrative, QSJ № 2292, PUF, 1991.

<sup>21</sup> *Teissier G.* La responsabilité de la puissance publique. Dupont, 1906 (réédition La Mémoire du Droit-IEDP, 2009). CE, 30 novembre 1923, Couitéas, RDP 1924, p. 75 et 208, concl. Rivet, note Jèze.

<sup>22</sup> CE, 14 janvier 1938, Société La Fleurette, RDP 1938, p. 87, concl. Roujou, note Jèze.

<sup>23</sup> CE, S., 22 février 1963, Commune de Gavarnie, Rec. Lebon, p. 113.

<sup>24</sup> CE, Ass., 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radioélectrique, RDP 1966, p. 774, concl. M. Bernard, p. 955, note M. Waline ; AJDA, 1966, p. 350, chr. Puissochet et Lecat. Pour une application récente, CE, 11 février 2011, Susilawati, AJDA, 2011, p. 906, note H. Belrhali-Bernard ; RFDA 2011, p. 573, concl. R. Cyril-Lacan.

<sup>25</sup> Пример привлечения к ответственности государства из-за отсутствия в государственных учреждениях специальных входов для инвалидов см.: CE, Ass., 22 octobre 2010, Mme Bleitrach, AJDA, 2010, p. 2207, chr. Botteghi et Lallet.

что государство не может пожертвовать, не принося компенсации, частными интересами во имя общего интереса, ради которого и принят данный акт.

Ответственность из-за прекращения равенства перед государственными обязательствами применяется довольно ограниченно — как из-за тяжести самого ущерба, так и из-за самих условий, так как регламент или закон создаются во имя общего интереса, поэтому они редко причиняют неудобство одному или определенной группе лиц. Поэтому можно сказать, что ответственность государства из-за принятия новых законов была «витриной» или «продукцией люкс» (Р. Шапю), которую суд использовал редко, потому что он часто пытался интерпретировать желание законодателя, чтобы отказать в праве на компенсацию. Конкретнее это выражалось в том, что молчание законодателя, касающееся вопроса о компенсации, считалось отсутствием основания для привлечения к ответственности государства, несмотря на решение «Общество La Fleurette». Лишь совсем недавно административный суд дал точную интерпретацию желаниям законодателя и отметил, что его молчание не означает, что он против компенсации пострадавших при определенных условиях. Суд также смягчил свою позицию, приняв во внимание, что на компенсацию имеют право только сами пострадавшие, а не третьи лица<sup>27</sup>, добавив, что молчание законодателя вовсе не означает отказ в компенсации, эта компенсация вытекает из самого понятия ответственности без вины государства<sup>28</sup>.

Обычно принятие законного акта не создает риска в прямом смысле этого слова, поэтому идея социализации риска не очень часто употреблялась для объяснения ответственности без вины. Эту идею вытеснил принцип равенства граждан перед государственными обязательствами, который появился одновременно как некая основа всей административной ответственности и как условие к привлечению ответственности без вины. В эпоху, когда Государственный совет констатировал, что социа-

лизация рисков «необходима в определенных ситуациях, таких как высокий уровень риска или непредвиденный риск», но она «не может рассматриваться как волшебная пилюля от всех болезней», идея социализации риска уже отстала от других концепций, развивающих, в свою очередь, понятие ответственности без вины.

## ОТГРАНИЧЕНИЕ ПОНЯТИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ БЕЗ ВИНЫ ОТ ПОНЯТИЯ СОЦИАЛИЗАЦИИ РИСКА

Сегодня социализация рисков является менее актуальной, когда речь идет о новых гипотезах ответственности без вины, узаконенных судом под влиянием европейского права и судебной практики. В то же время надо иметь в виду, что административный суд — не единственный орган, признающий гипотезы ответственности без вины: законодательство, в отличие от судебной практики, считает законным использование государственных доходов для возмещения серьезного ущерба, касающегося одновременно многих граждан (так называемый серийный ущерб). Эти механизмы являются республиканскими требованиями, которые заставляют законодательство обратиться к национальной солидарности при возмещении убытков (ч. 12 Преамбулы Конституции 1946 г.: «Нация провозглашает солидарность и равенство всех французов перед расходами, вызванными катастрофами национального масштаба»).

### 2.1. Внешние влияния на новые гипотезы ответственности без вины.

#### *На административное судопроизводство влияют европейское и частное право*

Что касается европейского права, Совет Европы признает после судебного решения от 8 февраля 2007 г.<sup>29</sup> ответственность государства при возмещении ущерба из-за последствий принятия антиконвенционного закона, т.е. закона, не принявшего во внимание меж-

<sup>27</sup> CE, S., 30 juillet 20003, ADARC, RFDA 2004, p. 114, concl. Lamy, note Bon et p. 156, note D. Pouyaud ; AJDA, 2003, p. 1815, chr. Donnat et Casas.

<sup>28</sup> CE, 2 novembre 2005, Société coopérative agricole Ax'ion, RFDA 2006, p. 349, concl. Guyomar, note Guettrier ; AJDA, 2006, p. 142, chr. Landais et Lenica.

<sup>29</sup> CE, Ass., 8 février 2007, Gardedieu, RFDA 2007, p. 361, concl. Derepas, p. 525, note D. Pouyaud ; AJDA, 2007, p. 585, chr. Lenica et Boucher.

дународные обязательства Франции. Законодательство должно признать, «что государство не приняло во внимание международные конвенции».

Признание ответственности государства при принятии антиконвенционного закона, хотя и запоздалое, имеет особое значение по двум причинам. Во-первых, несоблюдение международных обязательств не вменяется в вину Франции административным судом, несмотря на то что невыполнение любого существующего обязательства традиционно считается нарушением законодательства. Во-вторых, судебное решение 2007 г. изначально не акцентировало внимание на ответственности без вины, даже если оно и выделило эту ответственность государства, связанную с антиконвенционными законами, несмотря на то что традиционно выделяют просто ответственность без самой вины<sup>30</sup>. Данное судебное решение уточняет, что такой тип ответственности предполагает возмещение ущерба именно при принятии антиконвенционного закона, а не просто при нанесении какого-либо специального ущерба, связанного с административной ответственностью, уже рассмотренной выше.

Новшество заключается в том, что Государственный совет не применяет это решение ни к одному из традиционных режимов, связанных с ответственностью государства: ни к ответственности из-за вины, ни к ответственности без вины из-за нарушения равенства перед государственными обязательствами. Правительственный уполномоченный (или Комиссар правительства) видит в этом новом типе ответственности объективность, связанную с фактами, неквалифицированными судом, чтобы не затмевать само законодательство. Судебное решение 2007 г. признает два типа ответственности государства, связанных с принятием обычных и антиконституционных законов.

Сомнения в признании нового типа ответственности без вины возникают из-за влияния гражданского права (так называемого храни-

теля, защитника третьих лиц). Административное судопроизводство вышло за пределы ответственности специальных рисков, которым подвергаются так называемые жертвы — третьи лица из-за несовершеннолетних правонарушителей. Такие же методы применяются к несовершеннолетним правонарушителям и к несовершеннолетним гражданам, не являющимися правонарушителями, но находящимся под специальной охраной судебного ведомства с определенным ограничением свободы. Эти методы не привлекают администрацию к ответственности из-за рисков, связанных с возможностью совершения преступления несовершеннолетними, находящимися под такой охраной. Чтобы обеспечить равенство между жертвами несовершеннолетних (не важно, являются ли несовершеннолетние правонарушителями), административный суд отныне применяет теорию сохранения, используемую в гражданском праве<sup>31</sup>. Тем не менее жертвы несовершеннолетних правонарушителей имеют право выбрать юридическую базу для возмещения убытков либо на основании специального риска, созданного для третьих лиц, либо на основе теории сохранения<sup>32</sup>. Последняя приводит к ответственности без вины государственного органа, «организовавшего и контролирующего жизнь несовершеннолетнего» в момент нанесения им ущерба. Таким образом, ответственность без вины включает теперь в себя «три ветви вместо двух» с присмотром за гражданами, составляющие некое «независимое звено» ответственности без вины государственных служащих<sup>33</sup>.

Интересно отметить, что административный суд удивляет своей собственной смелостью, когда расширяет границы административной ответственности без вины, так как он признает, что жертвы несовершеннолетнего правонарушителя, являющиеся третьими лицами, сохраняют право выбора между специальным риском и ответственностью без вины государственных органов. Последняя возможность не

<sup>30</sup> Sur cette particularité, voir la Tribune de P. Cassia, AJDA, 2007, p. 1097.

<sup>31</sup> CE, S., 11 février 2005, GIE Axa Courtage, RFDA 2005, p. 594, concl. Devys, note Bon ; AJDA, 2005, p. 663, chr. Landais et Lenica.

<sup>32</sup> CE, S., 1er février 2006, Ministre de la Justice c/ MAIF, RFDA 2006,, p. 602, concl. Guyomar, note Bon ; AJDA, 2006, p. 586, chr. Landais et Lenica ; CE, 17 mars 2010, Garde des Sceaux c/ MAIF, AJDA, 2010, p. 1209, concl. R. Cyril-Lacan.

<sup>33</sup> Melleray F. Les arrêts GIE Axa Courtage et Gardedieu remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques? // Mélanges Yves Jegouzo. Terres du droit. Dalloz, 2009. P. 489.



делает различий между жертвами, являющимися третьими лицами, и обычными клиентами государственных судебных учреждений, если все они являются жертвами вымогательства одного из сотрудников. Когда же мы говорим о специальных рисках, созданных только для защиты третьих лиц, то мы учитываем, что нельзя привлечь к ответственности, когда речь идет о защите клиентов, а не третьих лиц, так как они не находятся в одинаковых ситуациях<sup>34</sup>. Таким образом, эта заимствованная из частного права теория не является такой уж простой, как это может показаться на первый взгляд.

Смысл данного заимствования гораздо важнее простого создания теории ответственности без вины государственных служащих и отсутствия различий между клиентами государственных органов и жертвами, являющимися третьими лицами. Смыслом этого заимствования являются автономия и специализация правил административной ответственности, установленные в упоминавшемся судебном решении. Это заимствование как бы возрождает таким образом данную ответственность. Социализация рисков предоставляет право на равенство перед государственными обязательствами, право на национальную солидарность, над которыми доминирует правовая безопасность.

## **2.2. Вмешательство законодателя на основании национальной солидарности**

Закон от 4 марта 2002 г. о правах пациентов и качестве системы здравоохранения положил конец разногласиям между обычными судебными и административными решениями<sup>35</sup>. Первые касаются возмещения ущерба родителям, у которых ребенок родился инвалидом, при этом инвалидность не была выявлена врачами до рождения. Административные же решения касаются терапевтических рисков.

Что касается рождения ребенка с инвалидностью, обычные суды признали законным возмещение любого типа ущерба, касающегося данной ситуации: ущерба для ребенка

и ущерба для родителей, как нравственного, так и материального, из-за особых расходов в течение всей жизни, связанных с данной инвалидностью<sup>36</sup>. Административное судопроизводство, со своей стороны, признает законным только ущерб, нанесенный родителям, который касается условий их существования. Таким образом, административный суд считает, что инвалидность ребенка связана с генетическими отклонениями, а не с неправильной диагностикой, поэтому государственное медицинское учреждение не должно возмещать ущерб<sup>37</sup>. Закон, начиная с самой первой статьи, уделяет особое внимание равенству между всеми жертвами, поэтому он ограничивает так называемых главных претендентов на возмещение ущерба и не признает возмещение убытков из-за ущерба, причиненного ребенку из-за его инвалидности. Он ограничивает также моральный ущерб, нанесенный родителям. Что же касается расходов, связанных с инвалидностью, то они должны быть компенсированы так называемой национальной солидарностью.

Закон не признает терапевтический риск. Он предпочитает использовать более нейтральный термин «медицинское осложнение, не связанное с врачебной ошибкой». Начиная с определенной степени тяжести ущерба и если установлена причинно-следственная связь между медицинским актом и ущербом, законодательство признает право жертвы на возмещение убытков благодаря национальной солидарности. Общее социальное страхование позволяет использовать эту солидарность (ONIAM) благодаря достаточно сложной процедуре. Законодательство признало новую гипотезу ответственности без вины, не связанную с риском и применяемую как в государственных, так и в частных медицинских учреждениях. Такой же механизм стал использоваться для возмещения ущерба при заражении СПИДом во время переливания крови (Закон от 31 декабря 1991 г.) и впоследствии — при возмещении ущерба жертвам асбеста (Закон от 23 декабря 2000 г.), жертвам радиоактивных французских опытов (Закон от 5 января 2010 г.).

<sup>34</sup> CE, 17 décembre 2010, Garde des Sceaux c/ Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, AJDA, 2011, p. 1696AJDA, note Pollet-Panoussis.

<sup>35</sup> Loi № 2002-303 du 4 mars 2002, JORF 5 mars 2002, p. 4118.

<sup>36</sup> Civ. 17 novembre 2000, Perruche, JCP G 2000, II, 10438, rapp. Sargos, concl. Sainte-Rose, note Chabas.

<sup>37</sup> CE, S., 14 février 1997, CH de Nice c/ époux Quarez, RFDA 1997, p. 374, concl. Péresse, note B. Mathieu ; AJDA 1997, p. 430, chr. Chauvaux et Girardot.

Конечно, идея социализации может быть не всеми принята, так как речь идет о социальном корпусе, об обществе, которое берет на себя обязательство по компенсации, но в то же время о солидарности и равенстве, которые оправдывают механизм ответственности без вины государственных органов, одновременно абстрагируясь от ситуаций, связанных с риском. Необходимо отметить, что речь идет в большей степени о компенсации, чем о возмещении убытков; это означает, что данная компенсация не связана с идеей ответственности. В реальности невозможно (или просто нет желания) привлечь к ответственности государство за ошибки, откуда и вытекает идея о компенсации — термин звучит менее резко, чем возмещение ущерба.

В заключение хотелось бы добавить два замечания. Во-первых, идея социализации рисков начинает расплываться, она не подавляет существования ответственности без вины. Ошибочно считать, что ответственности без вины нет, особенно когда мы говорим о возмещении ущерба. Необходимо квалифицировать вину, которая не только создала, не смогла пре-

дотвратить или нейтрализовать определенный риск, наносящий ущерб, но также и учесть нарушения равенства между государственными обязательствами<sup>38</sup>. К тому же социализация рисков может показаться вытесненной мерой предосторожности, целью которых является избежание всех видов риска, в том числе и тех, существование которых не доказано. Меры предосторожности, как правило, пропорциональны и обратимы, они необходимы для предотвращения рисков, которые наше «общество рисков» больше не хочет ни наблюдать, ни терпеть. Парадоксальным в этой ситуации является потенциальное усиление ответственности из-за вины, такой как отсутствие мер предосторожности или, наоборот, чрезмерные меры предосторожности<sup>39</sup>. Интересной также является идея, что социализация рисков (как мы ее понимаем в настоящий момент) — это больше не разделение обязанностей, а целый комплекс процедур по взысканию рисков для того, чтобы государственные органы власти смогли их предвидеть, предотвратить и избежать вины.

*Перевод Елены Жербо*

<sup>38</sup> См., например: *Camguilhem B. Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif*. NBT, Dalloz, préface B. Seiller, 2014.

<sup>39</sup> См., например : CE, 31 août 2009, Commune de Crégols, AJDA, 2009, p. 1824, chr. Liéber et Botteghi.

П. Эсплюгас\*

## АУТСОРСИНГ И ЕГО ЛИМИТЫ ВО ФРАНЦУЗСКИХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЯХ

**И**стория способов управления французскими государственными учреждениями — это, в общем-то, история их аутсорсинга. Начиная с того момента, как модель государственного учреждения была теоретически разработана школой Бордо, аутсорсинг пытался найти способы, позволяющие отдалиться от так называемого традиционного государственного управления. Конечно, не следует забывать, что большинство государственных учреждений еще находятся под управлением государственных органов или самого государства, которые выделяют средства для данных учреждений.

Тем не менее «классическая эпоха» авторов школы Бордо очень быстро приводит к феномену, известному сегодня как разделение администрации. Этот феномен предполагает привлечение разных по своей природе организаций, которые заменяют государство и его территориальные органы<sup>1</sup>. Понятие «аутсорсинг государственных учреждений» не является точным юридическим термином<sup>2</sup>, но это понятие необходимо для того, чтобы объяснить механизм передачи определенных полномочий государства или его органов негосударственным организациям для управления государственными учреждениями. В прямом смысле слова аутсорсинг (от английского —

outsourcing) означает «экстериоризация». Аутсорсинг государственных учреждений может применяться к любой государственной деятельности, которую государство или его органы желают передать лицу, не имеющему к государственным органам никакого отношения. В широком смысле (принимая во внимание, что с юридической точки зрения возможны неточности) аутсорсинг отличается от субподрядной работы, у которой поле деятельности более узкое, т.е. более конкретное и более реверсивное<sup>3</sup>. Следует заметить, что с экономической точки зрения аутсорсинг понимается в более узком смысле, предполагающем передачу третьему лицу лишь части руководства деятельностью государственного учреждения (например, по ремонтному обслуживанию, финансовому управлению или управлению недвижимостью)<sup>4</sup>.

Какой бы смысл ни вкладывался в понятие аутсорсинга государственных учреждений, он всегда является на практике продуктом определенного выбора. Первый выбор осуществляется государственными органами, и этот выбор основан на принципе обращения к аутсорсингу. Второй выбор касается типа аутсорсинга. При выборе следует обращать внимание на сложности, вызванные самим аутсорсингом государственных учреждений.

<sup>1</sup> Выражение «разделение администрации» использовано первый раз Счетной палатой в годовом публичном рапорте 1961 г. и далее часто использовалось в 1982, 1991 и 1996 гг. См. также: Petit J. Les démembrements de l'administration // Droit administratif et administration / dir. J. Petit. Dr. Soc. 2008. P. 43.

<sup>2</sup> Auby V. J.-B. Problématiques de l'externalisation. Dr. adm. 2008. repère 6 ; Dreyfus J.-D. L'externalisation, éléments de droit public // AJDA, 2002. P. 1214 ; Babin L., Lignières P. L'externalisation : au cœur des préoccupations de l'Etat. Dr. adm., mai 2002. P. 37 ; Yolka Ph. Sur l'externalisation en matière administrative // JCP A. № 17. 30 avril 2012. 2130.

<sup>3</sup> Dreyfus J.-D. Op. cit.

<sup>4</sup> Babin V. L., Lignières P. Op. cit.

## ВЫБОР НА ОСНОВЕ ПРИНЦИПА ОБРАЩЕНИЯ К АУТСОРСИНГУ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Аутсорсинг государственных учреждений часто объясняется не юридическими, а скорее политическими причинами. Политические причины основаны на правовом принципе свободы выбора способов управления государственных учреждений, который является традиционным во французской правовой системе.

### *Политические причины аутсорсинга*

Решение, позволяющее применить аутсорсинг к государственным учреждениям, обычно принимается политической властью (правительством, парламентом — на государственном уровне или специальной ассамблеей по принятию решений — на областном или региональном уровне). Можно было бы представить, что с этой точки зрения большинство политиков от правых, считающихся более либеральными, относятся благосклонно к аутсорсингу и привлечению частного, негосударственного сектора управления. Политики же от левых партий, считающиеся интервентами, предпочитают государственное, а не частное управление.

Но на практике можно столкнуться с нюансами: на региональном или областном уровне (даже если научные исследования этого не подтверждают) аутсорсинг и привлечение частного сектора к управлению поддерживается большинством голосов как правых, так и левых партий. Таким образом, данный выбор не зависит от сторонников тех или иных партий. Все государственные органы на самом деле уделяют внимание экономии, которой можно добиться при использовании аутсорсинга. Также при передаче полномочий государственного учреждения эти органы принимают во внимание, что финансовые затраты и инвестиции ложатся не на них, а на плечи частных предприятий. Существует определенное предубеждение, что у негосударственных предприятий

лучше получается заниматься коммерческой деятельностью, исходя из их технической оснащенности и уменьшенных затрат на кадры по сравнению с государственными органами. Тем не менее следует заметить, что у негосударственных предприятий, управляющих государственными учреждениями, бюрократия примерно такая же, как и у государственных учреждений, управляемых самой государственной властью.

Основной вопрос, который задается обычно политическим властям, касается цен. С этой точки зрения следует отметить, что негосударственные, или частные, предприятия ищут выгоду, которая обычно сравнивается с издержками, связанными с государственным учреждением. Наглядным тому примером является пример с водой: если посмотреть доклад Государственного совета от 2010 г., то можно убедиться, что цены на воду более высокие, если учреждения управляются с помощью передачи полномочий или при смешанном управлении<sup>5</sup>.

Более тонкий анализ позволяет выделить некоторые нюансы. С одной стороны, эта разница цен значительно уменьшилась в 2000- гг., так как государственная власть была вынуждена увеличить цены. С другой стороны, эту разницу на самом деле трудно определить, так как в этом случае предполагалось бы, что негосударственный или государственный руководитель самого государственного учреждения управляет этим учреждением на одинаковых условиях, а это неверно (разные налоги и таксы). На практике государственная власть также обязана финансировать организацию, которой были переданы полномочия, а это, в свою очередь, отражается на ценах.

В общем, особая причина повышения цен на воду связана с тем, что конкуренция не всегда играет положительную роль. Рынок водоснабжения делят между собой только три предприятия: Véolia-eau, Suez-Environnement и SAUR, филиал группы Bouygues. Это правило еще более ужесточилось по договорам, рассмотренным Счетной палатой<sup>6</sup>, антимоно-

<sup>5</sup> Государственный совет определил цену на воду в 2010 г.: 1,46 евро за кубометр для эксплуатации при передаче государственного учреждения и 1,12 евро за кубометр при государственном управлении данного учреждения (Rapport CE «L'eau et son droit». Doc. fr, 2010. P. 77).

<sup>6</sup> Счетная палата, особый публичный доклад «La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement». Janv. 1997. P. 62.

польным ведомством и Европейской комиссией<sup>7</sup>, и заключенным между этими тремя предприятиями соглашениям с целью поделить рынок. По этой причине, кажется, появилась новая тенденция возврата к государственному управлению, особенно в секторе водоснабжения<sup>8</sup>.

### **Правовой принцип свободы выбора аутсорсинга**

С юридической точки зрения само сравнение, или, используя более современный термин, — бенчмаркинг (benchmarking), способов управления не является обязательным<sup>9</sup>. Французская правовая система традиционно использует принцип свободы выбора способов управления государственными учреждениями. Данный принцип следует из принципов национального суверенитета самого государства, свободы выбора управления местной власти и свободы выбора при заключении договоров для государственной власти.

У принципа свободы выбора способов управления государственными организациями есть некоторые исключения. Конституционный совет, например, считает, что государственные учреждения, предусмотренные Конституцией, не могут быть переданы частному сектору<sup>10</sup>. Из этого можно заключить, что государственные учреждения, управляемые самими государственными органами по конституционному принципу суверенитета, не могут быть переданы в негосударственные руки. На региональ-

ном или областном уровне, уточняет Государственный совет, некоторые виды деятельности могут находиться только под управлением государства в связи с их особенностями или по желанию законодательства<sup>11</sup>. Но это не позволяет точно определить границу между видами деятельности, которые могут или не могут быть переданы в частные руки.

Тем не менее не могут быть переданы в негосударственное управление деятельность полиции<sup>12</sup>, экспроприация<sup>13</sup>, безопасность в общественных местах<sup>14</sup>. Также не может быть передана в частные руки деятельность местной власти или государственных учреждений, предусмотренная по закону (например, государственные больницы или государственные образовательные учреждения не могут применять аутсорсинг, даже при наблюдении за учениками). В то же время некоторая деятельность государственных учреждений, которая в принципе не может быть передана, все же управляется негосударственными организациями, так как всегда можно отличить эту деятельность от той, которую невозможно передать. Примером является ресторанное дело или прачечная в местах лишения свободы<sup>15</sup> или ресторанное дело в образовательных учреждениях<sup>16</sup>.

В целом этот правовой принцип свободы выбора на практике приемлем хотя бы потому, что государственная власть может сделать своего рода сравнительный анализ, сопоставить расходы при государственном и негосударственном управлении.

<sup>7</sup> Европейская комиссия открыла 18 января 2012 г. формальную процедуру в отношении договоров и превышения власти французскими предприятиями, занимающими доминирующую позицию: SAUR, Suez Environnement/Lyonnaise des Eaux et Veolia, а также захотела определить, договорились ли эти предприятия с Профессиональной федерацией различных водоканалов (FP2E) о координировании их решений на французском водном рынке с нарушением соглашений с Евросоюзом.

<sup>8</sup> *Pauliat H. L'évolution des modes de gestion des services publics locaux : un retour à la gestion publique? // JCP A. № 44. Nov. 2012. 2355.*

<sup>9</sup> Государственный совет CE, 4 mai 1906 ; Babin. V., Dreyfus J.-D. Externalisation et liberté d'organisation du service //AJDA. 2009. P. 1529.

<sup>10</sup> Конституционный совет: Cons. const., № 86-207 DC, 25–26 juin 1986.

<sup>11</sup> Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, № 340609, 7 oct. 1986, et CE, Sect., req. n° 284736, 7 avril 2007, Cne d'Aix-en-Provence.

<sup>12</sup> Государственный совет: CE, Ass., 17 juin 1932, req. № 12045 Ville de Castelnaudary.

<sup>13</sup> Государственный совет: CE, avis 11 juin 1991.

<sup>14</sup> Конституционный совет: Cons. const, № 2011-625 DC, 10 mars 2011.

<sup>15</sup> Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, 13 nov. 1986.

<sup>16</sup> Государственный совет: CE, avis, Section de l'Intérieur, № 340609 7 oct. 1986.

## ВЫБОР ТИПА АУТСОРСИНГА ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Выбор аутсорсинга не рассматривается только с бинарной позиции — от государственного к частному сектору. Если исходить из толкования аутсорсинга в широком смысле, предложенного во введении к данной статье и предполагающего экстерииоризацию деятельности государственных учреждений третьему лицу, не имеющему отношения к государственным органам, этот широкий смысл можно применить даже в самом государственном секторе. Тогда речь пойдет о так называемом внутреннем аутсорсинге, значение которого будет ограничено. Аутсорсинг более точен, когда передача деятельности государственного учреждения осуществляется частному лицу.

### *Внутренний аутсорсинг, ограниченный государственным сектором*

Французское право предоставляет многочисленные способы управления государственными учреждениями, которые отличаются от градуированной модели государственного управления, но при этом остаются в государственном секторе. Уровень аутсорсинга зависит от выбранной структуры, уровня автономии от главного государственного органа.

Впервые аутсорсинг был применен в той области, где местный государственный орган предоставляет третьему лицу автономии в определенной сфере деятельности, не предоставляя ему при этом правосубъектности. Например, автономия уменьшена при комплексных выплатах, так называемых *inhouse*. Комплексные выплаты переданы государственной властью третьему лицу, но эта власть осуществляет «такой же контроль над третьим лицом, который она производит в отношении своих собственных государственных учреждений»<sup>17</sup>. Преимущество такого типа

аутсорсинга ограничено, так как по европейской юриспруденции<sup>18</sup> прямая связь между государственной властью и третьим лицом освобождает государственную власть от заключения контракта с последним по передаче государственного учреждения с возможностью конкуренции.

Аутсорсинг ограничен, когда речь идет об органах местного самоуправления, стоящих во главе государственных коммерческо-индустриальных предприятий. Такие предприятия не обладают правосубъектностью, но имеют определенную финансовую независимость<sup>19</sup>.

При втором уровне аутсорсинга государственная власть передает управление одним из сервисов третьему лицу, обладающему правосубъектностью. Сюда можно отнести государственное учреждение. Аутсорсинг объясняется желанием избежать слишком жестких правил при государственном управлении, что показывает доклад Государственного совета<sup>20</sup>. Государственное учреждение позволяет в этом случае избежать иерархии государственной власти и приспособить управление к самой деятельности, написанной в регламенте.

При третьем и последнем уровне деятельность государственного сервиса осуществляется с помощью третьего лица, которое тем не менее относится к государственной власти в организационном смысле, но становится частным лицом, исходя из формы собственности. Это соответствует положению о государственном коммерческо-индустриальном предприятии. Такое предприятие функционирует по логике частного права, при этом сохраняя часть публичного права, которое может меняться. Подобный тип аутсорсинга используется, когда закон трансформирует государственное коммерческо-индустриальное предприятие в анонимное общество. Этот метод применяется для изменения статуса государственных национальных предприятий, находящихся на попечении государственного учреждения и имевших ранее монополию, например EDF

<sup>17</sup> Государственный совет: CE, Sect., 6 avril 2007, req. № 284736, Cne d'Aix-en-Provence.

<sup>18</sup> Европейский суд юстиции: CJCE, 18 nov. 1999, affaire C-107/98, TeckalSrl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

<sup>19</sup> CGCT, art. L 2221-11 et s.

<sup>20</sup> Государственный совет: CE, La réforme des établissements publics, Doc. fr., 1972 ; CE, «Etude sur les établissements publics. Réflexions sur les catégories et les spécificités des établissements publics nationaux», EDCE, 1985 ; CE, Rapport d'étude sur les établissements publics, Etude adoptée par l'Assemblée générale plénière le 15 oct. 2009.

(электросети)<sup>21</sup> и La Poste (почта)<sup>22</sup>, а также la SNCF (железные дороги) и даже la RATP (управление парижским транспортом)<sup>23</sup>.

Органы местного самоуправления призывают анонимные общества принять миссии государственных учреждений, применяя при этом частное право, но оставаясь в государственном секторе с учетом их структуры и капитала. Сюда можно отнести местные предприятия со смешанной экономикой (SEML)<sup>24</sup>, включающие в себя государственные (благодаря местному самоуправлению) и частные капиталовложения. При присутствии частного акционера применяется публичное право. По этой причине совсем недавно были созданы местные государственные предприятия (SPL)<sup>25</sup> с полностью государственными капиталовложениями, деятельность которых можно сравнить с деятельностью SEML<sup>26</sup>. В основе их создания лежит идея об освобождении от публичного права, такие структуры считаются *inhouse*. В данной гипотезе аутсорсинг относится к первому уровню. Это означает согласие с критерием «аналогичного контроля», осуществляемого государственной властью в такой же степени, в какой она контролирует свои собственные учреждения. Данный критерий рассматривается с конкретными фактами *in concreto*, но определение структуры *inhouse* местных государственных предприятий (SPL) не всегда происходит автоматически<sup>27</sup>.

### **Свободный аутсорсинг при передаче управления частному сектору**

Аутсорсинг при передаче управления частному сектору может иметь две основы — односторонний акт (закон, указ, решение) или контракт. Здесь выделяют две гипотезы. Первая гипотеза касается законодательного изменения статуса государственного коммерческого индустриального предприятия FranceTélécom<sup>28</sup> и GDF<sup>29</sup> на статус частного коммерческого предприятия. Что касается сектора электронной связи, то законодательство обязало выбранное частное предприятие учитывать всеобщий интерес, как это делают государственные учреждения (т.е. FranceTélécom теперь называется Orange)<sup>30</sup>. В газовом секторе эти обязанности были поделены между разными операторами (частными предприятиями), существующими на рынке.

Вторая гипотеза аутсорсинга государственного учреждения относится к контракту или специальной конвенции о передаче управления в частные руки. Три основных вопроса можно задать государственной власти при таком типе передачи управления. Первый касается способа передачи той или иной деятельности в частные руки. В частности, речь идет о так называемом двойном эффекте: политическом, касающемся коррупции, и юридическом, касающемся европейского права<sup>31</sup>.

<sup>21</sup> Закон L. 2004-803, 9 août 2004.

<sup>22</sup> Закон L. № 2010-123, 9 févr. 2010.

<sup>23</sup> Письмо Комиссии французскому Правительству от 11 февраля 2010 года и решение Европейского Суда от 20 сентября 2012 г. показывают, что имплицитная финансовая гарантия государства государственному учреждению составляет помощь государства, которая идет вразрез с европейской регламентацией о конкуренции. В этом смысле вполне возможно, что сегодняшний статус железной дороги — государственное коммерческо-индустриальное предприятие — будет меняться на статус коммерческого предприятия частного права.

<sup>24</sup> Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L 1521-1.

<sup>25</sup> Доля, принадлежащая государственной власти, зафиксирована законом № 2002-1 от 2 января 2002 г. между 50 и 85 % капитала.

<sup>26</sup> Закон L. № 2010-559, 28 mai 2010 ; CGCT, art. L 1531-1.

<sup>27</sup> Чтение Законодательной комиссии Сената от 20 мая 2009 г. ; Доклад № 2227 депутата Ж. П. Шостека, предназначенный для Законодательной комиссии, представленный 3 февраля 2010 г. ; циркулярное письмо № COT/V/11/08052/C о правовом режиме местных государственных предприятий и государственных предприятий по различным перепланировкам.

<sup>28</sup> Закон L. № 96-660, 26 juill. 1996.

<sup>29</sup> Закон L. № 2004-803, 9 août 2004.

<sup>30</sup> Уголовный кодекс: CP, art. L 35-2.

<sup>31</sup> Eckert G. Les délégations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne // Revue juridique de l'économie publique. № 704. Janv. 2013. Étude 1.

При этом законодательство захотело внести больше ясности при выборе лица, принимающего полномочия<sup>32</sup>. Лицо, передающее полномочия, также должно опубликовать решение о передаче полномочий, что позволяет ознакомиться с различными предложениями конкурирующих организаций<sup>33</sup>. В этом случае все кандидатуры, даже не конкурирующие между собой, находятся в одинаковой ситуации и «получают одинаковую информацию, приводящую к конкуренции», но сам выбор органа, принимающего полномочия, остается свободным с юридической точки зрения и основан на *intuitu personae*<sup>34</sup>.

Даже если выбор органа, принимающего полномочия, достаточно широк, существует ряд факторов, которые могут его ограничить. На практике государственная власть использует логику государственного рынка и ограничивает свое право выбора. В этом случае административный суд проверяет, правильно ли государственная власть использовала критерии отбора, которые она сама же и установила<sup>35</sup>, т.е. свобода выбора не означает, что можно предоставлять незаслуженные привилегии определенным предприятиям, так как это является правонарушением фаворитизма<sup>36</sup>. В общем конвенции о передаче государствен-

ного учреждения в частные руки (по судебным решениям) должны быть подчинены «общим принципам права государственного управления», среди которых выделяют: принцип свободы доступа к государственному управлению, равенство между кандидатами и ясность процедуры<sup>37</sup>.

Необходимо выделить важный элемент, касающийся контроля государством деятельности частного предприятия. Этот контроль подчиняется специальным регламентам, находящимся в книге расходов<sup>38</sup>, при этом государственная власть имеет право одностороннего изменения или расторжения договора<sup>39</sup>. Сложность состоит в том, что на практике трудно провести эффективный контроль. Результаты экспертиз не всегда однозначны. Поэтому контроль, который предусмотрен законом и осуществляется государственными органами на основе годового доклада (который предоставлен принимающей полномочия стороной), «анализируемого на основе качества предоставляемых услуг», является лишь формальным и малоэффективным<sup>40</sup>.

Следует отметить, что аутсорсинг более или менее навязан в зависимости от длительности конвенций. С этой точки зрения законодательство предложило общее правило (в довольно

<sup>32</sup> Закон L. № 284736, 29 janv. 1993 dite loi «Sapin».

<sup>33</sup> Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L. 1411-1 à L. 1411-19.

<sup>34</sup> Традиционный принцип, представленный в судебных решениях, о свободном выборе концессионера (CE, 19 déc. 1913, Drapeyron : Rec. CE 1913, p. 1280) не был взят под сомнение законодательством. Статья 38 Закона Сапэна (loi Sapin) объясняет, что предложения «свободно обсуждаются представителем от государственного органа, и он выбирает лицо, принимающее полномочия».

<sup>35</sup> Государственный совет: CE, 21 sept. 1992, № 111555, Cne de Bagnols-sur-Cèze.

<sup>36</sup> Уголовный кодекс: C. pén., art. 432–14.

<sup>37</sup> Государственный совет: CE, 23 déc. 2009, req. № 328827, Ets pub. du musée et du domaine national de Versailles.

Государственный совет делает вывод о принципе прозрачности процедур и о том, что «юридическое лицо должно предоставить кандидатам на передачу государственного учреждения информацию о критериях отбора и предложениях». Государственный совет также добавляет, что есть специальные правила для передачи государственной организации: «юридическое лицо не обязано информировать кандидатов о способах получения этих критериев». Не ставя под сомнение свободу выбора лица, принимающего полномочия, Государственный совет делает противоположный вывод о том, что «никакой принцип не должен быть навязан лицу, предоставляющему эти полномочия об информировании кандидатов о способах получения этих критериев».

<sup>38</sup> Государственный совет: CE, 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. CE 1906, p. 962.

<sup>39</sup> Например: Государственный совет: CE, 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. CE 1983, p. 33.

<sup>40</sup> По докладу принимающего полномочия государственного учреждения см. : Vila J.-B. Rapports annuels des délégués de services publics : le devenir d'une réforme depuis le 1er juin 2007 // JCP A. 2007. 2180.



мягкой форме), а также правила в специальных областях (в более императивной форме), которые позволяют ограничить длительность этих конвенций<sup>41</sup>. Эффект получился двойной: с одной стороны, нужно избежать увековечения контрактов с длительным сроком и содействовать конкуренции, с другой же стороны, нужно, чтобы аутсорсинг оставался реверсивным, т.е. обратимым, и была возможность возврата к государственному управлению.

## ТРУДНОСТИ ВЫБОРА АУТСОРСИНГА ГОСУДАРСТВЕННЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Выбор аутсорсинга государственных учреждений имеет огромное влияние на средства, предоставляемые государственному учреждению, и на связь с административной системой.

### *Трудности, связанные со средствами, предоставляемыми государственному учреждению, управляемому негосударственным лицом*

Выбор аутсорсинга не является нейтральным, если речь идет о средствах, потраченных на персонал, об имуществе, необходимом для эксплуатации учреждения, и о финансировании данного учреждения.

Во-первых, с социальной точки зрения не всегда легко определить статус персонала, работающего в переданном в частные руки учреждении: он различается в зависимости от самого учреждения и статуса персонала до аутсорсинга<sup>42</sup>. Для негосударственных служащих в соот-

ветствии с законом предлагается трудовой договор частного права<sup>43</sup>. Для государственных служащих имеется альтернатива: они или остаются, или перестают быть государственными служащими. У рабочих государственного коммерческо-индустриального предприятия еще до аутсорсинга был трудовой договор частного права (кроме директора и бухгалтера), поэтому после аутсорсинга их трудовой договор не изменяется, а просто передается. Независимо от того, какому юридическому режиму подчиняется тот или иной переданный договор, стоимость передачи персонала является важным вопросом для нового руководителя. Но он «зажат между экономическими ограничениями», поэтому не может изменить по своему желанию заработную плату. Здесь речь идет об обязанности принять весь переданный персонал при передаче самой деятельности учреждения. Этот принцип непрерывности трудового договора предполагает, что каждый рабочий имеет право на сохранение в силе своего трудового договора<sup>44</sup>, поэтому при передаче заработная плата не изменяется<sup>45</sup>.

По экономическим причинам новый руководитель также может принять решение об объединении, например, разных отделов, что приведет к сокращению рабочих мест. В таком случае государственным служащим должны предложить три «разумных поста». Если в новой структуре перераспределение невозможно, то решения представляются достаточно комплексными. Не входя в детали, отметим, что эти решения предполагают, что государственный служащий будет либо переквали-

<sup>41</sup> Статья 40 Закона от 29 января 1993 г. (Общий кодекс местных властей, ст. 1411-2-CGCT, art. L. 1411-2): обычно длительность конвенций «зависит от выплат лица, принимающего полномочия». Если инвентарь оплачивается лицом, принимающим полномочия, «конвенция не должна превышать обычный срок, предназначенный для погашения долгов». Для водоканала и сервиса по очистке бытового мусора принятие полномочий не может превышать 20-летний срок (Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L 1411-2).

<sup>42</sup> Marc V. E. Délégation de service public et fonction publique // AJDA. 2013. P. 1456.

<sup>43</sup> Трудовой кодекс: Ctrav., art. L 1224-3-1 inséré par L. № 2009-972 du 3 août 2009, о передвижении чиновников: «По закону и специальным регламентам, если юридическое лицо публичного права принимает на работу обычных рабочих, а не государственных чиновников и потом его деятельность передается юридическому лицу частного права или организации публичного права, руководящим государственным коммерческо-индустриальным предприятием, это юридическое лицо или организация предлагает своим служащим трудовой договор в соответствии с данным Кодексом».

<sup>44</sup> Трудовой кодекс: Ctrav., art. L 1224-1.

<sup>45</sup> Государственный совет: CE, avis № 299307, 21 mai 2007: «Законодательство не разрешило государственной власти предлагать меньшую заработную плату рабочим при аутсорсинге по единственному мотиву, что эта зарплата превышает... зарплату рабочих принимающего предприятия».

фицирован в сверхштатного служащего, либо (если решение об увольнении принято после трех отказов) применяется недорогая система страхования при увольнении служащих, которой занимаются органы местного самоуправления<sup>46</sup>.

Что касается имущества, необходимого для эксплуатации сервисов, то при аутсорсинге государственного учреждения оно имеет статус возвратного. Это означает, что при передаче права на управление само имущество остается в собственности государственного органа и его необходимо бесплатно вернуть по окончании договора, даже если в период контракта лишь лицо, принимающее полномочия на управление государственным учреждением, имеет право пользоваться данным имуществом. Последние судебные решения показывают, что административный суд отныне допускает возможность контрактного исключения возврата имущества, необходимого для непрерывного функционирования сервиса<sup>47</sup>.

Если аутсорсинг приводит к изменению статуса государственного коммерческо-индустриального учреждения на предприятие частного права, передача имущества в этом случае становится окончательной. Имущество, находившееся в государственной собственности, является теперь частной собственностью и должно быть заранее «деклассировано». Это «деклассирование» должно также включать в себя меры, гарантирующие непрерывное функционирование государственного учреждения<sup>48</sup>.

При ликвидации государственного управления финансовые активы и пассивы остаются бухгалтерии органов местного самоуправления.

С налоговой точки зрения необходимо напомнить, что при государственном управлении неприбыльная деятельность государственного учреждения не подвергается налогообложе-

нию<sup>49</sup>. Но передача управления государственному или, чаще всего, частному оператору предполагает, что переданная деятельность будет облагаться налогом. На практике новый руководитель должен платить, например, налог на предприятие, территориальный налог, отчисления от зарплаты и права на регистрацию.

Сложности касаются регулирования налога на добавочную стоимость (НДС). Когда способ управления предприятием меняется, это изменение в налоговом смысле признается прекращением деятельности. Последствием чего считается регулирование прав на вычет НДС, немедленно подлежащий истребованию. Сказанное приводит к достаточно сложному процессу в бухгалтерии для «нейтрализации» этих прав на вычет. Новому руководителю также необходимо иметь достаточно свободных оборотных средств для выплаты авансом НДС.

### ***В. Сложности, связанные с последовательностью административной системы***

Существует важный лимит при аутсорсинге государственных учреждений, связанный с общей последовательностью административной системы. Эта последовательность объясняется желанием избавиться от правил публичного права и слишком сложных процедур — таких, какие встречаются в государственном бухгалтерском учете или в государственной службе. Очевидно, что это желание объясняет стремление к созданию ассоциаций благодаря аутсорсингу. Такие ассоциации административный и финансовый суды часто считают «прозрачными» или «административными», доктрина же признает их «административной фикцией»<sup>50</sup> если эти ассоциации полностью зависят от самого государства и если их единственной функцией является выплата дополнений к обычной государственной зарплате, не принимая при этом во внимание правила государственного бухгалтерского

<sup>46</sup> Закон: L. № 84-53 26 janv. 1984 relative au statut de la fonction publique territoriale, modifiée par L. № 2012-347, 12 mars 2012 (art. 122), art. 97 et s.

<sup>47</sup> Государственный совет: CE, 21 déc. 2012, req. n° 342-748, CneDouai.

<sup>48</sup> Par exemple, pour France Télécom, Cons. const. № 96-380 DC, 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, cons. 5 et 6, pour Aéroport de Paris ; Конституционный совет: Cons. const. № 2005-513 DC, 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports, cons. 5. См. также: Fatôme E. Externalisation et protection des biens affectés au service public // AJDA. 2007. P. 959.

<sup>49</sup> Государственный совет: CE, 20 juin 2012, req. № 314-410, Cne de la Ciotat. По этому вопросу также см.: Albert J.-L. Fiscalité et personnes publiques. LGDJ, 2012. (Coll. «Systèmes»).

<sup>50</sup> Laubadère A. De. Les associations et la vie administrative. AJDA, 1980, p. 115.

учета<sup>51</sup>. При таком раскладе административный суд считает эти ассоциации фиктивными и пере-квалифицирует их в государственные учреждения<sup>52</sup>. Со своей стороны финансовый суд может считать управляющих этими ассоциациями «бухгалтерами по роду их деятельности», которые несут ответственность за использованные общественные средства.

Счетная палата придерживается такого же мнения по отношению к работе местных предприятий с смешанной экономикой, если эти предприятия создают настоящую параллельную административную сеть, недостаточно контролируемую акционерами местной государственной власти<sup>53</sup>.

Помимо местных предприятий со смешанной экономикой, существует аутсорсинг, превращающий государственное учреждение в коммерческое предприятие и приводящий к потере обязательств этого государственного учреждения. Такие учреждения работают так же, как частные предприятия, их деятельность не является основной, а лишь дополнительной.

Чтобы устранить эти неточности, можно использовать обязательную процедуру прогнозной оценки (*ex-ante*), которая рассматривает

влияние различных представленных способов управления. Трудность заключается в том, что не существует объективного метода, который бы позволил определить, какой способ управления является наиболее выгодным. Фальсифицированными являются методы оценки, выбор которых по своей природе зависит от субъективности и идеологических пристрастий<sup>54</sup>.

Процедуры оценки уже организованы. Они осуществляются при изучении влияния закона, если аутсорсинг связан именно с этим законом. Оценка может быть также организована на местном уровне Консультационной комиссией местных государственных учреждений<sup>55</sup> при планировании передачи этого учреждения или при создании государственного управления, имеющего финансовую независимость. Эта оценка осуществляется административными органами государственной власти, которые разъясняют выбор политической власти. Результаты оценки публикуются, чтобы любой политик или гражданин могли бы увидеть все выгоды или недостатки аутсорсинга государственных учреждений.

*Перевод Елены Жербо*

<sup>51</sup> Административный и финансовый суды считают, что ассоциация прозрачна, если она основана государственной властью, при этом большинство членов этой ассоциации являются делегатами или агентами этой власти, более 75 % ресурсов для данной ассоциации исходят от этой власти и у нее есть миссия государственной организации (см.: Rapport CE, «Les associations de la loi de 1901, cent ans après», EDCE, № 51, 2000, p. 310 ; Advielle V. F., Herzele P. Van. Les chambres régionales des comptes et les activités externalisées des Collectivités locales. AJDA, 2013, 2022).

<sup>52</sup> Государственный совет: CE, 11 mai 1987, req. № 62457, Divier c./ Association pour l'information municipale.

<sup>53</sup> См. особый доклад Счетной палаты № 58559 о регулировании депозита и консигнации в местных предприятиях со смешанной экономикой (SEML) от 27 мая 2010 г.

<sup>54</sup> Perret B. L'évaluation des politiques publiques. La Découverte, 2001. P. 4.

<sup>55</sup> Общий кодекс местных властей: CGCT, art. L.1413-1.

О. Лаваль\*

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ПРОЗРАЧНОСТЬ И РАЗВИТИЕ ПАРЦИПАТОРНОЙ ДЕМОКРАТИИ

**А**дминистративная прозрачность и парципаторная демократия — эти два выражения время от времени появляются в дебатах, касающихся административных реформ, и в более широком плане — в определении публичного выбора. Причина этой распространенности заключается в большой символичности, которая их окружает, и в непрекращающейся критике бюрократической администрации, а также форм представительной демократии.

Бюрократическую администрацию упрекают за то, что она страдает от патологического формализма и чрезмерной учености, делающих ее деятельность малопонятной для населения. В свою очередь, на представительную демократию смотрят как на присвоение власти народными избранниками, обусловленное «точечным» характером осуществления демократии — когда наступит время проводить выборы.

В качестве средств искоренения этих зол зачастую предлагают административную прозрачность и парципаторную демократию. Первая, как правило, позволяет администрируемым лицам быть ближе к административному органу, лучше понимать его функционирование. Вторая дает им возможность априори оказывать непосредственное воздействие на выбор действий публичной власти или по крайней мере быть выслушанными теми, кто принимает решения. Эти определения даны лишь в общих чертах, но тем не менее они позволяют ощутить важное присутствие символов, окружающее обе концепции, и их различия.

Прозрачность — это прежде всего, согласно словарю французского языка Литтрэ, качество объекта, который «позволяет проникать через себя свет, достаточно обильный для того, чтобы отчетливо различить объекты с помощью их плотности». Как подчеркивает Жан-Дени Бреден, она является синонимом «истины, ясности, проникновенной насквозь чистоты», тогда как тайна обращает на себя внимание, ведь только препятствие на пути света «непрозрачно, скрытно, сумрачно»<sup>1</sup>. Отсюда — очевидное недоверие к тайне, создающее разочарование, непонимание, которые могут быстро смениться подозрением. Таким образом, прозрачность воплощает добродетель, позволяющую оттеснить «гнусную»<sup>2</sup> тайну в ее окопы. Но ей также нужно задавать ориентир. Ведь обнаруженный предмет должен соответствовать ожиданиям наблюдателя, иначе у него возникнут в нем сомнения. Тогда появляется идея контроля, которая радикально преобразует природу не только наблюдаемого предмета, но также и наблюдателя. Применительно к административной сфере, «администрируемое лицо» — термин, ассоциируемый с пассивным положением, — преобразуется в административного гражданина, активного и озабоченного функционированием администрации. Последняя, в свою очередь, исходя из текущей терминологии, становится демократизированной, поскольку она становится ближе к тем, на кого направлена ее деятельность.

Парципаторная демократии, в дальнейшем и в своем символическом аспекте, характеризуется приближением к прямой демокра-

<sup>1</sup> Bredin J.-D. Secret, transparence et démocratie // Pouvoirs. 2001. № 97. P. 5.

<sup>2</sup> Carcassonne G. Le trouble de la transparence // Pouvoirs. № 97. 2001. P. 17. См. также: Soulez-Larivière D. La transparence et la vertu // L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper. Economica, 2006. P. 933.

тии. Особенно широко освещавшаяся прессой в ходе президентской избирательной кампании 2007 г., она априори оставляет впечатление, что индивид может непосредственно участвовать в разработке публичных решений и в их принятии.

Заглавие выступления наталкивает на мысль о существовании связи между административной прозрачностью и развитием парципаторной демократии. Между тем первое направлено лишь на наблюдение за администрацией, тогда как второе затрагивает участие, а также непосредственную деятельность наблюдателя в отношении администрации. Но это различие между ними уходит на второй план в свете обозначаемых ими реалий.

Можно также обнаружить сильную взаимосвязь между этими двумя концептами, которая может даже привести к путанице областей их применения. Это — результат взаимодополняемости, даже смешания, их содержания и их конечных целей. Вместе с тем из-за их многочисленных ограничений они были поглощены традиционной моделью администрации и противопоставляются представительной демократии.

## НЕОТДЕЛИМАЯ БЛИЗОСТЬ ДВУХ КОНЦЕПТОВ

Объединяющая их связь очевидна в свете выполняемых ими функций. Тем не менее она проявляется не только в этом, ее можно найти в том, что можно обозначить как их предметные области, т.е. в круге юридических ситуаций, в которых они воплощаются.

А. *Функциональная связь.* Сквозь призму прав и процедур, обозначаемых, в зависимости от выбранного нами автора, двумя этими выражениями, можно одновременно различить две взаимодополняющие цели. Адресату публичной деятельности они дают возможность защищать себя перед лицом административ-

ных органов и развить внимание к публичным делам. Для административных органов и лиц, принимающих решения, выступают источником информации, позволяющим улучшить их деятельность.

С позиции администрируемого лица исторически первое проявление административной прозрачности показывает связь с защитой его прав, поскольку речь идет о соблюдении его прав на защиту<sup>3</sup>. Этот принцип, исходящий из осуществления правосудия, был распространен административным судом на несудебные административные процедуры и возведен в общий принцип права<sup>4</sup>. Административные органы были обязаны запрашивать замечания администрируемого лица, в отношении которого выносится неблагоприятное решение, до того, как будет принято окончательное решение. В этом смысле указанный принцип позволил установить обмен мнениями между административным органом и администрируемым лицом.

Административная прозрачность и процесс участия неизменно открывают администрируемому лицу возможность развить привычку к публичным делам. Пример тому — общим режим доступа к административным документам, предусмотренный Законом от 17 июля 1978 г.<sup>5</sup> Вместе с созданием действительной публичной службы по распространению правовой информации, чему благоприятствует развитие цифровых средств<sup>6</sup>, это дало администрируемому лицу возможность понять публичное решение, а также, в той мере, в какой это допускается некоторыми процедурами, со знанием дела принять участие в разработке публичного решения.

Речь идет не только о заинтересованности в административной прозрачности и парципаторной демократии. Они позволяют также улучшить выбор публичных властей благодаря сбору более полной информации о решаемых вопросах и об их контексте, а также

<sup>3</sup> См. об истории этого принципа: Braibant G. *Réflexions sur la transparence administrative*. A.P.T., 1993. P. 58.

<sup>4</sup> C.E, Sect., 5 mai 1944, Dame Veuve Trompier-Gravier. Lebon 133, D. 1945. 110, concl. Chenot, note J. de Soto, R.D.P. 1944. 256, note Jèze, G.A.J.A, 19e éd., № 53 — C.E, Ass., 26 octobre 1945, Aramu, Lebon 213, S. 1946. 3.1, concl. R. Odent, D. 1946. 158, note G. Morange, E.D.C.E 1947. 48. Они частично воспроизведены в ст. 24 Закона № 2000-321 от 12 апреля 2000 г. «О правах граждан в их отношениях с административными органами», опублик. в: J.O.R.F № 88 du 13 avril 2000 p. 5646.

<sup>5</sup> Закон № 78-753, опублик. в: J.O.R.F du 18 juillet 1978 p. 2851.

<sup>6</sup> Закреплено вышеупомянутым № 2000-321.

облегчить одобрение решений посредством привлечения к их разработке. Это видение является и в законодательных мерах по поводу участия. Например, в ст. 2 Закона «Бушардо»<sup>7</sup> цель проведения публичного расследования определена следующим образом: оно «имеет в качестве предмета информирование публики и получение ее замечаний, соображений и альтернативных предложений... с тем, чтобы компетентный орган власти имел в своем распоряжении все необходимые компоненты получения информации»<sup>8</sup>.

Поэтому эти два понятия сходятся друг с другом в том, что касается их функций, — как в гарантии прав и свобод граждан, так и в улучшении принимаемого решения. Кроме того, размытость их определений обнаруживает еще более сильную связь, на этот раз связанную с их содержанием.

**Предметная связь: концепты с меняющимися границами**

Административная прозрачность и парципаторная демократия характеризуются неопределенностью в том, что касается охватываемых ими юридических компонентов. Говоря о прозрачности, имеются в виду все компоненты несудебной административной процедуры, позволяющие сделать административный орган более близким к администрируемому лицу. По выражению Ги Брэбана<sup>9</sup>, существует «семь опор» прозрачности. По его мнению, помимо соблюдения прав на защиту, сокращения секретности при доступе к административным документам и мотивирования некоторых неблагоприятных решений<sup>10</sup>, консультационные и согласительные процедуры нужно в равной мере рассматривать в качестве компонентов прозрачности, так как они дают «определен-

ную публичность рассматриваемым проектам». Например, в сфере урбанизма законодательство предусматривает возможность для администрируемого лица получить доступ к части сведений, касающихся, например, разработки или изменения урбанистического документа, и вместе с тем представить свои замечания или предложения, которые подлежат регистрации административным органом. Согласование включает в себя очевидный факт участия. Другие «опоры» административной прозрачности связаны с различными видами информационной открытости: опубликование проектов, рассматриваемых административным органом; опубликование решений и публичность дебатов, предусматривающие, например, возможность для жителя коммуны получить доступ к протоколу муниципального совета<sup>11</sup>. Все эти формы административной прозрачности не ограничиваются коммуникационными и информационными процессами, а включают и важные компоненты участия<sup>12</sup>.

Парципаторная демократия также поднимает вопросы о включаемых в нее компонентах. Как мы уже отмечали, используемая терминология оставляет впечатление наличия инструментов соучастия в принятии решения. Здесь очевидна пропасть, разделяющая реальность и юридическое воплощение концептов, поскольку такого рода совместное принятие решения присутствует в чрезвычайно редких и весьма ограниченных проявлениях полупрямой демократии. Речь идет о различных референдумных процедурах, предусмотренных на национальном и местном уровнях. Например, ст. 11 Конституции дает возможность Президенту Республики организовать референдум по законопроекту или законодательному предложению по вопросам организации публичных властей, экономической, социальной, а теперь

<sup>7</sup> Закон № 83-630 от 12 июля 1983 г. «О демократизации публичного расследования и защите окружающей среды», опублик. в: J.O.R.F du 13 juillet 1983 p. 2156.

<sup>8</sup> См. в этом смысле преамбулу Международной конвенции о доступе к информации, об участии общественности в процессе принятия решений и о доступе к правосудию по вопросам окружающей среды, заключенную в рамках Экономической комиссии по Европе ООН и подписанную 39 государствами в Орхусе, Дания, 25 июня 1998 г.

<sup>9</sup> Braibant G. Op. cit.

<sup>10</sup> Ст. 3 Закона № 79-587 от 11 июля 1979 г. «О мотивировании административных актов и улучшении отношений между административными органами и публикой», опублик. в: J.O.R.F du 12 juillet 1979 p. 1711.

<sup>11</sup> Ст. L. 2121-26 Общего кодекса территориальных коллективов.

<sup>12</sup> Для Ги Брэбана речь идет даже об основополагающих компонентах единства прозрачности: «право знать для того, чтобы участвовать» (см.: Braibant G. Op. cit. p. 60).

и экологической<sup>13</sup> политики. Для этого необходимо предложение правительства, совместное предложение обеих палат парламента или, после конституционной реформы 2008 г.<sup>14</sup>, инициатива 1/5 членов парламента, поддержанная 1/10 частью избирателей.

В подавляющем большинстве случаев парципаторная демократия в реальности означает осуществление совещательной демократии. Последнее заключается в процессе его разработки и принятия решения и позволяет консультирование или участие администрируемых лиц. Исходя из этого, по мнению Государственного совета, речь идет об «интерактивной демократии, которая обязывает административный орган постоянно объясняться, давать отчеты и информировать о своей работе»<sup>15</sup>. Ранее представленные процедуры информирования и участия включаются в это определение. В указанном смысле, в зависимости от степени участия, административная прозрачность и парципаторная демократия совпадают друг с другом. Соединяющая их связь находится вне их функций, но в равной мере затрагивает непосредственно обозначаемые ими процедуры.

Законодатель непосредственно не закрепил выражение «парципаторная демократия». Он предпочел другой термин — «демократия близости», в котором куда меньше символического значения, да и вопрос о двойном значении термина «близость» оставил открытым<sup>16</sup>. В этом качестве Закон от 27 февраля 2002 г., справедливо названный «о демократии близости»<sup>17</sup>, предусматривает, например, создание советов кварталов в городах с населением 80 тыс. жителей и более<sup>18</sup>. Эти советы, члены которых назначаются мэром, представляют собой органы, которые могут лишь выдвигать предложения по вопросам, касающимся квар-

тала и города, и таким образом оказывать помощь в реализации местной политики. Вряд ли нужно говорить об их чисто консультативном и совещательном характере.

Если эти связи между административной прозрачностью и парципаторной демократией свидетельствуют об эволюции концепции административного органа и выработки решений публичной власти, то они в равной мере естественно наталкиваются на одни и те же ограничения.

### КОНЦЕПТЫ, ПОГЛОЩЕННЫЕ ТРАДИЦИОННОЙ МОДЕЛЬЮ АДМИНИСТРАЦИИ И ПРЕДСТАВИТЕЛЬНОЙ ДЕМОКРАТИЕЙ

Этот феномен можно наблюдать в отношении многочисленных ограничений права на ознакомление административным органом со своим делом и на участие в публичном решении, которые также дополняют традиционный способ осуществления представительной демократии.

*Ограничение права на ознакомление административным органом со своим делом.* Административную прозрачность не надо смешивать с прозрачной администрацией. Первое выражение указывает на движение, приоритет определенного поведения, но не соответствует стандартам прозрачной администрации. Существование любой организации требует того, чтобы она хранила хотя бы толику тайны<sup>19</sup>. Административный орган — не исключение: он должен соответствовать требованиям прозрачности, сохраняя при этом некоторую тайну в связи со своей деятельностью. Поиск этого баланса и позволяет достичь оптимизации взаимоотношений между административным органом и администрируемыми лицами.

<sup>13</sup> Ст. 4 Конституционного закона № 2008-724 от 23 июля 2008 г. «О модернизации институтов V Республики», опубликовано в: J.O.R.F № 0171 du 24 juillet 2008 p.11890.

<sup>14</sup> Ст. 4 Конституционного закона № 2008-724 от 23 июля 2008 г.

<sup>15</sup> С.Е, Rapport Public 2011, Consulter autrement, participer effectivement, La documentation Française, 2011. См. также: Lebreton G. La démocratie participative : un bilan mitigé // La démocratie participative: enjeux et réalités. L'Harmattan, 2013. P. 253.

<sup>16</sup> См., в частности: Frévoit O. Le concept juridique de démocratie de proximité // Guglielmi G.-J., Martin J. (dir.). La démocratie de proximité. Bilan et perspectives de la loi du 27 février 2002, dix ans après. Berger-Levrault, 2013. P. 49.

<sup>17</sup> Закон № 2002-276, опубликовано в: J.O.R.F du 28 février 2002 p. 3808.

<sup>18</sup> Статья 1 Закона № 2002-276, ст. L2143-1 C.G.C.T.

<sup>19</sup> См.: Chevallier J., Le mythe de la transparence administrative // C.U.R.A.P.P Information et transparence administratives, 1988. P. 239–275.

Об этом свидетельствует реализация общего режима доступа к административным документам, предусмотренного Законом от 17 июля 1978 г. Прежде всего, указанное право доступа распространяется только на документы, «произведенные или полученные при осуществлении возложенных на них публичных служб государством, территориальными коллективами, а также другими лицами публичного права или лицами частного права, на которых возложено осуществление такой службы»<sup>20</sup>. Кроме того, указанный Закон позволяет вносить новые компоненты в административную прозрачность, содействуя определению и даже закреплению тайны<sup>21</sup>. Так, перечисление, данное в ст. 6 Закона, направлено, с одной стороны, на обеспечение защиты государства и создание надлежащих условий для его деятельности, с другой стороны — защиты физических и юридических лиц, в отношении которых административный орган осуществляет сбор информации. В качестве оснований для отказа в предоставлении информации также указаны «тайна совещаний правительства и ответственных органов власти, относящихся к исполнительной власти» и «тайна национальной обороны». При этом представляется, что в словосочетаниях «руководство внешней политики Франции», «безопасность государства, общественная безопасность», «безопасность людей» или же «других охраняемых законом тайн» использованы в равной мере неточные и раздутые формулировки<sup>22</sup>. Что касается защиты частных лиц, в законе, в частности, указаны «медицинская тайна», «тайна промышленного и коммерческого характера», ограничивается передача документов, которые «содержат оценку или оценочное суждение

физического лица, названного по имени или которого можно легко определить» или «обнаруживают поведение лица, если раскрытие такого поведения может нанести ему ущерб». Каждая из тайн заслуживает подробных пояснений<sup>23</sup>, поэтому их толкование Комиссией по доступу к административным документам (независимый административный орган, который следит за соблюдением правил доступа к административным документам), а также судьей позволяют уточнить их содержание.

Указанное право на доступ к административным документам не означает, как утверждал Ги Брэбан<sup>24</sup>, «исчезновение тайны». Она по-прежнему присутствует в административной деятельности, но теперь покоится на более конкретной законодательной базе, чье достоинство заключается в том, что она сокращает радиус ее действия. Реализация права на ознакомление с административной деятельностью с использованием, в частности, права на доступ также ограничена обязанностями, которые возложены на административный орган в отношении администрируемого лица, по поиску соответствующей информации. Оно сведено к доступу к необработанной информации. Частное лицо не может требовать, в свете существующей судебной практики, дополнительной информации, объяснений или поиска административным органом по вызвавшему интерес вопросу. Информация должна существовать в форме документа, каким бы ни был его носитель. Таким образом, административная прозрачность отсылает к праву на ознакомление с административной деятельностью, а не к праву на ознакомление. Компоненты прозрачности поглощаются традиционным видением административного органа, не затрагивая основы этого видения.

<sup>20</sup> Статья 1 Закона № 78-753, измен. ордонансом № 2009-483 от 29 апреля 2009 г., принят. на основании ст. 35 Закона № 2008-696 от 15 июля 2008 г. «Об архивах», опублик. в: J.O.R.F № 0101 du 30 avril 2009 p. 7327. Исходя из этого документы должны храниться в непосредственной доступной для публичной службы месте: C.E., 10/9ème s.s.r., 24 avril 2013, Mme A. c. Fédération française de karaté et disciplines associées, № 338649: Mentionné dans les Tables du Rec. Lebon, concl. Crépey.

<sup>21</sup> См., в частности: *Letteron R. L'administré et le droit à l'information*, thèse [non publiée], Paris X, 1987.

<sup>22</sup> Например, о том, что касается отношений адвоката и клиента см. ст. 66-5 Закона № 71-1130 от 31 декабря 1971 г., содержащего реформу юридических и судебных профессий, опублик. в: J.O.R.F du 5 janvier 1972 p. 131. В равной мере то же имеет место в отношении информации, собираемой фискальными органами в соответствии со ст. L103 Кодекса фискальных процедур. В качестве недавнего примера см. решение Конституционного совета (C.C.) № 2013-684 DC от 29 декабря 2013 г. о внесении изменений в Закон о финансах 2013 г., опублик. в: J.O.R.F n°0303 du 30 décembre 2013 p. 22232, texte № 7.

<sup>23</sup> См., в частности: *Buy-Xuan O. Les secrets de l'administration // R.D.P. 2012. № 4. P. 1119.*

<sup>24</sup> *Braibant G. Op. cit.*



**Концепции, укрепляющие представительность  
в процессе выработки публичного выбора  
и принятия решений**

Правовые реалии, охватываемые парципаторной демократией, отнюдь не призваны ставить под сомнение представительную демократию, ставшую традиционной. Это видно из реакции на первый опыт использования референдума на местном уровне. Так, Закон от 16 июля 1971 г. об объединении и перегруппировке коммун в ст. 8 предусматривает организацию местного референдума по инициативе объединения нескольких коммун, но при соблюдении многочисленных условий. Во-первых, инициатива этой процедуры принадлежит муниципальному совету или префекту, но ни в коем случае не населению. Кроме того, такое требование может быть выдвинуто «половиной муниципальных советов коммун, на которые приходится две трети от общего числа населения» или «двумя третями муниципальных советов, на которые приходится половина от общего числа населения». Таким образом, необходимо выполнение тройного ряда условий для того, чтобы провести референдум, что, помимо отсутствия во Франции реального движения в пользу объединения коммун, объясняет его исключительный характер.

Процедуры, связанные с проведением консультаций или принятием решений на местном уровне, о которых говорилось ранее, заслуживают лучшей судьбы, однако они не являются основным компонентом реализации местной демократии. Подведенные Государственным советом в 2011 г. итоги свидетельствуют о редком применении этих процедур. Так, на уровне региона или департамента не было проведено ни одного референдума по принятию решения, предусмотренного Законом от 1 августа 2003 г.; лишь 40 коммун использовали эту возможность в 2005–2010 гг. Простая местная консультация в том виде, в каком она предусмотрена Законом ATR 92, в равной мере очень мало использовалась местными коллективами: всего 258 раз в 1995–2009 гг. Основная причина — существенное ограничение формата местного референдума: он может затрагивать исключительно вопросы, «входящие в компетенцию этих коллективов». К данному ограничению нужно также добавить сложность в различении того, что относится к компетенции коллектива. Вторая причина связана с институциональными ограничениями, предусмотренными в отноше-

нии этой процедуры. Референдум по принятию решения может иметь место только по инициативе территориального коллектива — народная инициатива существует только в отношении местной консультации, да и то в ограниченной форме. Этот список можно продолжать и дальше, но он показывает желание обеспечить легитимность народных избранников на местном уровне. «Парципаторная демократия должна оживлять демократию представительную. И ни в коем случае не подменять ее».

Идентичная ситуация складывается и на национальном уровне: опыт использования референдума, если взять все категории вместе, ограничивается 10 случаями. Реформа ст. 11 Конституции, осуществленная благодаря конституционному пересмотру 2008 г., условия применения которой были закреплены органическим Законом от 6 декабря 2013 г., демонстрирует нежелание придавать реальную значимость полупрямой демократии. В то время как в пояснительной записке говорится о «референдуме народной инициативы», приходится констатировать, что на самом деле это процедура смешанной инициативы, да и эти черновые наброски права на подачу петиции ограничиваются простым выражением народной поддержки законодательного предложения.

Упомянутые процедуры, по сути совещательного характера, представляют собой не совместное принятие решения, а форму поиска информации и присоединения. Это явный шаг в сторону административной демократии, причем она «сознательно направлена к людям» и считает «необходимым искать послушание не в одном лишь уважении к власти, которое опирается на страх наказания, но в одобрении умов».

\*\*\*

Процедуры парципаторной демократии и административной прозрачности свидетельствуют об эволюции концепции администрируемого лица: последний может вносить свой вклад, не ставя под сомнение существование администрации, приводящей в исполнение выбор народных избранников. Они улучшают реализацию представительной демократии, позволяя избежать конфликтов, снижая при этом недовольство. В этом смысле они придают больше легитимности выбору публичных властей посредством осуществления более тесного взаимодействия. Существование этих концептов и их совпадающее развитие направ-

лено на восстановление доверия администрируемых лиц к администрации и народному представительству. Благодаря поиску баланса между информированием и тайной, диалогом и властью, административная прозрачность и парципаторная демократия представляют собой движение вперед, но отнюдь не новую

форму администрирования или правления. Для его дальнейшего совершенствования также необходимо изменение поведения администрируемых лиц, нацеленное на развитие их стремления к публичным делам.

*Перевод Максима Сорокина*

М. А. Филатова\*

## «СРОЧНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ» В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

**В** российском праве отсутствует универсальная концепция «срочных процедур». Тем не менее отдельные примеры процедур, по формальным признакам близких к этому институту, как он понимается во французской правовой системе, встречаются в российском законодательстве довольно часто. В основном это касается различных процедур с «публичным элементом», т.е. предназначенных для разрешения споров гражданина с государством в лице различных его органов и должностных лиц. В то же время существуют подобные процедуры, предназначенные и для разрешения споров сугубо «частноправовой» природы. Более того, с формальной точки зрения споры с участием государства как субъекта властных полномочий могут разрешаться и в гражданском судопроизводстве. Здесь необходимо дать пояснения.

Конституция РФ (ст. 118) закрепляет осуществление судебной власти в Российской Федерации в форме гражданского, уголовного, конституционного и административного судопроизводства. При этом самостоятельная ветвь административных судов (или их аналогов) в российской судебной системе так и не была создана. Более того, концептуально вопрос о создании административной юстиции не был окончательно решен в ходе масштабных судебных реформ 1990–2000-х гг.<sup>1</sup> Поэтому на сегодняшний день функция административного судопроизводства выполняется в Российской Федерации судами общей юрисдикции, а также государственными арбитражными судами (рассматривающими экономические споры) в рамках их компетенции.

Различают также административное судопроизводство в узком и широком смысле. В узком смысле оно предполагает рассмотрение дел об административных правонарушениях, которое осуществляется судами общей юрисдикции на основе Кодекса РФ об административных правонарушениях, а также арбитражными судами по правилам Арбитражного процессуального кодекса РФ. В широком смысле оно подразумевает рассмотрение споров публично-правового характера с участием государства как властного субъекта, с одной стороны, и частного субъекта — с другой. Эти споры, в зависимости от субъектного состава и специфики правоотношений, могут рассматриваться судами общей юрисдикции или арбитражными судами. Так, споры с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, затрагивающие их права в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, рассматриваются арбитражными судами, а иные — судами общей юрисдикции. Первая категория рассматривается по правилам Арбитражного процессуального кодекса РФ, вторая — Гражданского процессуального кодекса РФ.

Административное судопроизводство в широком смысле включает в себя дела об оспаривании нормативных правовых актов (ниже уровня федерального закона; дела об оспаривании актов более высокого ранга отнесены к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ), дела об оспаривании индивидуальных актов (ненормативных актов, а также действий и бездействия государственных органов и должностных лиц), дела о защите изби-

<sup>1</sup> Среди многочисленных примеров обсуждения перспектив создания административной юстиции см., например: Кряжков В., Стариков Ю. Административные суды: какими им быть? // Российская юстиция 2001. № 1; Ярцев А. А. Дискуссия вокруг создания административных судов в современной России (по страницам ведущих российских юридических журналов) // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 10.

© Филатова М. А., 2016

\* Филатова Мария Анатольевна, доцент кафедры процессуального права Всероссийской академии внешней торговли, доцент кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

рательных прав и некоторые другие категории. Для рассмотрения отдельных из этих категорий установлены процедуры, схожие по своей сути со срочными процедурами, как они понимаются во французском праве. Кроме того, такого рода процедуры установлены также для столь «традиционных» в этом смысле категорий дел, как дела о реадмиссии иностранных граждан, а также о помещении гражданина в психиатрический стационар.

За основу выделения срочных процедур как особой формы юрисдикционной (судебной или внесудебной) защиты прав мы предлагаем взять такой их признак, как ускоренный (оперативный) характер. В то же время очевидно, что в каждом случае собственно «срочность» той или иной процедуры связана с ее особой природой и предназначением. Несмотря на отсутствие какой-либо генерализации этих мер в российской правовой науке, можно классифицировать данные виды процедур по признаку стадии их применения на том или ином этапе судопроизводства (или иного юрисдикционного процесса). По признаку срочности к условно «срочным» процедурам можно отнести и такие классические процессуальные институты, как принятие обеспечительных мер или обращение судебного решения к немедленному исполнению.

С указанной точки зрения можно выделить следующие типы процедур, имеющих признаки «срочных»:

- судебные процедуры рассмотрения отдельных категорий дел с сокращенными сроками;
- обращение решения к немедленному исполнению;
- сокращенные сроки (апелляционного) обжалования;
- сокращенные сроки рассмотрения апелляционных жалоб.
- Рассмотрим подробнее категории дел, для которых устанавливаются сокращенные сроки судебного (административного) рассмотрения и соответствующие процедуры.

## МЕРЫ ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ИСКА

Принятие обеспечительных мер по своей сути ближе всего к срочным мерам во французском праве. Хотя в российском законодательстве отсутствует прямой аналог процедур, именуемых *l'ordonnance de référé*, предусмотренных гл. II разд. II ГПК Франции, процессуальные кодексы традиционно предусматривают полномочия суда распорядиться о принятии обеспечительных мер, когда это необходимо для обеспечения эффективности будущего судебного решения; их принятие предусмотрено ГПК и АПК РФ для споров как частноправовой, так и публично-правовой природы, в том числе при решении срочных вопросов<sup>2</sup>.

В силу ст. 141 ГПК РФ, заявление об обеспечении иска рассматривается в день его поступления в суд без извещения ответчика, других лиц, участвующих в деле; определение суда об обеспечении иска приводится в исполнение немедленно (ст. 142 ГПК РФ). По общему правилу, такие меры могут быть приняты после предъявления иска. Однако при рассмотрении экономических дел государственными арбитражными судами, а также в делах о защите исключительных прав на фильмы (в судах общей юрисдикции) допускается подача заявления о принятии предварительных обеспечительных мер до предъявления иска (ст. 144.1 ГПК РФ). Возможность принятия судом предварительных обеспечительных мер связывается именно со срочностью вопроса, необходимостью превентивного принятия мер для того, чтобы обеспечить дальнейшее исполнение судебного решения.

Помимо этого, проект Кодекса административного судопроизводства, внесенный в Государственную Думу в 2013 г., предусматривает полномочия административного суда (создание которого задумано в проекте) распорядиться об обеспечительных мерах до принятия решения по административному делу, если:

- 1) существует явная опасность причинения вреда правам, свободам и законным интересам административного истца или не-

<sup>2</sup> Так, ст. 91 АПК РФ предусматривает обеспечительные меры в виде наложения ареста на имущество ответчика, находящееся как у него, так и у других лиц; запрета ответчику совершать определенные действия; возложение на ответчика обязанности совершать определенные действия; передача спорного имущества на хранение другому лицу и др. Схожий перечень мер устанавливает ст. 140 «Меры по обеспечению иска» ГПК РФ.

определенного круга лиц, в защиту интересов которых подано заявление;

- 2) защита прав, свобод и законных интересов административного истца будет невозможна или затруднительна без принятия таких мер (ст. 87 указанного проекта).

Обеспечительная мера принимается исходя из принципа соразмерности. Среди прочих мер суд может распорядиться о приостановлении действия оспариваемого решения или о запрете совершения определенных действий. Заявление рассматривается без уведомления сторон и без проведения судебного заседания. Лицо, в отношении которого вынесено такое решение, может обжаловать его в установленный законом срок.

### ВЫДАЧА СУДЕБНОГО ПРИКАЗА

Российское процессуальное законодательство устанавливает упрощенную процедуру рассмотрения бесспорных требований гражданско-правового характера, получившую название «судебный приказ». Эта процедура носит несостязательный характер, так как заявление рассматривается без проведения слушания, без вызова сторон и даже без уведомления ответчика (должника), в короткие сроки.

Согласно ст. 121 ГПК РФ судебный приказ — судебное постановление, вынесенное судьей единолично на основании заявления о взыскании денежных сумм или об истребовании движимого имущества от должника по требованиям, предусмотренным ст. 122 ГПК РФ. Требования, по которым может быть выдан судебный приказ, носят бесспорный характер. Судебный приказ выносится в течение 5 дней со дня поступления заявления о вынесении судебного приказа в суд, без проведения судебного разбирательства и вызова сторон для заслушивания их объяснений. После вынесения судебный приказ направляется должнику, который в течение 10 дней со дня его получения имеет право представить немотивированные возражения относительно его исполнения. При получении таких возражений должника судья отменяет судебный приказ без какой-либо дополнительной проверки по существу. При этом заявитель вправе обратиться в суд с иском в порядке обычно-

го искового производства. Если возражений относительно вынесенного судебного приказа в установленный срок от должника не поступает, судебный приказ обращается к исполнению; он не подлежит обычному (апелляционному) обжалованию, вступает в законную силу немедленно и может быть обжалован только в экстраординарных процедурах (кассации).

В процедуре выдачи судебного приказа снижено действие принципов состязательности и равноправия сторон, непосредственности и устности, поскольку должник не оповещается о поданном в отношении него заявлении и узнает о вынесенном судебном акте постфактум<sup>3</sup>. Таким образом, он лишен возможности влиять на ход рассмотрения заявления и выдачи судебного приказа. С другой стороны, этот недостаток процессуальных прав должника компенсируется возможностью заявления им немотивированных возражений, которые служат основанием для автоматической отмены вынесенного судебного приказа судьей. Данная процедура имеет ряд достоинств: быстрота, простота и дешевизна. Заявление рассматривается в течение пяти дней, оно составляется в максимально простой форме, поскольку речь идет о требованиях, подтвержденных надежными доказательствами; здесь нет сложных вопросов доказывания, а значит, сведена к минимуму необходимость профессиональной юридической помощи, что значительно удешевляет рассмотрение дела. Наконец, процедура проста и для заявителя, и для судьи. Таким образом, данный вид процедуры эффективен с точки зрения современных измерений правосудия: его стоимости, сроков и сложности. В то же время, если из представленных документов усматривается наличие спора о праве, судья отказывает в выдаче судебного приказа и разъясняет заявителю его право обратиться с обычным иском. Кроме того, небольшое число оспоренных судебных приказов (всего около 7 %) дает основания для признания этой процедуры эффективной с точки зрения ее сроков, затратности и результата. По данным судебной статистики, в отношении более чем 62 % всех гражданских дел, рассматриваемых мировыми судьями, применяется данная процедура. При этом в целом на мировых судьях приходится около 2/3 всех гражданских дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции.

<sup>3</sup> На это обращается внимание в российской процессуальной литературе; см., например: Бакулин О. В., Носырева Е. И., Филъченко Д. Г., Шеменова О. Н. Виды гражданского судопроизводства. М., 2012.

## ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЙ И ДЕЙСТВИЙ (БЕЗДЕЙСТВИЯ) ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ

Данная категория дел относится к «административному судопроизводству» в широком его понимании, так как возникает из публичных правоотношений.

Хотя формально процедуры рассмотрения споров граждан и юридических лиц с государством регулируются общими процессуальными кодексами<sup>4</sup>, закон устанавливает довольно существенные особенности разрешения таких дел. Эти особенности в целом соответствуют признанной специфике административного судопроизводства в его широком смысле, как оно признается в основных процессуальных системах. В частности, это касается распределения бремени доказывания между сторонами, которое в делах публично-правовой природы перекладывается на государственный орган или должностное лицо, выступающих на стороне ответчика. Именно эта сторона должна доказать законность меры или принятого акта, предположительно затрагивающего права заявителя. Второй существенной особенностью рассмотрения такого рода дел являются расширенные полномочия суда, который, в отличие от классических дел «частного» характера, имеет право по своей инициативе истребовать доказательства, в том числе от стороны процесса — государственного органа. Для рассмотрения некоторых из данных категорий дел закон устанавливает также сокращенные сроки рассмотрения. По этому признаку мы можем охарактеризовать данные процедуры как аналог «срочных процедур» во французском праве.

Как отмечалось, хотя с формальной точки зрения рассмотрение данных категорий дел регулируется «обычными» процессуальными кодексами (ГПК РФ и АПК РФ), для производства по делам публично-правовой природы характерна большая активность суда, перенесение бремени доказывания на «защищающуюся» сторону (государственный орган или должностное лицо), так как здесь присутствует больше элементов следственного процесса, чем в классическом частноправовом (исковом) производстве. В данных процедурах используются другие средства защиты: оспаривание нормативных правовых актов (и как результат — утра-

та ими юридической силы), отмена вынесенных решений властного характера (например, в области защиты избирательных прав). В то же время для защиты иных прав заявителя (например, для возмещения материального ущерба, причиненного вследствие нарушения прав заявителя) будут использоваться «классические» средства (например, гражданский иск). Существуют и другие процессуальные особенности рассмотрения той или иной категории дел в данном виде судопроизводства, в том числе касающиеся сроков рассмотрения дел.

Так, для рассмотрения заявления об оспаривании решения, действия или бездействия государственного органа, должностного лица, закон устанавливает срок в 10 дней (в Верховном Суде РФ для дел, рассматриваемых в рамках его компетенции, — 2 месяца). В данном случае сокращенный срок рассмотрения дела связан, во-первых, со значимостью индивидуального оспариваемого акта для заявителя и, во-вторых, с малой доказательственной базой по данным делам: в них практически не доказываются вопросы факта, но преимущественно вопросы права.

## РАССМОТРЕНИЕ ДЕЛ О ЗАЩИТЕ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ ПРАВ И ПРАВА НА УЧАСТИЕ В РЕФЕРЕНДУМЕ ГРАЖДАН РФ

Наиболее ярко особая природа процедур, которые могут быть охарактеризованы как «срочные», проявляется в делах о защите избирательных прав. Порядок рассмотрения данной категории дел регулируется отдельной главой ГПК РФ (гл. 26). Причиной выделения норм о порядке рассмотрения дел о защите избирательных прав в отдельную главу ГПК РФ являются, на наш взгляд, несколько моментов, главным образом — характер защищаемых правоотношений, из которых возникает потенциальный спор, и особые временные рамки, в которых данные правоотношения возникают, развиваются и прекращаются.

Указанная категория правоотношений, как известно, привязана во времени к срокам проведения избирательной кампании, поэтому временной предел их существования ограничен датой выборов (проведения референдума). Особый характер материальных право-

<sup>4</sup> По состоянию на 2014 г. речь шла о ГПК РФ и АПК РФ.

отношений, подлежащих защите в порядке, установленном гл. 26 ГПК РФ, определяет и специфику процессуальных способов их защиты, главным из которых является установление сокращенных сроков:

- 1) для обжалования в судебном порядке нарушений, допущенных во время проведения избирательной кампании (кампании референдума);
- 2) рассмотрения данных дел судом, причем как первой, так и кассационной инстанции<sup>5</sup>.

Особенности рассмотрения данной категории дел, сугубо публично-правовой по своей природе, установлены главой 26 ГПК РФ. Очевидно, что их специальный характер и процессуальные особенности рассмотрения обусловлены в первую очередь привязкой к определенному событию (выборам или референдуму) и четкому моменту во времени. Соответственно, для обеспечения надлежащей реализации избирательных прав особое значение приобретают оперативность рассмотрения жалоб на нарушения избирательного законодательства.

ГПК РФ устанавливает общий срок рассмотрения дел о защите избирательных прав: 3 месяца со дня, когда заявителю стало известно или должно было стать известно о нарушении законодательства о выборах, его избирательных прав или права на участие в референдуме. Этот срок совпадает с общим сроком на обжалование индивидуальных публичных актов.

Однако для периода избирательной кампании ГПК РФ устанавливает иные сроки: заявление, касающееся решения избирательной комиссии о регистрации или об отказе в регистрации кандидата, может быть подано в течение 10 дней со дня принятия обжалуемого решения, а заявление об отмене регистрации кандидата — не позднее чем за 8 дней до дня голосования (ч. 2 ст. 260).

В период избирательной кампании, кампании референдума заявление, поступившее в суд до дня голосования, должно быть рассмотрено и разрешено в течение 5 дней со дня его поступления, но не позднее дня, предшествующего дню голосования, а заявление, поступившее в день, предшествующий дню голосования, в день голосования или в день, следующий за днем голосования, — немедленно. В случае

если факты, содержащиеся в заявлении, требуют дополнительной проверки, заявление должно быть рассмотрено и разрешено не позднее чем через 10 дней со дня его подачи (ч. 6 ст. 260 ГПК РФ).

Заявление о неправильности в списках избирателей, участников референдума должно быть рассмотрено и разрешено в течение 3 дней со дня его поступления в суд, но не позднее дня, предшествующего дню голосования, а в день голосования — немедленно (ч. 7 ст. 260 ГПК РФ).

Решение по заявлению об отмене регистрации кандидата (списка кандидатов) принимается судом первой инстанции не позднее чем за 5 дней до дня голосования (ч. 9 ст. 260 ГПК РФ).

Таким образом, действующее законодательство предусматривает как общий порядок рассмотрения дел о защите избирательных прав (не в период избирательной кампании, а, например, сразу после нее), так и специальный, используемый именно в период избирательной кампании. Этот порядок отличается сжатыми сроками обжалования тех или иных действий избирательных комиссий в ходе кампании, а также оперативностью рассмотрения судами таких жалоб. Очевидно, что для эффективной защиты избирательных прав предпочтительнее вторая группа, ведь защитить нарушенное право до проведения выборов или референдума легче, чем после.

Апелляционная жалоба на решение (определение) суда по делу о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ, вынесенные в период избирательной кампании, кампании референдума, могут быть поданы в течение 5 дней со дня принятия судом соответствующего решения (ч. 3 ст. 261 ГПК РФ).

Действующее законодательство оставляет немало вопросов относительно последствий пропуска или нарушения таких специальных сроков для обращения в суд. Более того, судебная практика показывает, что в ряде случаев суды намеренно затягивали рассмотрение дела, с тем чтобы решение (даже в пользу заявителя) не успело вступить в законную силу до даты выборов, референдума. Ведь в случае, если выборы прошли, остается неясным способ восстановления нарушенных прав заявителя. В принципе, после даты выборов таковым

<sup>5</sup> Более подробно по этому вопросу см.: *Филатова М. А.* Проблемы применения процессуальных сроков по делам о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации (глава 26 ГПК РФ) // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 3, 4.

может являться только отмена их результатов, однако очевидно, что далеко не каждое нарушение избирательных прав, даже подтвержденное судом, на практике может повлечь столь серьезные последствия. Понятно, что отмена итогов голосования — самый радикальный, зачастую политизированный и поэтому нежелательный для рассматриваемого дела суда вариант устранения допущенных нарушений. В то же время возможны (и достаточно распространены) ситуации, когда допущенные нарушения не влекут отмены, так как не препятствуют выявлению действительной воли избирателей, тем не менее могут оказаться существенными для конкретного лица. Именно поэтому установление сокращенных сроков для обжалования нарушений избирательных прав, как и сокращенных сроков рассмотрения таких дел, направлено на соразмерное, дифференцированное и разумное восстановление нарушенных прав.

### **РАССМОТРЕНИЕ ДЕЛ О ВРЕМЕННОМ РАЗМЕЩЕНИИ ИНОСТРАННОГО ГРАЖДАНИНА, ПОДЛЕЖАЩЕГО РЕАДМИССИИ, В СПЕЦИАЛЬНОМ УЧРЕЖДЕНИИ**

Вопросы о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении, также регулируются ГПК РФ (гл. 26.1), хотя по своей сути эта мера близка к административному или уголовно-правовому ограничению свободы и связана со значительным ограничением прав лица. Реадмиссия (как и другие схожие меры — экстрадиция и выдворение) практически невозможна без предварительного временного размещения гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении, а это, в свою очередь, является существенным ограничением его прав, требующим санкции суда. В этом случае суды выполняют функции не правосудия в его гражданско-правовом значении (разрешение спора), а охранения. Данная процедура имеет особое значение в свете подписанного в 2007 г. Соглашения о реадмиссии между Россией и Европейским сообществом<sup>6</sup>.

При применении данной процедуры важнейшей задачей становится обеспечение баланса интересов государства и его граждан —

с одной стороны, и прав лица, подвергаемого реадмиссии, — с другой.

Решение о нежелательности пребывания (проживания) иностранных граждан в Российской Федерации в соответствии с действующей редакцией ч. 3 ст. 25.10 Федерального закона от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» может быть принято:

- а) в отношении иностранного гражданина или лица без гражданства, незаконно находящегося на территории Российской Федерации;
- б) в отношении лица, которому не разрешен въезд в Российскую Федерацию;
- в) в случае если пребывание (проживание) иностранного гражданина или лица без гражданства, законно находящегося в Российской Федерации, создает реальную угрозу обороноспособности или безопасности государства, либо общественному порядку, либо здоровью населения.

Отличие реадмиссии от депортации и экстрадиции лица заключается в том, что две последних процедуры применяются при наличии запроса иностранного государства о выдаче его гражданина или иного лица, совершившего преступление на территории данного государства.

Заявление о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении подается в суд в течение 48 часов с момента помещения иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальное учреждение (ч. 1 ст. 261.2 ГПК РФ).

Данное положение в целом соответствует общему конституционному принципу о допустимости ограничения свободы лица без судебного решения на срок не более 48 часов. Заявление рассматривается судьей в течение 5 дней со дня возбуждения дела; судебное заседание проводится в помещении суда (ч. 1 ст. 261.3 ГПК РФ).

### **ОБРАЩЕНИЕ РЕШЕНИЯ К НЕМЕДЛЕННОМУ ИСПОЛНЕНИЮ**

В качестве отдельного подвида срочных мер, отличающегося по своему характеру от описанных выше, можно выделить процедуру

<sup>6</sup> Соглашение между Российской Федерацией и Европейским сообществом о реадмиссии вступило в силу 01.06.2007 (Федеральный закон от 03.03.2007 № 26-ФЗ).



обращения решения к немедленному исполнению. По общему правилу решение суда обращается к исполнению после его вступления в законную силу, что происходит, как правило, после его обжалования в апелляционной инстанции или по истечении срока на такое обжалование. В то же время ГПК РФ устанавливает ряд случаев, когда решение может быть исполнено немедленно, т.е. еще до вступления в законную силу (ст. 211): это решение о взыскании алиментов, о выплате работнику заработной платы в течение 3 месяцев, о восстановлении на работе, о включении гражданина РФ в список избирателей, участников референдума. В указанных случаях срочность исполнения обусловлена особой значимостью рассматриваемых дел для истца, а также их социальной значимостью. Кроме того, в силу ст. 212 ГПК РФ,

суд вправе обратить решение к немедленному исполнению по просьбе истца, если вследствие особых обстоятельств замедление его исполнения может привести к значительному ущербу для взыскателя или исполнение может оказаться невозможным.

В глобальном процессуальном контексте наблюдается тенденция к обращению решения к немедленному исполнению, что рассматривается сегодня как способ ускорения отправления правосудия; это делается непосредственно в законе или по решению суда. Российское законодательство, следуя этой тенденции, применяет ее дифференцированным способом — в делах повышенной социальной значимости или в тех, где необходимость срочного принятия мер подтверждена истцом с помощью необходимых доказательств.

Б. Делоне\*

## ВИНА В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ ФРАНЦИИ

**В**о французском административном праве есть раздел, посвященный виновной ответственности, который со временем продолжает накапливать материал. Автор активно занимался его исследованием в прошлом<sup>1</sup>; в рамках нашего французско-российского коллоквиума по административному праву, цель которого — представить его основные понятия в сравнительном аспекте, мы постараемся в сжатом виде изложить ключевые выводы наших вышедших в свет работ.

Давайте сначала рассмотрим проблему в общих чертах. В таком случае мы заметим, что регулирование вины осуществляется прежде всего судебной практикой, а вина, как правило, связывается с ответственностью, хотя, как мы увидим далее, это дискуссионный вопрос. Напомним, что в XIX столетии принцип неответственности государства сменился принципиальным признанием его ответственности. Эта ответственность не может регулироваться согласно принципам, установленным Гражданским кодексом, не является ни общей, ни абсолютной и подпадает под специальные правила, которые варьируются в зависимости от потребностей публичной службы. В более узком понимании виновной ответственности находится, кроме того, важное различие между личной виной и виной службы. Вред, за который должны отвечать административные органы, почти всегда причиняется в результате действий или бездействия физических лиц, действующих от имени административных органов, однако трудно понять, кто именно — административный орган или его служащие — должны нести за них ответственность. Хотя

разделение ответственности между административными органами и их должностными лицами соответствует разграничению личной вины и виной службы, речь далее пойдет исключительно о вине службы.

Внимательно изучив «Сборник Дебона»<sup>2</sup>, можно найти, что после первого упоминания о вине административного органа в 1854 г. это выражение встречается несколько раз, и только в XX в. Вместо ответственности административного органа, как правило, предпочитают использовать другое выражение — вина службы. Хотя одно время они и употреблялись более или менее как синонимы, представляется, что вина службы является понятием с более узким значением, с более солидными корнями (оно относится к концу XIX в.), которое весьма прочно обосновалось во французском административном праве.

Вина публичной службы была распространенным способом возбуждения административного спора в суде, и, как противоположность личной вине, она позволила отграничить ответственность административного органа от личной ответственности его служащих. В какой-то степени она оказалась в двойном плену у института ответственности, в особенности споров об ответственности, рассматриваемых в суде. Теперь мы можем выдвинуть обратный постулат: вина не должна рассматриваться исключительно как неотъемлемый элемент ответственности, хотя она всегда анализируется в контексте ответственности. Достаточно взглянуть на основные учебные издания, чтобы заметить, что никогда одно не обходится без другого: говорят об «ответственности за вину» и о «вине, которая может

<sup>1</sup> TC 8 février 1873, Blanco, Rec. 1er supplt 61, concl. David.

<sup>2</sup> Сборник *Лебона* (recueil Lebon), официальное наименование — «Сборник решений Государственного совета по судебным спорам» (Recueil des décisions du Conseil d'Etat, statuant au contentieux); юридическое издание, в котором с 1821 г. публикуются основные решения Государственного совета и иных административных судов Франции. — *Прим. пер.*

повлечь за собой ответственность». Иногда оба понятия смешиваются, как в формуле Корню — «вина службы не есть что-либо иное, как невзыскательные словеса, для того, чтобы разрешить привлечь государство к ответственности». Уточним, что оба термина — «вина» и «ответственность» — иногда различаются: по крайней мере после 1895 г.<sup>3</sup> признается ответственность без вины (в случае риска или нарушения равенства перед бременем публичного обложения). Напротив, нигде не встретить следов вины без ответственности, вины вне рамок ответственности. Иными словами, изучение вины административного органа не должно исчерпываться виновной ответственностью; вина имеет свою собственную жизнь, которая не ограничивается одной лишь ответственностью.

Пусть в поисках вины за пределами ответственности, также необходимо искать ее за пределами судебных споров. Поскольку, привыкнув связывать вину с одной лишь сферой ответственности, мы ограничиваемся исключительно деятельностью суда. Конечно, первое, что приходит на ум, — это обратиться к спорам, рассматриваемым в суде, источнику первостепенной важности, результаты которого оказались полезным на каждом этапе настоящей работы. Однако познание вины не останавливается на изучении предположений, допущенных судьей. Ведь, как можно предположить, если большая часть случаев виновного поведения административных органов всплывает наружу и наказывается вне судебной призмы, от этого они не становятся менее виновными. Если мы возьмем первое, и широко распространенное, определение, согласно которому вина — это «ненадлежащее функционирование службы», то понятно, что, к примеру, когда медиатор Республики<sup>4</sup> осуждает «вызывающее сожаление поведение» или «непростительную беспечность» административного органа, то имеется в виду (даже если и сам этот термин не используется) виновное поведение административных органов, т.е. проявление плохого функционирования публичной службы. Если не ограничивать себя вокабуляром вины, а попытаться нащупать, что же она обозначает, то обнаруживаем, что по-

нятие вины административного органа шире судебных споров о вине административного органа. В частности, нельзя не прийти к выводу о том, что судьи не имеют монополии на определение и наказание виновного поведения административных органов. Сами администраторы также осуществляют исправление случаев плохого управления, используя для этого иерархические и дисциплинарные механизмы. В этой связи можно найти лишнее подтверждение важности механизмов, предотвращающих виновное поведение: распространения актов, в которых административный орган обязуется вести себя как добросовестная, гостеприимная и эффективная служба; издания кодексов правильного поведения — составных компонентов морализации административных органов, которые, дополняя друг друга, способствуют выработке административной этики.

Если прогрессивная конструкция принципа административной ответственности так и не получила полного развития в доктрине, то история вины остается нетронутой каким-либо исследованием, отличным от ответственности. Поэтому, отправляясь на поиски происхождения и развития вины, надо отдавать себе отчет в том, что она существовала раньше признания ответственности, в частности при Старом порядке в эпоху неответственности короля. Отсюда мы можем почерпнуть ценную информацию для нашей работы: вина и ответственность не всегда шли нога в ногу. Сближение этих двух понятий имело место с опозданием. В этом, несомненно, и заключается наиболее выраженное отличие от «цивилистической вины», у которой, в свою очередь, всегда «портом приписки» значилась ответственность. В административном праве, напротив, узы, связывающие вину и ответственность, укреплялись лишь на протяжении последних 150 лет, т.е. после отказа от правила о неответственности административных органов.

Что касается определения вины, то кажется поразительным, что подавляющее большинство авторов привержены частноправовому определению Планьоля, согласно которому вина — это «нарушение ранее существовавшего обязательства»<sup>5</sup>, но одновременно считают,

<sup>3</sup> CE 21 juin 1895, Cames, Rec. 509, concl. Romieu.

<sup>4</sup> Должность медиатора Республики была упразднена в 2011 г. в связи с учреждением согласно конституционной реформе 23 июля 2008 г. должности защитника прав. — Прим. пер.

<sup>5</sup> *Planiol M. Traité élémentaire de droit civil. 7<sup>ème</sup> éd. LGDJ. 1917. Т. II. № 863.*

что виной является ненадлежащее функционирование публичной службы, не определяя при этом, что имеет здесь решающее значение; впрочем, лишь для того, чтобы прийти к выводу, что вина — это понятие, которому почти невозможно дать определение. Также было решено изучать вину не с ее определения, а с анализа того, каким целям она служит. По смыслу терминологии Веделя, вина является скорее функциональным, нежели концептуальным, понятием.

Роль, то есть функция, вины административного органа обычно рассматривается как система защиты должностного лица. Это именно то, чем руководствовались, создавая ее как бы отрицательной, «выхолащивающей»: речь шла о том, чтобы оговорить условия личной ответственности функционеров, ограничить ее. При изучении этого функционального понятия можно показать, что, когда административный орган или судья рассматривают случаи ненадлежащего функционирования ответственности, это происходит не только с целью выплаты возмещения кому-то вовне, но в равной степени и для поддержания внутренней дисциплины в административном органе. Иными словами, вина не исчерпывается обязательством по возмещению ущерба в отношении администрируемых лиц; ей принадлежит другая, более присущая административному органу роль. Это значит, что вину нужно рассматривать как инструмент поддержания дисциплины в административном органе и только затем — как компонент возмещения ущерба.

### **ВИНА КАК ИНСТРУМЕНТ ПОДДЕРЖАНИЯ ДИСЦИПЛИНЫ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ОРГАНЕ**

С помощью своего воспитательного воздействия, ограничений, которые она уточняет, и решения, которое выносится по ней, вина должна рассматриваться как инструмент поддержания дисциплины в административном органе (не в смысле вины за дисциплинарный проступок). Санкция за вину выполняет функцию поддержания в надлежащем порядке функционирования, надзора за административной жизнью. Такого рода поддержание дис-

циплины осуществляется на двух уровнях, которые соответствуют двум значениям, обычно вкладываемым в термин «административный орган».

#### ***А. Инструмент поддержания дисциплины внутри административного института***

В административном институте, т.е. административном органе в своем органическом смысле, объединяющем совокупность служб и служащих, вина возникает в результате нарушений организации или этических норм внутри административного органа. На этом уровне, который Ориу охарактеризовал как «внутреннюю жизнь службы», а Риверо использовал как средство дифференциации между общей и внутренней законностью, вина службы — это нарушение службой своего закона (официального закона или «внутреннего» закона).

Если признание какой-либо внутренней дисфункции служб не находит юридической санкции на территории незаконности или гражданской ответственности, то иначе дело обстоит на иерархической и дисциплинарной территории. Следует также воспринимать признание вины как индикатор состояния служб, как средство, позволяющее идентифицировать нарушения внутри административного института.

В равной мере административный орган предполагает организацию служб. Там и происходит виновное поведение, но предотвращение вины требует появления «этики службы». Вина также выступает санкцией за плохую внутреннюю организацию служб.

#### ***Приведем три примера***

Вина может возникнуть прежде всего в результате плохой организации работы с кадрами, иллюстрацией чему служит то, что в просторечии называется убрать служащего с его места. Показательно в этом отношении дело Guisset<sup>6</sup>: дипломат, посол в Боливии в 1980-х гг., был вызван в Париж, где он получил временное прикрепление к центральной группе «А» на набережной Кэ-д-Орсэ<sup>7</sup>. На протяжении последующих лет он не занимал ни одного поста, не получил ни одного назначения или поручения до тех пор, пока у него не возникло

<sup>6</sup> CE Sect. 6 novembre 2002, Guisset, Rec. 376.

<sup>7</sup> На набережной Кэ-д-Орсэ в Париже находится здание Министерства иностранных дел Франции. — *Прим. пер.*

право на пенсию. В результате судебного спора он добился отмены подразумеваемого решения<sup>8</sup> министра об отказе в его назначении на какой-либо пост, что являлось основанием для возникновения вины административного органа и возмещения ущерба, причиненного отсутствием назначения на другой пост и продвижения по служебной лестнице. В этом деле привлекает внимание не столько возмещение, полученное заявителем, сколько санкция за плохое управление, наложенная на административный орган. Признание вины позволяет напомнить ему о внутренних правилах службы: административный орган должен предлагать назначение своему служащему или в противном случае инициировать процесс увольнения. Как элегантно выразился в этом деле правительственный комиссар Сталь, «сохранять в штате функционера на протяжении 12 лет, исправно выплачивать ему вознаграждение и при этом не давать ему какого-либо конкретного прикрепления, позволяющего ему нести службу, за которую он в принципе и получал вознаграждение, не представляется вполне адекватным требованию надлежащего публичного управления»<sup>9</sup>. Вот пример того, что Ориу назвал бы «виной, совершенной службой при ведении личных дел»<sup>10</sup>.

Вина может возникнуть по причине плохого материального обеспечения службы, которая предполагает своевременную и регулярную работу. Факты, изложенные в постановлении Anguet<sup>11</sup>, известны, но не перестают впечатлять: за несколько минут до закрытия почтового отделения Анге находился у окна, чтобы выполнить почтовую операцию. К тому времени, когда она была завершена, выход, предназначенный для посетителей, оказался закры-

тым, и его пригласили выйти на улицу через помещение для сортировки корреспонденции. Там он поссорился с двумя почтальонами, которые грубо выставили его за дверь; споткнувшись о порог при входе в сортировочное помещение, он сломал себе ногу. Несомненно, здесь налицо личная вина служащих, которые виновны в нанесении телесных повреждений. Однако налицо также и вина службы, причем двойная: Государственный совет констатировал, что неизвестное лицо, дабы приблизить наступление часа закрытия, передвинуло вперед настенные часы почтового бюро по улице Филь-дю-Кальвьер. Кроме того, наличие при входе порога представляет собой дефект, которого не должно быть в благоустроенном заведении. Помимо этого, судья отметил бездействие служащих, вынудивших лгать Куртлина, который (конечно же, переборщив) так описывал Анге: «Его зовут Перо. Он хоронит регулярно, каждый месяц, с полдюжины дядек и тётек, и каждую неделю, в понедельник, женится на кухне. В остальное время он заходит по делам или для того, чтобы решить важные проблемы за границей»<sup>12</sup>.

Наконец, вина иногда может заключаться и в плохой юридической организации, например мер внутреннего характера. Так, в постановлении Spire от 1978 г. допускается, что принятие мер внутреннего характера может повлечь за собой возникновение вины, даже если ее законность не может быть оспорена<sup>13</sup>. Этот же вопрос напрашивается и в отношении независимых административных органов: экономические операторы, уставшие от невозможности в большинстве случаев использовать инструменты, которые обычно дает оспаривание законности актов — которые

<sup>8</sup> Во французском административном праве до недавнего времени существовало правило, согласно которому в случае, если административный орган в течение 2 месяцев не предоставлял ответа на заявление физического или юридического лица, то считалось, что он по умолчанию вынес решение об отказе в удовлетворении предъявленного требования (*décision implicite de rejet*). Однако после принятия Закона от 12 ноября 2013 г. это правило было изменено: теперь молчание административного органа по истечении упомянутого срока по общему правилу означает его согласие на удовлетворение заявления. — *Прим. пер.*

<sup>9</sup> J.-H. Stahl, concl. sur CE Sect. 6 novembre 2002, Guisset, RFDA 2003, p. 985.

<sup>10</sup> M. Hauriou, note sous CE 29 mai 1903, Le Berre, CE 11 décembre 1903, Villenave et CE 1e juillet 1904, Nivaggioni, S. 1904, III, 121.

<sup>11</sup> CE 3 février 1911, Anguet, Rec. 146 ; S. 1911, III, 137, note M. Hauriou.

<sup>12</sup> Courteline, Messieurs les Ronds de Cuir, Lib. Gründ, p. 205.

<sup>13</sup> CE Sect. 9 juin 1978, Spire, Rec. 237.

были отняты в пользу «мягкого права», иногда возвышаемого по снисходительности до «гибкого права», — ищут судебную «руку помощи», место стыковки значимости и полезного эффекта, на помеченной, хорошо знакомой, хотя и мало возделанной, территории: речь идет об ответственности за действия регулирующих органов<sup>14</sup>.

Для того чтобы предотвратить такого рода виновное поведение, нужно использовать внутрислужебные этические нормы — распространять лучшие практики, стандарты надлежащего администрирования. Выявление вины само по себе служит доказательством того, что внутренние этические нормы не соблюдались. Профессор Дельволвэ, изучая роль вины службы, заметил, что «несомненно, в деле, в котором судья констатирует наличие вины, такого рода действия или поведение не могли не иметь место, и это тому доказательство». Вот иллюстрация дуализма вины — она является одновременно и санкцией за плохую организацию, и инструментом, позволяющим, отталкиваясь от противного, лучше организовать службу.

Кроме того, внутренние отношения складываются в пределах административного органа между вышестоящими руководителями и их подчиненными. В этом случае вина помогает руководителю службы, позволяя определить возможные недочеты в поведении служащего. Стало быть, внутренние отношения на службе можно разделить на две группы: иерархические и дисциплинарные.

Иерархические отношения дают возможность, например, предотвратить вину с помощью вознаграждения служащих, в частности вознаграждения по заслугам. Дисциплинарные отношения предполагают различие между дисциплинарной виной служащего и виной администрации. Как пишет Понтье, «мы вновь возвращаемся к вине, квалифицируемой в качестве дисциплинарной, поскольку, так или иначе, она сказывается на административном органе, она представляет собой поведение, не соответствующее идеалу служащего»<sup>15</sup>. Вина,

которая «сказывается на административном органе» и «не соответствует идеалу служащего», — это ли не определение вины административного органа? Сказанное не означает, однако, что дисциплинарная вина не существует отдельно: она подпадает под особый режим. Тем не менее факт, из которого возникает такого рода вина, по необходимости ничем не отличается от факта, из которого рождается уголовно наказуемая вина или вина службы. Нередко дисциплинарная вина становится источником вины службы<sup>16</sup>. Когда говорится о дисциплинарной вине конкретного служащего, то оказывается поставленной под сомнение вся служба в целом: «поведение функционера или военного вне службы может повлечь возникновение вины, подлежащей наказанию, если оно ведет к нарушению надлежащей работы службы или бросает тень на административный орган»<sup>17</sup>.

Внутренняя жизнь административного органа по определению предполагает менее доступный формат для изучения виновного поведения, нежели деятельность административного органа.

#### ***В. Вина как инструмент поддержания дисциплины административной деятельности***

В административной деятельности, если рассматривать административный орган в его материальном значении, вина характеризует нарушение законности, плохое управление и, в определенной мере, нарушение обязательств. В этом случае вина выполняет функцию поддержания дисциплины, которая проявляется в нескольких ипостасях.

Вина позволяет очертить контуры административной деятельности и в этом качестве выполняет функцию ограничителя административной деятельности. Признание вины указывает административному органу на то, что он не имеет право делать, и соответственно границы, в которых он может действовать. В деле о зараженной крови г-н Легаль с полным основанием пришел к следующему вы-

<sup>14</sup> Delaunay B. Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique // RDP. 2014. № 2. P. 276.

<sup>15</sup> Pontier J.-M. Préface à la thèse de Laurie F. L'appréciation de la faute disciplinaire dans la fonction publique. PUAM, 2002. P. 7.

<sup>16</sup> Например, см.: CE 29 juin 1990, Savigny, req. № 78859.

<sup>17</sup> CE 15 juin 2005, Bouniot c. Ministère de la Défense, Rec. 244 ; AJDA, 2005, p. 1689, concl. D. Casas ; JCP A. 2005, № 1270, note D. Jean-Pierre.

воду: «При поиске объективной вины необходимо определить, отталкиваясь от противного, каким со стороны государственной администрации должен был быть приемлемый ответ на эти события»<sup>18</sup>. Таким образом, каждый случай вины позволяет выявить правила, которые обязан соблюдать административный орган. Поэтому в какой-то мере можно утверждать, что вина — это тень, отбрасываемая нарушенными правовыми нормами. Приведем несколько примеров.

В первую очередь следует рассматривать плохое управление как вину. Возьмем, к примеру, роль медиатора Республики с 1973 г. Министр юстиции Рене Плевен обосновывал необходимость создания должности медиатора следующим образом: «Речь идет о том, чтобы появился единый собеседник, известный всем гражданам и легкодоступный тем из них, кто жалуется на плохое функционирование публичной службы»<sup>19</sup>. В докладе за 1989 г., опубликованном в печати, содержится список «плохих свойств», присущих административным органам, которые представляют собой «вызывающее сожаление поведение административных органов»<sup>20</sup>. А что такое плохое функционирование или нарушение функционирования, если не вина?

Нарушение законности может в равной мере влечь за собой вину, что, как представляется, вытекает из правовой позиции суда в деле Дрианкура<sup>21</sup> (однако на практике она имеет куда меньше последствий, чем ей порой неосторожно приписывают)<sup>22</sup>.

Признание вины администрации также позволяет подвергать административную деятельность моральному порицанию. Содержание такого рода оценки, очевидно, отнюдь не является положительным; сама по себе вина предполагает, что административному органу далеко до идеального образца в его деятельности.

Теперь, спустя века, судья и доктрина копаются в вокабуляре морали. В комментариях

Валина к решению *Carlier*, в котором Госсовет признал наличие вины в решении административного органа, запретившего гражданину доступ к тем частям Шартрского собора, в которых не отправляется культ, говорится: «Государственный совет выразил желание преподать виновному административному органу урок, который запомнится в службе, допустившей нарушение»<sup>23</sup>. Грубая неосторожность также отражает одновременно и сомнения при вынесении порицания. В этом и вся неопределенность грубой неосторожности: она одновременно и защищает, пока не выявлена, и влечет суровое наказание, сразу как ее обнаружили.

## ВИНА КАК ЭЛЕМЕНТ ВОЗМЕЩЕНИЯ УЩЕРБА

Признание вины административного органа дает поддержку потерпевшим от ущерба, нанесенного административным органом, и позволяет им получить возмещение. Несомненно, в этом аспекте роль вины вторична по отношению к роли ущерба — это условие в первую очередь рассматривается судьей, разрешающим дело об ответственности. Конституционный совет сделал возмещение ущерба, нанесенного виновным поведением, конституционным требованием<sup>24</sup>.

Вина выполняет здесь две взаимодополняющие, сменяющие друг друга функции в возмещении ущерба, нанесенного административным органом.

### А. Вина и предъявление требования о возмещении ущерба

В первую очередь вопрос о вине встает при инициировании требования о возмещении ущерба.

Вина выступает условием возмещения ущерба: ее наличие необходимо, чтобы инициировать ответственность за вину. А это означа-

<sup>18</sup> *H. Legal*, concl. sur CE Ass.

<sup>19</sup> *R. Pléven*, JOAN 15 décembre 1972, p. 6209.

<sup>20</sup> *Médiateur de la République*, Rapport public 1989, p. 140.

<sup>21</sup> CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c. Driancourt*, Rec. 78; AJDA, 1973, p. 245, chron. P. Cabanes et D. Léger; Rev. adm. 1974, p. 29, note F. Moderne.

<sup>22</sup> *Delaunay B.* La faute de l'administration, préc., p. 155 s.

<sup>23</sup> *M. Waline*, note sous CE 18 novembre 1949, *Carlier*, RDP 1950, p. 178.

<sup>24</sup> Cons. const. 22 octobre 1982, Rec. Cons. const. 62; D. 1983, J. 189, note F. Luchaire; v. également Cons. const. 9 novembre 1999, Rec. Cons. const. 116.

ет необходимость доказывания вины (иногда достаточно доказательной презумпции; презумпций вины). Однако это условие не является абсолютным, о чем свидетельствуют режимы ответственности без вины, несмотря на то что применение ответственности без вины иногда выхолащивает наличие вины; но судья выявляет ее неохотно, ссылаясь на то, что в вверенной ему сфере она не является необходимым условием для привлечения к ответственности административного органа. Ответственность без вины служит тому доказательством. Комментируя дело *Couitéas*, Ориу указал, что его материалы давали возможность привести его в качестве примера дела, основанного на вине административного органа. Речь шла о виновном нарушении законности, каковым был отказ в исполнении решения суда.

Можно найти еще одну иллюстрацию необходимости отличать совершение вины от ее роли в привлечении к ответственности. Если вина является безучастным — но не отсутствующим — условием ответственности без вины, то она не только предопределяет привлечение к ответственности за вину. К доказыванию вины необходимо добавить доказывание ущерба, а также причинно-следственной связи между фактом виновного (как впрочем, и невиновного) поведения и причиненным ущербом. Это свидетельствует о том, что виновное поведение недостаточно для обоснования требования о возмещении. Два других условия являются основополагающими: в отличие от вины администрации, которая здесь всего лишь одна из переменных, они — константы ответственности.

Нужно также отдельно сказать и о режимах возмещения. Начиная с 30-х гг. XX в. получили активное развитие специальные законодательные режимы, обеспечивающие более быстрое реагирование на потребности потерпевших, предоставляющие им возмещение в сферах, традиционно охватываемых неответственностью. Эти режимы, в принципе, отделены от вины<sup>25</sup>.

### **В. Вина и процесс получения возмещения**

Вина проявляется в значительно более сложном и редко заметном виде, в разрешении вопроса о возмещении, т.е. в его реализации. В этом случае напрашиваются два вопроса. С одной стороны, должно ли виновное лицо возмещать причиненный им ущерб? При этом, если быть точным, «вопрос о том, какое публичное лицо должно быть привлечено к ответственности, не следует путать с тем, какое лицо виновно в нанесении вреда, на том основании, что ответственность за личное поведение наступает не во всех случаях»<sup>26</sup>. Отвечая на этот вопрос, утверждают, что вина обладает ролью в возведении<sup>27</sup> ущерба на уровень обязательства по уплате возмещения, который она предполагает. Поскольку виновное лицо, очевидно, должно нести ответственность в первую очередь, виновное поведение обязывает это лицо возместить ущерб. Наличие вины, следовательно, может возложить обязательство по возмещению на того, кто ее совершил. При этом по единодушному мнению, лицо может нести ответственность только за собственные действия. Однако нужно поставить вопрос об ограничении обязательства виновного лица в уплате возмещения. Они вытекают, к примеру, из существования виновной службы. Дело *Popin*<sup>28</sup>, связанное с правосудием, дает пример того, что лицо, причинившее ущерб, вовсе не обязательно будет возмещать причиненный им вред, на том основании, что отправление правосудия неотделимо от государства. «В связи с этим именно ему надлежит отвечать перед участниками судебного процесса за убытки, которые могут возникнуть у них в результате осуществления судебной функции, обеспечиваемой под контролем Государственного совета административными юрисдикциями».

В равной мере вина учитывается при уплате возмещения, если имеется несколько лиц, обязанных возмещать ущерб. В этом случае тяжесть вины и каузальная роль каждого из лиц, по чьей вине он был причинен, дают основа-

<sup>25</sup> По этим вопросам см.: Frank A. Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation, L'Harmattan, 2008 ; Knetsch J. Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation. LGDJ, 2013.

<sup>26</sup> Amselek P. La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative // Etudes de droit public. Cujas, 1964. P. 291 ; Coudray Y. La détermination de la collectivité publique responsable. th. Rennes, 1979.

<sup>27</sup> Deguerge M. Causalité et imputabilité // J.Cl.A., fasc. 830.

<sup>28</sup> CE Sect. 27 février 2004, Mme Popin, Rec. 86, concl. R. Schwartz.



ния для предъявления исков лицами, исполнившими обязанность по уплате долга, против остальных должников.

Зависит ли размер возмещения от тяжести вины? Это — классическая проблема влияния вины на определение размера возмещения. Пытаются понять, имеют ли значение характеристики вины для определения размера возмещения, может ли она вести к сокращению или увеличению возмещения, предоставляемого судьей? Призванный оценивать возмещение, соответствующее причиненному ущербу, судья не остается полностью безучастным к тяжести совершенной вины.

В этом, однако, нужно видеть не что иное, как разрозненные и двусмысленные примеры, исходящие из идеи права Старого порядка о том, что выплата возмещения — это скорее прощение вины, нежели возмещение ущерба. Впрочем, в техническом плане принцип полного возмещения (и его производные — запрет административному органу выплачивать денежные суммы, которые он не должен, запрет дарений) предполагает исчисление размера возмещения в зависимости от одного причиненного ущерба, абстрагируясь от любого рода соображений, следующих из существа и степени вины административного органа. Соответ-

ственно, тщательный анализ судебной практики по этому вопросу показывает, что вине принадлежит субсидиарная и в достаточной мере побочная, несущественная роль. Иное означало бы для судьи, что верх взяла старая концепция ответственности, основанная главным образом на моральном и наказательном аспекте, который предполагает пропорциональную вине санкцию. Ответственность, когда она является гражданско-правовой, носит исключительно имущественный характер и не предполагает «позорящего» наказания.

Этот краткий обзор, а также то, что, как нам хотелось бы верить, является некоторым вкладом нашей работы, показывает, что отмирание вины администрации или даже ее сокращение — как часто объявляют, в пользу механизмов возмещения и компенсирования социальных рисков — далеко от того, чтобы на самом деле произойти. Редко встречающаяся в чистом виде вина административного органа использует для себя различные выражения (вина, могущая повлечь за собой.., грубая небрежность..) и по-прежнему позволяет, перефразируя профессора Жана Комбако, сочетать две «драмы»: «возмещение» и «наказание»<sup>29</sup>.

*Перевод Максима Сорокина*

<sup>29</sup> *Combacau J. L'illécite et le fautif // Droits. 1987. № 5. P. 7.*

К. Беше-Головко\*

## ПРИНЦИП ГЛАСНОСТИ В РОССИИ

Изначально предполагалось, что принцип гласности в административном праве предназначен для обеспечения гражданам доступа ко всей необходимой информации, касающейся их лично, если таковая затрагивает их законные интересы, а также содержит информацию о работе органов власти и дает возможность оспорить принятые ими акты<sup>1</sup>. В классическом представлении этот принцип выполняет две функции: с одной стороны, он воплощает известный принцип, практически аксиоматического характера, согласно которому никто не может отговариваться незнанием законов, то есть обеспечивает действие априори всех нормативных правовых актов или индивидуальных актов применения норм права; с другой стороны, он легитимирует деятельность государства и его органов, поскольку знание предполагает понимание целей и средств.

В этом смысле все законы и подзаконные акты, действующие на территории Российской Федерации, применяются с соблюдением правил о порядке опубликования законов и подзаконных актов, решений суда, информации о размещении государственных заказов, о деятельности органов государственной власти и т.д.

При этом в последнее время мы наблюдали развитие принципа гласности, выразившегося в некотором отступлении от первоначальной идеи. Так, от гласности/информирования мы переходим к транспарентности/контролю информации. Иными словами, мы переходим от индивидуалистской концепции принципа, согласно которой каждый может считаться заинтересованным в получении распространяемой информации, к рассмотрению коллективного

аспекта, сгруппированного вокруг законного интереса общества, находящегося в тесной взаимосвязи с интересом гражданского общества, что объясняется пересечением объема понятий общества и гражданского общества. В этом случае имеется в виду «активная» транспарентность, которая идет вразрез с классической «пассивной» гласностью.

С появлением нового смысла транспарентность предстает перед нами в качестве неотъемлемой гарантии существования демократического государства, хотя и становится почвой для злоупотреблений. Именно поэтому целесообразно рассмотреть как эволюцию принципа гласности, так и возможные отклонения от нормы, возникающие в результате злоупотребления полномочиями, которые имеют место в России.

### ПАССИВНАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРИНЦИПА ГЛАСНОСТИ: ОПУБЛИКОВАНИЕ

Принцип гласности в его классическом понимании (пассивная концепция), т.е. в смысле доступности информации, затрагивает постоянно расширяющуюся категорию актов, однако он раскрывается и в урегулировании порядка деятельности органов государственной власти. Такая модель вызывает необходимость развивать средства обработки информации и держать курс на модернизацию, как это неоднократно отмечалось политическим руководством страны, посредством увеличения количества информации, предоставляемой в режиме онлайн с использованием сети «Интернет».

<sup>1</sup> См.: *Capitant D. Les principes généraux de la procédure administrative en France // Les procédures administratives et le contrôle administratif à la lumière de l'expérience européenne / T. Ya Khabrieva (sous la dir. de). Moscou : Statut, 2011. P. 224s.*

© Беше-Головко К., 2016

\* *Беше-Головко Карин*, доктор публичного права, приглашенный профессор Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, президент ассоциации *Comitas Gentium: France–Russie*

### **Опубликование нормативных правовых актов и актов ненормативного характера**

Настоящий принцип касается порядка опубликования нормативных и ненормативных правовых актов как обязательного условия их законности. В действующем законодательстве, а именно в Федеральном законе от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ (в ред. от 25 декабря 2012 г. № 254-ФЗ) «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»<sup>2</sup>, в общих чертах был определен порядок опубликования актов, принимаемых на федеральном уровне<sup>3</sup>. Так, федеральные конституционные законы<sup>4</sup> и федеральные законы подлежат официальному опубликованию в течение 7 дней после дня их подписания Президентом РФ, акты палат Федерального Собрания публикуются не позднее 10 дней после дня их принятия, а международные договоры, ратифицированные Федеральным Собранием, — одновременно с федеральными законами об их ратификации (ст. 3 Закона № 5-ФЗ). Федеральные конституционные законы и федеральные законы направляются Президентом РФ для их официального опубликования; акты палат Федерального Собрания направляются Президенту председателем соответствующей палаты или его заместителем.

Опубликование считается официальным, если оно было осуществлено в большом количестве печатных изданий, что затрудняет процесс получения информации. Кроме того, дата первого среди них опубликования будет считаться начальной точкой для отсчета срока, с которого акт вступит в силу. Акты вступают в силу одновременно на всей территории РФ по истечении 10 дней после дня их официального опубликования, если самими актами не установлен другой порядок вступления их в силу.

Акты могут быть опубликованы в «Парламентской газете», «Российской газете», «Собрании законодательства РФ» или размещены на Официальном интернет-портале правовой информации. Сложно сказать, что между этими источниками существует реальное фактиче-

ское разделение. Если нормативный правовой акт подлежит обязательному опубликованию в «Парламентской газете», как это указано в Законе № 5-ФЗ, то уже не является обязательным его опубликование ни в первом, ни во втором изданиях. Что же касается «Собрания законодательства РФ», то оно охватывает широчайший спектр юридически значимых документов: конституционные федеральные законы, федеральные законы, акты палат Федерального собрания, указы и распоряжения Президента РФ, нормативные и акты ненормативного характера Правительства РФ, решения Конституционного Суда РФ о толковании Конституции и о соответствии Конституции законов, указов и других нормативных актов.

Наряду с периодическими изданиями в качестве источника опубликования упоминается официальный интернет-сайт. На нем могут быть размещены упомянутые акты, а также иные решения Конституционного Суда РФ, нормативные и акты ненормативного характера Правительства, акты других органов государственной власти, правовые акты субъектов Российской Федерации и т.д.

Порядок опубликования подзаконных актов установлен Федеральным конституционным законом от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ (в ред. от 7 мая 2013 г.) «О Правительстве Российской Федерации». В частности, нормативные акты Правительства<sup>5</sup> должны быть опубликованы не позднее 15 дней после их принятия. Порядок их опубликования также предусмотрен в Указе Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 (в ред. от 2 февраля 2013 г.) «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти». Положения этого Указа устанавливают сроки официального опубликования, определяют общее правило для нормативных актов Президента и Правительства — 10 дней со дня их подписания.

Нормативные акты Президента РФ вступают в силу одновременно на всей территории Российской Федерации по истечении 7 дней после

<sup>2</sup> Текст акта см. здесь: URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102030332&rdk=&backlink=>.

<sup>3</sup> См. комментарий В. В. Григорьева в СПС «ГАРАНТ» // URL: <http://base.garant.ru/58091490/>.

<sup>4</sup> Российские федеральные конституционные законы являются аналогом органических законов, существующих во французском праве.

<sup>5</sup> Под нормативными актами Правительства РФ здесь понимаются постановления.

дня их первого официального опубликования. Акты Правительства РФ, затрагивающие права и свободы человека и гражданина, устанавливающие правовой статус федеральных органов исполнительной власти, вступают в силу на 7-й день после их официального опубликования, иные акты — со дня их подписания. Такой порядок действует, если в самом акте не установлен иной порядок вступления его в силу.

Нормативные акты федеральных органов исполнительной власти, затрагивающие права и свободы, подлежат обязательной регистрации в Министерстве юстиции РФ, после чего в течение 10 дней они должны быть официально опубликованы. В противном случае акты не будут подлежать применению. В течение 10 дней со дня официального опубликования акты вступают в силу.

Порядок опубликования местных актов определен в Федеральном законе от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ (в ред. от 25 ноября 2003 г.) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». В нем указано, что Конституция и закон субъекта РФ вступают в силу после их официального опубликования. Законы и иные нормативные правовые акты по вопросам защиты прав и свобод человека и гражданина вступают в силу не ранее чем через 10 дней после их официального опубликования.

Для того чтобы принцип гласности действительно мог быть реализован, необходимо иметь представление об особенностях процедуры распространения информации. Здесь следует обратить внимание на языковое многообразие в Российской Федерации. Согласно Федеральному закону от 27 октября 1991 г. № 1807-1 (в ред. от 2 июля 2013 г.) «О языках народов Российской Федерации» федеральные конституционные законы, федеральные законы, акты палат Федерального Собрания, акты Президента и Правительства РФ официально публикуются на государственном языке Российской Федерации, т.е. на русском языке. Тем не менее они могут быть также опубликованы на государственных языках республик или на языках народов Российской Федерации.

Это положение в равной степени применимо в отношении нормативных актов субъекта в случае, когда в нем проживает большое количество носителей такого языка.

Применение правил опубликования, реализующее принцип гласности, содержит два исключения: акты, содержащие сведения, составляющие государственную тайну, так же как и акты, содержащие конфиденциальную информацию, не подлежат опубликованию. Границы последнего понятия были определены Указом Президента РФ от 6 марта 1997 г. № 188 (в ред. от 23 сентября 2005 г. № 1111), утвердившим перечень информации, носящей конфиденциальный характер. Так, информация считается конфиденциальной, если она относится к одной из шести категорий:

- 1) сведения о фактах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные);
- 2) сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства, а также сведения об участниках уголовного судопроизводства, в отношении которых осуществляются меры государственной защиты;
- 3) служебные сведения, доступ к которым ограничен (служебная тайна);
- 4) сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен (врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений и т.д.);
- 5) коммерческая тайна;
- 6) сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них.

#### **Расширение доступа к информации**

Понятие гласности должно быть ограничено и должно касаться, с одной стороны, доступа к решениям суда, а с другой — к информации о деятельности и структуре государственных органов. Расширение доступа к информации равносильно открытию ящика Пандоры.

В 2008 г. был принят федеральный закон для обеспечения доступа к информации о решениях судов<sup>6</sup>. В результате проведения реформ этот

<sup>6</sup> Федеральный закон от 22 декабря 2008 г. № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» (в ред. от 12 марта 2014 г.) // URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_160125/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_160125/).

закон принял размах, приближающийся к необъятному, возможно абсурдному, но в любом случае не являющемуся необходимым. Это связано с тем, что с проведением масштабных преобразований в 2010, 2011 и 2013 гг. стало обязательным предоставление информации обо всех решениях суда, вынесенных по любым видам дел, во всех видах инстанций. В 2012 г. Пленум Верховного Суда РФ также принял постановление, разъясняющее нижестоящим судам процедуру опубликования решений<sup>7</sup>. Тем не менее необходимо подчеркнуть, что эта реформа, полная благих намерений, была произведена исключительно по политическим причинам. Как известно, судебная власть всегда находится в центре постоянной и ожесточенной критики со стороны части гражданского общества. Обеспечив полный доступ к информации, власти хотели продемонстрировать, что им нечего скрывать. Кроме того, было необходимо реализовать идею технически. Как это ясно следует из аналитического отчета Европейского университета Санкт-Петербурга<sup>8</sup>, гражданское общество пришло к единодушному заключению о том, что одним из способов устранения проблемы недоверия к судебной системе является повышение прозрачности системы, что, в частности, достигается с помощью компьютеризации информации о деятельности судов.

Эта огромная работа частично являлась воплощением идей Верховного Суда РФ о необходимости повышения прозрачности, хотя в обществе и не существовало реальной потребности в этом. По результатам опроса, проведенного Фондом ИНДЕМ<sup>9</sup> в 2008 г., только 2,4 % респондентов действительно интересовались работой судов. Показатели повышались до 9,6 %, если группа опрошиваемых состояла из предпринимателей. Если сложить эти результаты с ответами людей, которые выражали лишь небольшую степень заинтересованности, то мы получим только 18 %. Таким образом, трудно сказать, что опубликование всей информации о деятельности судов отвечает реальным запросам общества, особенно если учесть, что лишь 7,2 % опрошенных собира-

лись использовать полученные ими данные. Из этого можно сделать вывод, что данное решение являлось политическим, но не оказало ожидаемого эффекта, т.е. укрепления законности правосудия и повышения уровня доверия к суду, поскольку выбранный инструмент не был успешно применен к преследуемым целям. Тем не менее это оказалось полезным для гражданского общества.

В то же время существует огромное количество проблем. Это, например, создание интернет-сайтов для распространения информации по каждому суду, не говоря уже о физической возможности получения доступа в Интернет. Так, закон предусматривает создание пунктов подключения к сети «Интернет» в помещениях органов власти, библиотек и других местах. Детализация технических аспектов реформы являлась плодом реформы 2011 г., касавшейся внедрения интернет-технологий, что раскрывало техническую составляющую принципа гласности, который тогда преобразовался в принцип открытости. Такое развитие прекрасно укладывается в общую логику эпохи президентства Д. А. Медведева, для которой прогрессивность выражалась в техническом оснащении.

Помимо технических проблем, со временем разрешимых, возникают два принципиальных вопроса: может ли избыток информации уничтожить ее ценность и каковы пределы возможности опубликования? Любопытно, что в аналитическом отчете, выполненном Европейским университетом в Санкт-Петербурге, такая обеспокоенность выражается в отношении судебного прецедента. Несмотря на то что Россия традиционно считается страной писаного права, являющегося характерной чертой континентальной модели, это не мешает некоторым российским юристам, которые, правда, в своем большинстве обучались за рубежом по англосаксонской системе, постоянно обращаться к судебным прецедентам. Проблема, возникшая в связи с огромным количеством опубликованных решений, заключается в том, что они не упорядочены по иерархии, т.е. они

<sup>7</sup> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2012 г. № 35 «Об открытости и гласности судопроизводства и о доступе к информации о деятельности судов» // <http://www.rg.ru/2012/12/19/otkritost-dok.html>

<sup>8</sup> См.: [http://www.enforce.spb.ru/images/Issledovanya/Otkrytost\\_pravosudiya.pdf](http://www.enforce.spb.ru/images/Issledovanya/Otkrytost_pravosudiya.pdf)

<sup>9</sup> Сатаров Г. А., Римский В. Л., Благовещенский Ю. Н. Социологическое исследование российской судебной власти. М. ; СПб., 2010.

появляются на сайте суда, и на этом все заканчивается. Такой документ никогда не содержит доктринальных обоснований, что, к сожалению, не входит в его задачи. Между тем защитники реформ рассуждали в духе американских социологов еще до появления таких социологических исследований. Но они не имели ни желания, ни знаний, позволяющих создать настоящий доктринальный труд на основе вынесенных решений. Такой технический социологический подход, позволяющий произвести подсчет вручную, строго говоря, не может принести ничего нового в юридическую науку, которая, кстати, не препятствует проведению более чем репрезентативной выборки решений, привлечших внимание, по причинам, не имеющим ничего общего с научными.

Другой любопытный вопрос затрагивает определение границ принципа. Это касается правила незамедлительного опубликования решений в судах в целом, а в сфере уголовного права — в момент вступления в законную силу обвинительного приговора. Но в рамках этого временного ограничения существуют и другие оговорки. Они содержатся в ограничениях, связанных с государственной и иными видами тайн, персональными данными, охраняемыми в целях защиты неприкосновенности частной жизни. Кроме того, закон предусматривает запрет на опубликование решений по делам о семейных спорах, о признании недееспособным, если это затрагивает интересы несовершеннолетних, о принудительной госпитализации в психиатрический стационар и т.д.

В то же время в 2009 г. был принят другой закон<sup>10</sup>, также измененный в целях развития информатизации в 2011 г., предлагающий меры по обеспечению доступа к информации о деятельности органов власти на федеральном и местном уровнях. Таким образом, если рассматривать эти два закона в системе, то первый будет относиться к деятельности судебной власти, второй — к исполнительной ветви власти, а общие вопросы (технические, бюджетные) содержатся в каждом из них. В результате может показаться, что принцип гласности полностью реализован, поскольку доступ к информации об устройстве и о деятельности органов власти и судов полностью обеспечен. С юридической точки

зрения это, безусловно, так. И если указанные изменения были бы исключительно правовыми, то эта позиция не могла бы подвергаться сомнению. Однако речь идет об исходной точке, или, скорее, о правовой позиции, выраженной в отношении глобальной политической идеи о противостоянии государства и гражданского общества. И здесь мы обращаемся к «активной» концепции принципа «транспарентности», которая берет начало в принципе открытости, чтобы затем преобразовать процесс раскрытия информации в участие в ее получении.

### ОТКЛОНЕНИЯ ОТ ПРИНЦИПА ТРАНСПАРЕНТНОСТИ В ПОЛИТИЧЕСКОЙ СФЕРЕ: УЧАСТИЕ

Последние реформы законодательства, касающиеся принципа гласности, обеспечили доступ к информации, т.е. право юридических лиц и общественных организаций требовать получения такой информации. Эта часть населения, обычно именуемая гражданским обществом, наиболее активна в политической сфере. По состоянию на 1 января 2013 г. в России было зарегистрировано 219 688 общественных организаций.

Традиционно государство имеет монополию на создание норм права, что является одним из проявлений его внутреннего суверенитета. Таким образом, транспарентность, или открытость, обеспечивает доступ к уже имеющейся информации, принятым законам. Тем не менее интерес гражданского общества направлен на переход от равнодушной открытости органов власти к активному участию в их деятельности, учитывая, что распространенный в настоящее время порядок управления в современных государствах подразумевает их доступность.

Возрастание ценности общества, личности в России, как и везде, заставило государство предусмотреть как минимум процедуру предварительных консультаций, а как максимум — создать «сателлиты», полугосударственные образования, которые смогли бы участвовать в процессе разработки норм права, оказывать влияние на законодательство и судебную практику. Россия выбрала максималистский вариант.

<sup>10</sup> Федеральный закон от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» // URL: <http://base.garant.ru/194874/>.

Возникает множество консультативных органов, будь то Общественная палата, Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека, который под председательством М. А. Федотова стал крайне политизирован. Но параллельно с этим, на основании идеи, предложенной Баракком Обамой несколько лет назад, было создано Открытое правительство. Любопытно наблюдать, как эти институты используют принцип транспарентности для того, чтобы попытаться упрочить совместное сотрудничество в области управления общественными делами.

### **Консультативные органы: активная транспарентность**

Консультативные органы многочисленны, даже слишком, чтобы каждый из них можно было проанализировать в отдельности. Мы сделаем это в общем виде, остановившись на рассмотрении деятельности Совета по развитию гражданского общества и правам человека, который использует распространяемую информацию в целях ее обработки, предварительной оценки и направления во властные органы для того, чтобы оказать влияние на принятие решения.

Совет по развитию гражданского общества и правам человека при Президенте РФ, возглавляемый М. А. Федотовым, является консультативным органом. Цель его деятельности — информирование Президента о положении дел в области прав человека и подготовка предложений в этой сфере. Изначально он был создан в форме комиссии Указом Б. Н. Ельцина от 26 сентября 1993 г. В 2004 г. Комиссия была преобразована в Совет<sup>11</sup>, который укрепил свое положение. До 2002 г. этот орган возглавляли крупные юристы, но Совет, достигнув высот при руководстве им Э. А. Памфиловой, стал все чаще заниматься подготовкой нормативных правовых актов, а не делами, которые имели сильный общественный резонанс. В 2010 г. Совет начал работать под председательством М. А. Федотова, и его политико-юридическая активность еще больше усилилась. Его состав и полномочия были также расширены. Сегодня в нем состоит большое количество представителей общественных организаций,

предпринимателей, социологов и некоторые медиаперсоны. Особенно можно отметить присутствие П. Н. Гусева (генерального директора и главного редактора газеты «Московский комсомолец»), К. В. Кабанова (председателя Национального антикоррупционного комитета), И. А. Каляпина (главы Комитета против пыток), А. Г. Кучерены (наиболее популярного в СМИ адвоката), Т. Г. Морщаковой (судьи Конституционного Суда в отставке и наиболее яркого сторонника депенализации в сфере предпринимательской деятельности), Л. Г. Парфенова (широко известного журналиста), С. А. Пашина (судьи в отставке и автора концепции судебной реформы, принятой в 1991 г.), А. К. Пушкова (журналиста и председателя Комитета Государственной Думы по международным делам), Н. К. Сванидзе (политического аналитика), И. М. Хакамады (политического деятеля 90-х годов и писательницы), С. А. Цыпенкова (Гринпис России), большого количества преподавателей «Высшей школы экономики» (поддерживающих либеральные реформы по англосаксонской модели), Л. В. Шибановой (ассоциация «Голос»), И. Ю. Юргенса (ИНСОП — Институт современного развития). Совет состоит из 19 постоянных комиссий:

- по развитию НКО;
- социальным правам;
- гражданским свободам и гражданской активности;
- экологическим правам;
- исторической памяти;
- гражданскому участию в правовой реформе;
- военно-гражданским отношениям;
- гражданскому участию в противодействии коррупции и контролю за правоохранительными органами;
- гражданскому участию в модернизации экономики;
- содействию общественным наблюдательным комиссиям и реформе пенитенциарной системы;
- гражданскому участию в миротворчестве и защите прав человека на Северном Кавказе;
- культурным правам;
- законодательству об общественном контроле;
- избирательным правам;

<sup>11</sup> Указ Президента РФ от 6 ноября 2004 г. № 1417.

- свободе информации и правам журналистов;
- миграционной политике и защите прав человека в сфере межнациональных отношений;
- трудовым правам и социальному партнерству;
- правам человека за рубежом;
- прецедентным делам.

Деятельность Совета по правам человека охватывает очень широкую сферу. Если в целом виды деятельности не вызывают особых вопросов, то целесообразность некоторых из них понять трудно. При этом необязательно обращаться к заключениям по громким делам, в частности по делам Магнитского и Ходорковского, поскольку эти события получили большую огласку в СМИ, например ЕСПЧ вынес решение по первому делу ЮКОСа. Вместо этого юристу будет полезно сосредоточиться на одном из аспектов деятельности данного Совета. Он касается опубликования обзора судебных решений под руководством судьи в отставке С. А. Пашина, с привлечением подхода, который подразумевает доведение до населения решений суда. И если развитие системного подхода к анализу правоприменительной практики действительно важно, то здесь ситуация немного другая, поскольку она подразумевает необходимость выявить и проанализировать конкретные случаи, имеющие особое значение для общества, хотя критерии таковых не были точно определены<sup>12</sup>.

Чтобы обойти критику, которая могла быть вполне правомерно ему адресована, Совет поставил перед Конституционным Судом вопрос, в общем-то, риторического характера. Он хотел выяснить, не может ли его мониторинг в некоторой степени оказывать давление на судебную систему. Конечно, Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин логично ответил (как и рассчитывали представители Совета по правам человека), что анализ судебных решений не может быть ничем ограничен и не оказывает никакого давления, поскольку выводы не носят обязательный характер для судей. И это все, что было необходимо Совету по правам человека, поскольку он существует в системе мягкой силы (soft power), а не позитивного права.

Несмотря на положительный ответ Конституционного Суда РФ, С. А. Пашин все еще ощущает необходимость подтверждения законности

деятельности комиссии в этой сфере. Странно, что это относится и к научным работам, которые широко используются учеными, например во Франции. Что может быть более естественным, чем анализ судебной практики для изучения ее эволюции, фиксирования и осознания переломных моментов, выявления логики политики права? Между тем, С. А. Пашин считает важным обратить внимание на специальные знания членов Совета, являющихся защитниками прав человека, практикующими юристами, безусловными представителями гражданского общества, которые великолепно знают, каким право должно быть. И тогда мы уходим от объективного анализа, поскольку к нему добавляется цель — долг определить, быть или не быть. Следующая фраза еще лучше проясняет ситуацию: «Мы заинтересованы в том, чтобы российское правосудие соответствовало международным стандартам защиты прав человека». Как будто можно предположить, что кто-то не заинтересован в этом. Таким образом, преобразуя по форме и содержанию данные мониторинга, следуя логике, должны прийти именно к этой цели.

По существу, мы говорим об использовании инструмента давления для того, чтобы российское право соответствовало стандартам Совета Европы, с которым Россия конфликтует по все более острым политическим вопросам, например в последнее время это происходило, когда она выигрывала в крупных судебных спорах на уровне правовой позиции. И желание при мониторинге выбрать решения и, поскольку это неплохой вариант, поставить в зависимость от европейских стандартов как минимум ставит под сомнение объективность анализа или же поднимает вопрос о соблюдении этических норм.

Очень распространенным по форме является мониторинг конкретного дела. Это пример применения англосаксонского прецедентного метода. То, что право объясняется с привлечением судебной практики, развивается в практике судов, — это общий момент и для системы континентального права, поскольку «планета права» не может существовать автономно. Но решения других судов не являются обязательными, если, конечно, речь не идет об апелляции или о кассации по конкретному делу. Однако здесь при выделении важных

<sup>12</sup> URL: <http://russiepolitics.blogspot.ru/2013/09/le-conseil-des-droits-de-lhomme-veut.html>.



решений по различным вопросам, поднимаемым в делах всех судебных инстанций в стране, Совет смешивает их виды. Вы найдете решения суда г. Воронежа или Екатеринбурга, не зная, почему именно они были выбраны для этих конкретных юридических вопросов и как они могут создавать прецедент при отсутствии участия Верховного Суда РФ. Между тем, как уточняется в описании к документу, он предназначен для адвокатов, защитников прав человека, судей, ученых. Адвокатов и защитников прав человека, таким образом, призывают опираться в работе на описанные случаи, хотя, конечно, судебного прецедента не может существовать в России, придерживающейся европейской континентальной логики. Этот документ адресован судьям, которые обращают особое внимание на конкретные случаи в надежде найти подкрепление своим правовым позициям. Он также ориентирован на ученых, потому что если преподаватели вузов начинают строить свой курс, основываясь на практике (ранее выбранной для них, а не ими), а затем объяснять теорию, то это будет не чем иным, как попыткой ввести в России радикальную модель англосаксонской системы прецедентов.

Таким образом, Совет начал выстраивать связь между транспарентностью и участием. Этот мостик впоследствии превратится в автостраду — после создания открытого правительства.

*Открытое правительство и полугосударственные образования.* Идея открытого правительства была высказана Баракком Обамой в 2009 г. и именовалась Open Government Initiative, она была нацелена на обеспечение большей прозрачности управления и участия граждан в политике<sup>13</sup>. В 2010 г. девять стран ввели этот институт<sup>14</sup>. Со своей стороны, Д. А. Медведев, в то время являвшийся Президентом РФ, в 2011 г. позаимствовал эту идею в целях создания структуры, укрепляющей связи между государственными органами и гражданским обществом, чтобы она доносила информацию до государства и у последнего была

возможность постоянно работать с экспертами по вопросам внутренней политики. Она была реализована на основе Указа Президента РФ от 8 февраля 2012 г. № 150<sup>15</sup>. Указом от 20 мая 2012 г.<sup>16</sup> М. А. Абызов был назначен министром РФ по делам открытого правительства. В соответствии с постановлением Правительства РФ 26 июля 2012 г. № 773 была создана Комиссия по координации деятельности открытого правительства.

Тем же днем Правительство постановлением № 774 определило структуру другого органа открытого правительства — Экспертного совета при Правительстве РФ.

Экспертный совет является совещательным органом, который должен оценивать экономические и социально значимые решения Правительства РФ и представлять позицию гражданского общества. Он должен взаимодействовать со всеми органами власти. Направлениями деятельности открытого правительства являются: участие в разработке и реализации решений Правительства РФ, участие представителей Экспертного совета во встречах с Правительством РФ, осуществление контроля общества за эффективностью работы Правительства РФ, мониторинг эффективности бюджетных расходов федерального бюджета и др. Появился конфликт компетенций, который необходимо разрешить. Таковой возникает в отношении полномочий Счетной палаты, которая осуществляет оценку эффективности бюджетных расходов. Мониторинг исполнения правовых актов относится к компетенции Министерства юстиции.

Состав Экспертного совета при Правительстве также любопытен, прежде всего потому, что в него включены лица, которые входят в иные Советы при Президенте. Так, в нем состоят: А. А. Аузан, известный либерал, член Совета при Президенте по модернизации экономики и инновационному развитию; В. Ф. Абрамкин, который руководит Центром содействия реформе уголовного правосудия и является членом Совета по содействию и развитию институтов

<sup>13</sup> См. речь Б. Обамы 23 апреля 2009 г.: URL: [http://www.youtube.com/watch?v=i1-W7QSXT\\_c&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=i1-W7QSXT_c&feature=player_embedded).

<sup>14</sup> О теории Открытого правительства см.: Open Government, Collaboration, Transparency and Participation in Practice / Edited by D. Lanthrop and L. Ruma. O'Reilly Media, 2010. URL: <http://большоеправительство.рф/upload/iblock/af3/af31ea0790823f5a83b4cdb1c1478a97.pdf>.

<sup>15</sup> URL: <http://большоеправительство.рф/upload/iblock/af3/af31ea0790823f5a83b4cdb1c1478a97.pdf>.

<sup>16</sup> URL: <http://большоеправительство.рф/downloads/ukaz.jpg>.

гражданского общества и правам человека при Президенте. Такое удвоение компетенций ставит под вопрос необходимость существования этого института, за исключением случаев, когда Правительство РФ работает в связке с Президентом РФ, тогда здесь возможны варианты. Потребность в открытом правительстве очевидна, если в его состав входят наиболее жесткие и настойчивые представители либеральной части общества. Тенденция же, которая наблюдается при образовании открытого правительства, как это ни странно, является проправительственной. Странно, поскольку если логично то, что в Комиссии находятся члены Правительства РФ, то включение в состав Совета ректора «Высшей школы экономики» Я. И. Кузьмина, который является супругом Э. С. Набиуллиной, помощника Президента и также члена Комиссии, выглядит неоднозначно. Не говоря уже о вхождении в Комиссию государственных компаний, например РОСНАНО, Президента Татарстана, мэра Москвы, Уполномоченного по защите прав предпринимателей и т.д. Иными словами, Комиссия весьма разнородна и в большей степени состоит из представителей правительственных структур. Таким образом, Комиссия сама по себе является органом смешанного типа.

Это смешение систем является воплощением выдвинутой Д. А. Медведевым идеи о том, что исполнительная власть должна состоять из двух уровней, по модели законодательной. Ограничивающая структура — Правительство

в классическом понимании — дополняется более гибким институтом — открытым правительством, состоящим из группы экспертов, взаимодействующих с различными министрами и органами власти. И, как следствие, сразу же после этого был разработан проект открытых министерств, работающих по той же модели. Эта попытка является ответом на большинство разумных предложений.

Таким образом, принцип транспарентности применяется еще более широко, поскольку теперь каждое министерство и Правительство должны объяснить простым гражданам в доступной форме, в чем состоит их работа. Речь идет также об усилении контроля общества, а именно гражданского общества, за деятельностью министров, то есть за работой государства. Но здесь вновь возникает вопрос. Если в таких организациях можно увидеть представителей финансового сектора или различных предприятий, будут ли они заниматься защитой интересов потребителей, рядовых граждан? В интересах ли банка осуществлять защиту прав их клиентов? В интересах ли предпринимателей заботиться об охране окружающей среды, в которой должно быть комфортно населению? Иначе говоря, не превращается ли эта структура в институционализированную форму лоббизма, которая далека от реализации заявленных целей?

*Перевод Ульяны Жарковой*

Антуан Ориген\*

## ПОДЧИНЕНИЕ ПУБЛИЧНЫХ ВЛАСТЕЙ КОНКУРЕНТНОМУ ПРАВУ

Термин «подчинение» как нельзя лучше характеризует то, каким образом во Франции рассматриваются отношения между конкурентным правом и публичными властями. Конкурентное право как совокупность правил, исходящих от права Европейского Союза и от внутреннего права, направленных на поддержание публичного экономического порядка посредством противодействия некоторым практикам (сговорам, злоупотреблению доминирующим положением), ведет к ограничению использования арсенала публичной власти, которое может нарушить функционирование рынка. Такого рода действия имеют особую природу, связанную со спецификой публичных властей, которую мы можем определить как любую организацию, исполняющую какую-либо деятельность публичной службы, и в целях ее обеспечения располагающую средствами, выходящими за рамки общего права.

Несомненно, конкурентное право рассматривается публичными властями как существенное ограничение<sup>1</sup>. Такого не должно быть в правовом государстве, потому как в этом случае публичные коллективы должны соблюдать правила, которые они сами же и выпустили. Подчинение, о котором идет речь, было бы не чем иным, как логическим ослаблением правового государства в экономической сфере.

Как в свете сказанного понять то, что во Франции проблематика отношений между публичными властями и конкурентным правом зачастую сводится к противоположным утверждениям? Можно предложить этому два основных объяснения. Первое вытекает из места, занимаемого понятием общего интереса, превосходящего частные интересы, в том числе экономические, тесно связанные в капитали-

стическом укладе с погоней за выгодой. Общий интерес в том виде, в каком он понимается в нашем юридическом галликанизме, — это волюнтаризм. Такое восприятие помогает легитимировать вмешательство государственной суперструктуры, превосходящей частные интересы. Поскольку арсенал публичной власти не может привлекаться иначе, как в целях общего интереса, против нее не могут выдвигаться нормы права, первоочередной функцией которых является регулирование частных отношений. Иными словами, признание того, что позиция публичных властей выходит за обычные рамки, означает, что к публично-правовым сущностям должно быть априори исключено применение конкурентного права.

Другое обоснование выводится из либеральной концепции государственного вмешательства. В отличие от общего мнения, классики, в первом ряду которых значится и Адам Смит, никогда не сбрасывали со счетов государственное вмешательство в целях регулирования экономики. Но они принципиально (нужно делать акцент именно на этом слове) отвергали то, что публичная власть может обратиться в экономического актора, вмешивающегося в рынок. Из этого подхода следует, что нужно четко разграничивать деятельность публичной власти и экономическую деятельность. Отсюда напрашивается простой вывод: будучи отличными друг от друга, публичная и экономическая сферы должны регулироваться исключаящими друг друга правилами.

В конечном счете, принимаем ли мы интервенционистское видение или классическую точку зрения, конкурентное право представляется совершенно чуждым по отношению к публичным властям. Так что же тогда делать с тем, что вновь видим их подчиненными кон-

<sup>1</sup> См. нашу работу: *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*. LGDJ, 2009. 560 p.

курентному праву? И снова объяснения нужно искать в двух доктринах, о которых говорилось ранее. Французские публичные власти, придерживаясь широкой трактовки общего интереса, неизменно оправдывали увеличение государственного вмешательства в рынок и на рынке и содействовали тому, чтобы лица публичного права брали на себя ответственность за целые секторы экономики, будь то на местном или национальном уровне. Этот экспансионизм «дотошного, следующего правилам, предусмотрительного и ласкового» государства, прочувствованный Токвилем<sup>2</sup>, нашел воплощение в том, что публичный сектор стал непосредственно конкурировать с частным. Основываясь на французской концепции общего интереса и публичной службы, такого рода экономическое вмешательство на рынке зачастую облекалось в форму монополий, которые представляют собой отрицание конкуренции.

Такое положение дел не могло не противоречить не только либеральным, но и ордолиберальным подходам, которые в какой-то мере ретранслируются европейским строительством. С точки зрения либералов в строгом смысле этого слова вмешательство публичной власти на рынке может быть допущено лишь при условии, если оно имеет место в условиях, одинаковых для остальных экономических акторов. Из разделения деятельности органа публичной власти и экономической деятельности вытекает, что, если лица публичного права претендуют на какую-то роль в экономике, они должны соблюдать при этом общее для всех право. Любые исключения из общих правил возможны лишь в той мере, в какой предоставление благ не может быть надлежащим образом обеспечено частным сектором. Что касается ордолибералов, то в их представлении государственное вмешательство в экономику должно соответствовать весьма точно определенным условиям. Не вдаваясь в подробности сути этой доктрины, появившейся при весьма специфических обстоятельствах, нужно иметь в виду, что, по их мнению, публичное вмешательство в экономику, будь то в рынок посредством регламентации товарообмена или на рынок с помощью осуществления какой-либо

промышленной или коммерческой деятельности, способно привести к нарушению рыночного равновесия<sup>3</sup>. Оно заключается в риске искажения рыночных механизмов в частных или чуждых общему интересу целях, тогда как наибольшая опасность дерегулирования состоит в появлении длительной монополии. По сути, он увековечивает появление частной власти (*puissance privée*) или вскрывает пристрастность публичной власти, которая также может покровительствовать частным интересам.

Ничто более не противоречит французскому подходу к роли публичной власти в экономике как то, о чем кратко говорилось выше. Слово «подчинение» достаточно хорошо отражает ситуацию взаимоотношений между конкурентным правом и публичными властями во Франции. Без влияния Европейского Союза Франция вряд ли бы вооружилась продуманным и институционализированным конкурентным правом. Впрочем, с течением времени эта французская сдержанность в отношении конкуренции и ее права никуда не исчезла. Помимо политических выступлений, некоторые регулирующие акты и порой недостаточный контроль со стороны административного судьи за вмешательством в рынок и на рынке оставляют ощущение незавершенности. Будучи запоздалым, подчинение публичных властей конкурентному праву остается несовершенным.

## ЗАПОЗДАЛОЕ ПОДЧИНЕНИЕ

Если ограничения конкретного права были недавно как-то относительно легко распространены на частных экономических акторов, то того же нельзя сказать о публичных властях, которые долгое время стояли в стороне от рыночной дисциплины. Конкурентное право не могло выдвигаться против них при осуществлении публично-правовых прерогатив. Однако идея о том, что осуществление публично-правовых прерогатив исключает применение конкурентного права, подвергалась широкой критике, потому что, в частности, издание регламентирующих актов может иметь значительное влияние на нормальное функционирование рын-

<sup>2</sup> *Tocqueville A. de. De la Démocratie en Amérique (II). Gallimard-Nrf, 1992. Vol. II. P. 837. (Coll. «De La Pléiade»).*

<sup>3</sup> См., в частности, описание ордолиберализма и его роли в европейском строительстве: *Dehay É. La justification ordo-libérale de l'indépendance des banques centrales // Revue française d'économie. 1995. Vol. 10/1. Pp. 27–53.*

ка. Запоздалое подчинение публичных властей конкурентному праву объясняется тем, что оно долгое время находилось в зачаточном состоянии, а применение этих правил к публичной власти часто заканчивалось провалом.

#### **А. Конкурентное право, которое долгое время находилось в зачаточном состоянии**

Несмотря на некоторую регламентацию и попытки независимого регулирования конкуренции, Франция, по сравнению с США или Германией, не может похвастаться настоящей юридической традицией в сфере конкурентного права<sup>4</sup>. У истоков глубокой эволюции экономического права, закрепившей свободу цен и конкуренции, стояли европейское строительство и приход к власти правых сил в 1986 г.<sup>5</sup>

Франция всегда занимала неопределенную позицию в отношении конкурентного права. В первую очередь это происходит от смешения феномена конкуренции и конкурентного права. Слишком часто конкурентное право мыслилось как совокупность «неолиберальных» (это выражение с точки зрения политической философии и в особенности экономической доктрины не совсем точно) правил, которые благоприятствуют частным интересам в ущерб интересу общему. Такое видение является ложным, но оно нашло во французской истории мощных ретрансляторов, объясняющих неспособность государства вооружиться настоящим конкурентным правом. В эпоху Старого режима в экономическом плане абсолютная монархия воплощалась в сильном экономическом волюнтаризме короля, который достиг крайней степени при Людовике XIV, чей финансовый контролер Кольбер дал свое имя экономической политике, характеризующейся публичным вмешательством в экономические процессы посредством национальных предприятий, пользующихся безусловными монополиями. Французская революция лишь частично поставила под сомнение этот экономический абсолютизм. Если падение Старого режима и ознаменовалось взлетом либеральных идей

благодаря упразднению корпораций и закреплению свободы торговой и промышленной деятельности<sup>6</sup>, то в реальности государственный интервенционизм не только остался прежним, но и пустил вглубь корни благодаря наполеоновским реформам.

С течением веков государственный капитализм стал основополагающим условием функционирования экономики, в особенности в послевоенные годы. Жестокость двух войн была такой, что зачастую частная инициатива оказывалась бессильной. Государство должно было залатать дыры, без чего не могли быть обеспечены элементарные потребности населения. Необходимость быстрого восстановления экономического роста после кризиса 1930-х гг. путем проведения кейнсианской политики имело решающее значение для утверждения роли государства и муниципального социализма (на местном уровне)<sup>7</sup>. Национализации, монопольное использование таких коллективных благ, как вода или электричество, помощь предприятиям в рамках промышленной политики или регулирование цен — примеры экономики, основанной на интервенционизме, выходящем за рамки общего права.

Обычно такое масштабное участие публичных властей планируется на короткий срок. Даже если и встать на точку зрения Кейнса или других авторов, вмешательство публичных властей в экономику может быть обусловлено лишь изъятиями частного сектора, в особенности в кризисный период. Сохранение такой интервенционистской политики создает риски ограничения частной инициативы, сохранения неоправданных монополий и увеличения размера долга. Ничего такого не было во Франции. В действительности из-за эффекта домино кризисы и войны XX в. были лишь предлогом для сохранения кольберистской традиции, даже когда миновали те обстоятельства, которые лежали в основе ее реализации. Такая преемственность объясняет насыщенность индустриальной политики государства, которая не могла не привести к отказу от модели национальной экономики, основанной на свободной

<sup>4</sup> См.: *Combe É.* *Économie et politique de la concurrence.* Dalloz, 2005. Pp. 3 et s.

<sup>5</sup> См.: ст. 101 и посл. ДФЕС и ст. L. 410-1 и посл. Коммерческого кодекса.

<sup>6</sup> См.: ст. 7 Декрета от 2 и 17 марта 1791 г.

<sup>7</sup> В числе актов, закрепивших муниципальный социализм, обычно приводятся декреты-законы Пуанкаре от 5 ноября и 28 декабря 1932 г. и правовые позиции Государственного совета в постановлении от 30 мая 1930 г. *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583.

конкуренции. Выбрав эту политику, Франция на долгое время отстранилась от разработки комплексного свода правовых норм для защиты рыночной экономики.

Доминирование англосаксонских государств во все более либерализующейся мировой торговле и начало европейского строительства, отмеченное ростом немецкого влияния, вынудили Францию принять правила защиты рынка. Последние долгое время оставались ограниченными и казались мало к чему обязывающими публичные власти. Первые шаги конкурентного права растянулись на несколько десятилетий из-за отсутствия комплексного законодательства, порицающего антиконкурентные практики. Казалось, что лишь один судья обладал функцией по итогам судебных споров порицать экономические практики, которые рассматриваются как злоупотребления в гражданском и уголовном праве<sup>8</sup>. Попытки изменения законодательства были скромными и направлены только на регулирование отношений между частными лицами со слабыми уголовно-правовыми санкциями<sup>9</sup>. Два ордонанса от 30 июня 1945 г., регулировавшие во Франции экономические отношения до 1986 г., предусматривали ограничение цен. И если следовавшие друг за другом реформы со временем позволили провести либерализацию в некоторых отраслях, законодатель упорно отказывался от окончательного утверждения конкурентного права, оставляя на усмотрение административных органов вмешательство в отношении рынка. Административный судья старался ограничивать государственный интервенционизм в начале XX в., обусловив его уважением свободы коммерческой и промышленной деятельности<sup>10</sup>. Однако попытка эта оказалась тщетной, и Государственный совет мог лишь принять к сведению всевозрастающий интервенционизм публичных властей, символизируемый муниципальным социализмом<sup>11</sup>. Пришлось дожидаться 9 августа 1953 г., когда был принят закон, предусматривающий административное наказание за сговоры, создание Технической комиссии по сговорам. Злоупотребление доминирующим положением стало объектом правового регулирования лишь с 1963 г., оно также

было отнесено к ведению Технической комиссии по сговорам и злоупотреблению доминирующим положением. В 1977 г. к ним добавились полномочия по контролю за концентрациями, и Техническая комиссия стала Комиссией по делам конкуренции.

Несмотря на эти разрозненные правила, все еще не была объявлена свобода цен, министр экономики и финансов сохранял последнее слово в утверждении всех исключений по каждой категории антиконкурентных практик. За исключением технических аспектов все регулирование ограничивалось взаимоотношениями между предприятиями. Его применение к публичной власти было исключено, поскольку вмешательство оправдывалось со ссылками на общий интерес. Будучи частноправовым по своей сути, конкурентное право до 1986 г. не закрепляло собственно публичного экономического порядка, распространяющегося как на частных, так и на публичных лиц.

Продвижение европейской конструкции экономической системы, менее зависящей от действий государства, привело к изменению этого видения. Рынок занимает главенствующее место в удовлетворении интересов всех граждан, поэтому избыточное вмешательство публичной власти может повлечь за собой экономические последствия. Это означает, что конкурентное право должно распространяться на действия не только предприятий, но и публичных органов. Так и обстоит дело, когда публичные власти выступают в качестве рыночных акторов и при этом вмешиваются в рынок при осуществлении регулятивной функции.

Ордонанс от 1 декабря 1986 г., кодифицированный в Книге IV Коммерческого кодекса, впервые установил связь между преследованием антиконкурентных практик, правилами концентрации и продвижением публичного экономического порядка, основанного на свободе цен и конкуренции. Тем не менее этот шаг вперед под европейским влиянием подвергся многочисленным исключениям, которые не давали признать конкурентное право той поры по-настоящему зрелым. Помимо порой ограниченных полномочий Совета по конкуренции, ставшего Верховным органом по конкуренции

<sup>8</sup> Ст. 1382 и 1384 Гражданского кодекса; быв. ст. 419 Уголовного кодекса.

<sup>9</sup> См.: Закон от 3 декабря 1926 г.

<sup>10</sup> CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. p. 333.

<sup>11</sup> CE, 29 mars 1901, Casanova, Rec. p. 333.

в 2008 г., в частности в сфере концентрации предприятий, помощь, предназначаемая для предприятий частного сектора, по-прежнему была слабо ограничена внутренним правом, а публичные предприятия пользовались многочисленными преимуществами, оспаривание которых в суде зачастую было пустым делом. Конечно, лица публичного права, как казалось, частично подпадали под действие конкурентного права. Но если действие ордонанса прочно закрепилось применительно к лицам публичного права, действующим в качестве экономических акторов, то в нем ничего не говорилось об их неэкономической, в частности нормативной, деятельности, которая могла сильно воспрепятствовать свободе конкуренции. Эта ситуация, широко критикуемая доктриной, начала сдвигаться с места только в 1997 г.

***В. Выдвижение доводов против публичной власти, долгое время обреченное на провал***

В принципе, к деятельности публичной власти конкурентное право применяться не должно. Как было сказано нами во вступительной части, конкурентное право, будучи правом экономической деятельности, не может распространяться на чуждые экономике виды деятельности. Принятие законов, издание регламентов или принятие актов по управлению публичной службой или публичной собственностью (*domaine public*) не относятся к экономической деятельности, а потому к ним не должно применяться конкурентное право. Суд справедливости ЕС закрепил это либеральное видение в известном деле *Eurocontrol* от 1993 г.<sup>12</sup>

Однако в постановлении от 16 ноября 1977 г. Суд справедливости ЕС запретил государствам-членам «принимать меры, позволяющие предприятиям освободиться от ограничений, предусмотренных договорами»<sup>13</sup>. Хотя они и не затрагивали положение предприятий, пользующихся преимуществами, предоставленными публичной властью, логика

Суда справедливости позволяла утверждать, что если деятельность публичной власти имела непосредственный или косвенный экономический эффект, то полезный эффект от конкурентных правил не должен обрекаться на провал.

Несмотря на такую ясную позицию, французский законодатель, судья по конфликтам и административный судья долгое время выступали против подчинения актов публичной власти конкурентному праву. В своем решении от 1989 г. Трибунал по конфликтам счел, что правила, определенные ордонансом 1986 г., «применяются к лицам публичной власти в той мере, в какой они занимаются производственной деятельностью, сбытовой деятельностью или обслуживанием населения. <...> Организация публичных служб, осуществленная муниципальным советом, не относится к такой деятельности»<sup>14</sup>.

Это решение, бросившее вызов всей юридической и экономической логике, было почти единодушно раскритиковано доктриной. Тем не менее позиция тогдашнего правительственного комиссара Бернара Стирна, казалось, позволяла надеяться на большее. Государственный советник уже тогда признал, что акты, лежащие в основе деятельности государства, могут оказывать значительное воздействие на рынок<sup>15</sup>. Несмотря на неопределенность решения Трибунала, многие ждали лишь повода для судебного спора, чтобы сопоставить с конкурентным правом прямое или косвенное влияние на рынок при принятии актов органов публичной власти. Однако в 1993 г. Государственный совет полностью исключил контроль за актами органов публичной власти с точки зрения конкурентного права<sup>16</sup>. Эта позиция продержалась до 1996 г. В решении по другому делу Высокий суд распространил на акт публичной власти европейское конкурентное право<sup>17</sup>. Наконец, спустя год конкурентное право было распространено на акты управления публичной службой<sup>18</sup>. В последние годы можно было заметить некоторый прогресс со стороны административного судьи,

<sup>12</sup> CJCE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft, aff. C-364/92, Rec. p. I-43.

<sup>13</sup> CJCE, 16 novembre 1977, Inno c/ Atab, Rec. p. II-2115.

<sup>14</sup> T. confl., 18 octobre 1999, Préfet de la région Île-de-France c/ Cour d'appel de Paris, Rec. p. 469.

<sup>15</sup> См.: Stirn B., Concl. sur T. confl., 6 juin 1989, Préfet de la région Île-de-France c/ CA de Paris et SAEDE, RFDA 1989, p. 466.

<sup>16</sup> CE, 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, Rec. p. 226.

<sup>17</sup> CE, 8 novembre 1996, FFSA, Rec. p. 441.

<sup>18</sup> CE, 3 novembre 1997, Société Million et Marais, Rec. p. 392.

который, не делая каких-либо различий, выдвинул конкурентное право против любых прерогатив публичной власти, в том числе в тех случаях, когда было сложно однозначно оценить их экономическую цель.

Отныне вклад административной юстиции позволяет составить такую картину<sup>19</sup>.

Первое различие, о котором уже говорилось, заключается в выделении трех видов вмешательства публичных властей:

- 1) в качестве экономических агентов («на рынке»)<sup>20</sup>;
- 2) посредством надзора за конкуренцией или организации рынка («в рынок»)<sup>21</sup>;
- 3) посредством осуществления классических прерогатив публичной власти («вне рынка» в той мере, в какой использование средств, выходящих за общее право, частично или полностью не связано с защитой конкуренции).

В третьем случае нужно с большим основанием утверждать о противопоставлении в той мере, в какой действие публичных властей не является само по себе антиконкурентным и имеет слабую связь с рынком. Лишь последствия делают их содействующими антиконкурентным практикам, наказываемым конкурентным правом. Можно выделить две различные ситуации:

- 1) конкурентное право жестко ограничивает использование публичных прерогатив, которые хотя и направлены не только в отношении рынка, могут привести к изменению конкурентных правил игры и влиять на положение предприятий. Поэтому особенно распространены правила о конкуренции в контексте публичного заказа<sup>22</sup>, когда орган по управлению публичной собственностью предоставляет право на размещение предприятий на публичной собственности<sup>23</sup>; когда организации, на которую возложена публичная служба, предоставляются исключительные права<sup>24</sup>;
- 2) конкурентное право не оказывает сильного влияния на прерогативы публичной власти в случае, когда их предмет лишь частично является экономическим. Речь здесь идет о тех из них, которые осуществляются для удовлетворения требований, представляющих общий интерес, не имеющих какой-либо связи с рынком и лишь косвенно влияющих на конкуренцию. Так обстоят дела с общим административным надзором<sup>25</sup>, управлением публичной собственностью без экономического предмета<sup>26</sup>, социальное регулирование<sup>27</sup>. Соответственно, правила конкуренции препятствуют осуществлению указанных прерогатив лишь постольку, по-

<sup>19</sup> Следующие далее тезисы по большей части воспроизводят анализ, представленный в нашей статье «*L'impact du droit de la concurrence sur la délimitation des prérogatives de puissance publique. Aperçu de droit administratif français*» (REDC. 2010. P. 657).

<sup>20</sup> Одно лишь исполнение задач публичной службы может оправдать использование определенных преимуществ на рынке, если они не вызывают вопросов, например компенсирование публичных служб (CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747) и даже исключительные права (CE, 27 juillet 2001, CAMIF, Rec. p. 402; CE, 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, AJDA, 2004, p. 1504. См. также, чтобы понять разницу в анализе: CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477; CJCE, 19 mai 1993, Paul Corbeau, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533).

<sup>21</sup> Надзор за конкуренцией или регулируемые секторами; решения публичных органов, направленные на изменение структуры рынка (монополии, государственная помощь).

<sup>22</sup> CE, 1997, Million et Marais, préc. ; CAA Bordeaux, 23 mai 2006, Association Fouras Environnement Ecologie ; TA Bastia, 6 février 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de la Haute-Corse, AJDA, 2003, p. 738.

<sup>23</sup> CE, 26 mars 1999, Société Hertz et Société EDA, Rec. p. 95. Voir aussi CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, Rec. p. 277 ; CE, 23 mai 2012, RATP c/ Société 20 minutes France, DA 2012, comm. 89.

<sup>24</sup> 27 juillet 2001, CAMIF, préc.; 30 avril 2003, Union nationale des industries de carrières et matériaux de construction, Rec. p. 192 ; 24 septembre 2003, CAMIF, № 240604 ; 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, Revue juridique de l'économie publique, 2007, p. 265.

<sup>25</sup> Avis CE, 22 novembre 2000, Société L&P Publicité SARL, Rec. p. 525 ; CAA Nantes, 15 juillet 2011, Commune de Vitre, AJDA, 2011, p. 2374.

<sup>26</sup> CAA Bordeaux du 30 décembre 2008, SARL CRAM, n° 06BX01765.

<sup>27</sup> CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, Rec. p. 189 ; CE, 21 mai 2008, Société nouvelle de remorquage du Havre, № 29115.



сколькx это приводит к непропорциональному нарушению конкурентного положения на рынке ввиду автоматического появления антиконкурентной практики.

За 20 лет применения конкурентного права к органам публичной власти сложилось впечатление, что Франция наконец-то восприняла нормы, соблюдение которых способствует общему интересу. Однако сила французской политической и юридической традиции требует внести значительные уточнения в эту точку зрения.

## НЕСОВЕРШЕННОЕ ПОДЧИНЕНИЕ

Подчинение публичных организаций конкурентному праву, будучи реальным, остается несовершенным в двух отношениях. Первое касается законодательной и регламентирующей базы. Несмотря на целый свод правил, образуемых Коммерческим кодексом (ст. L. 420-1 и последующие статьи), по-прежнему существует большое число актов, содержащих исключения из открытия некоторых рынков для конкуренции, которая по определению должна там присутствовать. Второй недостаток можно найти на уровне деятельности административного судьи, чьи экономические умозаключения порой излишне лаконичны.

*А. Регулирование, в котором все еще остаются пробелы.* Хотя позитивное конкурентное право Франции во многих отношениях закончено, в многочисленных актах присутствуют исключения. Прежде чем более подробно вдаваться в детали, необходимо сделать предварительное замечание по существу.

По своей сути конкурентное право не выступает против того, чтобы наказание за антиконкурентные практики менялось в зависимости от выполнения ряда некоторых условий. Как любая другая отрасль права, в этом своде правил предусматриваются исключения при наличии других заслуживающих внимания соображений общего интереса или, например, из-за кризисной ситуации. Комиссия и Суд Европейского Союза уже давным-давно утвердили диалектический подход, основанный на изложении принципа и изучении условий,

оправдывающих исключения или смягчение последствий буквального следования конкурентному праву. Например, рассматривая дело о монополии, оспариваемой потенциальным конкурентом, Суд справедливости сначала выявляет признаки монополии и антиконкурентных рисков, которые она влечет (сама по себе монополия не является антиконкурентной практикой), и затем — мотивы, оправдывающие ее существование<sup>28</sup>. Та же самая логика применяется и к сговорам. Комиссия более или менее жестко реагирует на подобную практику в зависимости от обстоятельств дела. Применительно к конкретным спорам органы по конкуренции обязаны учитывать кризисную ситуацию в соответствующем экономическом секторе для снижения базового размера штрафов, касающихся сговоров, на основании «смягчающих обстоятельств»<sup>29</sup>. Эти послабления систематически рассматриваются с позиции пропорциональности для того, чтобы не дать возможности бенефициару получить из такой ситуации преимущества на рынке. В праве Европейского Союза эта ситуация весьма проста: в той мере, в какой возникают вопросы о положении предприятия на рынке, оно анализируется, экономически квалифицируется в зависимости от подхода к прочтению конкурентного права, чтобы далее, в известных случаях, воспользоваться корректировочным или исключительным режимом. Важное последствие этого заключается в том, что ни один из рынков не может воспользоваться исключением априори из применения конкурентного права без выявления характеристик состояния такого рынка.

Итак, во Франции законодательная и исполнительная власти сохранили сильную защиту, благоприятствующую некоторым экономическим акторам, хотя, по правде говоря, сложно найти для этой привилегии вразумительное обоснование. Открытие для конкуренции экономических секторов зачастую является весьма частичным, тогда как иные и вовсе по-прежнему работают в режиме монополии.

Публичные власти в силу политических и экономических причин оказались особенно робкими в открытии для конкуренции многих секторов. Не будем излагать здесь под-

<sup>28</sup> CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979 ; Corbeau, préc.

<sup>29</sup> Déc. Comm. CE № 98/247/CECA, 21 janvier 1998, Extra d'alliage ; déc. Comm. CE № 2003/382, 8 décembre 1999, Tubes d'acier sans soudure.

робности истории открытия для конкуренции сетевых отраслей промышленности, которая свидетельствует о реальной медлительности Европейского Союза при призыве к порядку и осуждению Франции. Ограничимся лишь одним примером, который наглядно демонстрирует чрезмерную, уже ставшую легендарной, осторожность наших публичных властей при распространении конкурентного права на секторы, обладающие символическим значением.

Речь пойдет об открытии для конкуренции железнодорожных перевозок и о последнем эпизоде, который связан с ним, — о принятии проекта закона от 16 октября 2013 г. о железнодорожной реформе<sup>30</sup>.

С 1997 г. регулирование отрасли было организовано публичными властями следующим образом: управление путями было возложено на «Железные дороги Франции» (RFF), а осуществление пассажирских железнодорожных перевозок обеспечивалось «Национальным обществом железнодорожных путей» (SNCF). Учитывая европейские требования в этой области, разделение этих видов деятельности закончилось провалом. Очень быстро стали раздаваться голоса, обвиняющие в фиаско железнодорожного регулирования во Франции модель, продвигаемую Европейским Союзом. Однако внимательное изучение подготовительной работы тогдашнего Правительства по разделению управления и эксплуатации железнодорожных путей показывает, что в действительности это была ложная цель, в частности из-за того, что RFF сильно зависела от SNCF в ресурсном плане. Фактически это публичное предприятие сохранило за собой контроль над всем отраслевым регулированием. Запоздалое создание органа по регулированию железных дорог — подтверждение сказанному. Вопреки тому, о чем сегодня вещают пу-

бличные власти, провал институциональной схемы 1997–2009 гг. вызван отнюдь не только допуском конкуренции в этот сектор, которая к тому же была введена лишь частично и не затрагивала пассажирские перевозки. Такое положение дел показывает неспособность государства выработать даже схему развития настоящей конкуренции пассажирских перевозок по примеру Германии или Соединенного Королевства. Помимо прочего, просчеты Франции подверглись осуждению Судом справедливости ЕС 18 апреля 2013 г.<sup>31</sup> Октябрьский проект 2013 г. не вывел Францию из ошибочного положения. Сейчас предусматривается создание Публичного железнодорожного центра, состоящего из двух публичных учреждений промышленного и коммерческого характера (Управляющая компания единой инфраструктуры, которой были переданы задачи RFF, Дирекции по железнодорожной циркуляции и SNCF-Infra; и SNCF, отвечающего за обеспечение пассажирских перевозок); и другого «материнского» публичного учреждения промышленного и коммерческого характера, контролирующего оба предыдущих. Верховный орган по конкуренции в своем заключении от 4 октября 2013 г., раскритиковав проект, призывал к усилению регуляторных полномочий Органа по регулированию железнодорожной деятельности и созданию более беспристрастных условий при открытии для конкуренции<sup>32</sup>. Уже в 2011 г. в своем тематическом исследовании к ежегодному отчету за 2011 г. Верховный орган по конкуренции обратил внимание на важность более решительной конкурентной политики в этой области<sup>33</sup>. Настаивая на обратном, Правительство жаловалось на скованность его действий европейскими институтами и открытием сектора для конкуренции. Так, в пояснительной записке к законопроекту

<sup>30</sup> Случай энергетического сектора также красноречив. Пинг-понг между Правительством и Государственным советом по поводу тарифов на электричество также демонстрирует сложности, с которыми сталкиваются французские публичные органы при следовании требованиям свободного рынка, которые они сами же и утвердили, когда принимали акты по либерализации цен на электричество (см.: Lafaille F. *Annulation par le Conseil d'État de l'arrêté du 13 août 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de l'électricité*. AJDA, 2013. P. 126 ; et dernièrement CE, 11 avril 2014, ANODE, № 365219).

<sup>31</sup> Commission européenne c/ République Française, aff. C-625/10 (нарушение европейских предписаний об открытии для конкуренции национальных путей железнодорожных сообщений для пассажирских перевозок).

<sup>32</sup> Avis № 13-A-14, relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire.

<sup>33</sup> Autorité de la concurrence, Concurrence et transports de voyageurs, Étude thématique, Rapport annuel 2011, pp. 51 et s.

указывалось, что «достижение цели либерализации железнодорожных пассажирских перевозок, идея которой отстаивается Европейской комиссией в ее недавней законодательной инициативе, содержит риск... дестабилизации отрасли». На самом деле ослабление отрасли не имеет ничего общего с распространением на нее конкуренции и ее права, а является результатом посредственного управления со стороны руководящих органов или синдикатов. Как верно подметил наш коллега Давид Боско, публичные власти сделали «два шага назад» в отношении требований европейского конкурентного права<sup>34</sup>.

Французская нормативная небрежность не ограничивается сектором железнодорожных пассажирских перевозок. Публичные власти продолжают защищать другие направления транспортной экономической деятельности, например такси. Обосновываемое в первую очередь защитой целостности публичной собственности, создание монополии в пользу такси вытекает из выдачи административной лицензии на осуществление деятельности исходя из количественных квот. На протяжении многих лет это разрешение стало предметом коммерции, поскольку до 1995 г. без каких-либо правовых оснований право на обращение с заявлением к административным органам включалось в цену ее передачи преемнику. Такой правовой режим представлял серьезные трудности в Париже, где предложение лицензий всегда было недостаточно для удовлетворения спроса. Осознавая это, некоторые предприятия хотели потеснить монопольный режим, осуществляя деятельность по предварительному бронированию туристического автомобиля с водителем. Не без участия влиятельного лобби такси, правительство на основании Коммерческого кодекса утвердило проект декрета

о бронировании туристического автомобиля с водителем. Верховный орган по конкуренции в своем заключении от 16 декабря 2013 г.<sup>35</sup> выступил против позиции исполнительной власти, напомнив о необходимости углубленного анализа контекста по примеру того, что она выполняла в 2005 и 2009 гг. Проигнорировав содержательный и здравый анализ Верховного органа по конкуренции, 27 декабря 2013 г. Правительство издало декрет, не внося в проект каких-либо изменений. Оспоренное перед административным судьей в порядке срочной процедуры, действие Декрета было приостановлено<sup>36</sup>. Государственный совет занял позицию регулятора по конкуренции, констатируя, что условия осуществления деятельности по бронированию туристических автомобилей с водителем являлись чересчур строгими для развития их деятельности на рынке с сильной конкуренцией<sup>37</sup>. После этого эпизода были обнародованы различные рабочие доклады, чтобы сгладить конфликт между профессиональными участниками рынка. Так нужно ли было столько телодвижений и юридических баталий, чтобы получить в итоге скромные в общем-то предложения, которые и так уже предлагались другими давным-давно?<sup>38</sup>

Можно привести в качестве примеров и другие правовые режимы, предусматривающие законодательные или иные исключения из конкурентного права: монополия нотариусов, вопрос о которой регулярно ставился Европейским Союзом<sup>39</sup>; монополия фармацевтов, советы которых, как все знают, носят чисто коммерческий характер, что никоим образом не объясняет исключительный режим для фармацевтической продукции. Запрет допускается только в той мере, в какой выявляется имеющая превосходящее значение цель общего интереса — гарантирование надежного и каче-

<sup>34</sup> На ту же нехватку решительных действий уже указывали Орган по конкуренции и Орган по железнодорожному регулированию по поводу декрета от 20 января 2012 г. о пассажирских станциях и другой обслуживающей инфраструктуре железных дорог.

<sup>35</sup> См.: заключение Верховного органа по конкуренции № 13-A-23 от 16 декабря 2013 г. на проект декрета о предварительном бронировании туристических автомобилей с водителем.

<sup>36</sup> CE, ord., 5 février 2014, SAS Allocab et autres, № 374524.

<sup>37</sup> Thévenoud T. Un taxi pour l'avenir, des emplois pour la France, Mission de concertation Taxis // VTC. Avril 2014. 87 p.

<sup>38</sup> См.: тезисы, представленные Органом по конкуренции в заключении № 13-A-23 от 16 декабря 2013 г. на проект декрета о предварительном бронировании туристических автомобилей с водителем, §§ 20 и далее.

<sup>39</sup> CJUE, 24 mai 2011, Belgique et autres (dont France) c/ Commission, aff. jtes. C-61/08 et C-52/08.

ственного обеспечения населения, в частности в отношении характера медикаментов, отпускаемых по рецепту<sup>40</sup>.

Эти два примера как нельзя лучше иллюстрируют парадоксальное отношение публичных властей к конкурентному праву: осознавая всю его важность для обеспечения общего интереса в некоторых географических зонах, например на заморских территориях<sup>41</sup>, они отказываются признавать его позитивный потенциал для экономических секторов, чей опыт функционирования в условиях конкуренции, если она была бы реализована надлежащим образом, оказался бы позитивным. Во многих случаях судья демонстрирует ту же непоследовательность в своих временах лаконичных экономических умозаключениях.

### **В. Экономические умозаключения**

Начиная с конца 1990-х гг. в доктрине широко освещались существенные успехи в области углубленного экономического анализа, достигнутые административным судьей в некоторых постановлениях<sup>42</sup>. Мы не ставим под сомнение это очевидное развитие, которое со временем помогло изменить образ административного судьи и его подход к составлению его решений<sup>43</sup>. С другой стороны, мы хотели бы обратить здесь внимание, как и в случае с законодателем, на недостатки его анализа в некоторых судебных спорах.

Так, если административный судья оказывается особенно словоохотливым и всезнающим в спорах, связанных с экономическим надзором (в частности, в сфере контроля за решениями о разрешении концентраций, что ведет к применению таких сложных теорий, как теория «падающего предприятия»<sup>44</sup>), то он гораздо более молчалив, когда речь заходит об обращении с другими прерогативами публичной власти.

Найдется много судебных решений, которым не хватает экономического анализа, чтобы исключить наличие автоматических или неавтоматических антиконкурентных практик. В настоящее время в связи со спорами по поводу публичной собственности видна недостаточная обоснованность выводов судьи. В качестве примера можно привести морское обслуживание острова Йе. Лаконично высказавшись, Государственный совет счел, что условия реализации обслуживания Управлением по водным переправам департамента Вандеи оправдывают то, что не имелось «чрезмерного нарушения свободы коммерческой и промышленной деятельности, правил конкуренции, а также равенства в обращении с судовладельцами»<sup>45</sup>. Даже если не брать в расчет позицию, в конечном счете выбранную судьей, выражение «чрезмерное нарушение», предполагающее контроль пропорциональности, заслуживает более тщательного анализа экономического контекста. Помимо этого, Высокий суд не делает каких-либо различий между принципом свободы коммерческой и промышленной деятельности, правилами конкуренции и равенства между операторами. Подобное разнородное сочетание находится бок о бок с нехваткой неукоснительной точности.

После постановления 2004 г. восприятие конкурентного права в ситуации, когда оно противопоставлялось прерогативам публичных властей, предмет или последствия которых не были исключительно экономическими, не очень-то изменилось. Более того, административный орган, к которому прикреплены объекты публичной собственности, должен управлять ими в соответствии с их целевым назначением, а в случае, когда они выступают базой для производства продукции, сбытовой деятельности или обслуживания населения —

<sup>40</sup> CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini e.a. c/ ASL Varese e.a.*, aff. jtes. C-159/12 à C-161/12. Запрет, предусмотренный итальянским законом, на продажу в аптеке медикаментов, отпускаемых по рецепту, был признан соответствующим праву Союза.

<sup>41</sup> См.: Закон № 2012-1270 от 20 ноября 2012 г. «Об экономическом регулировании заморских территорий и о различных мерах, касающихся заморских территорий».

<sup>42</sup> См. основополагающую статью: J.-F. CALMETTE, *L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif*, Dr. adm., juillet 2006 ; et notre thèse préc., pp. 319 et s.

<sup>43</sup> Voy. A. ANTOINE, D. FAIRGRIEVE, *Écrire les décisions de justice... Une comparaison franco-britannique*, RDP 2014, p. 759.

<sup>44</sup> CE, 6 février 2004, *Société Royal Philips Electronic et autres*, Rec. p. 29.

<sup>45</sup> CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, Rec. p. 277.

«с учетом различных правил, таких как принцип свободы коммерческой и промышленной деятельности или ордонанса от 1 декабря 1986 г.». В решении, вынесенном на совместном заседании нескольких подотделений (чью значимость, однако, не стоит преувеличивать, несмотря на то, что его аргументация воспроизводилась другими административными юрисдикциями<sup>46</sup>), Государственный совет<sup>47</sup> предоставил публичным органам широкую свободу маневра, исходя из классического видения управления публичной собственностью, стоящей в стороне от конкурентного соперничества. Хотя конкурентное право было упомянуто в числе правовых норм, которые надлежит учитывать публичному органу, его применение допускалось, лишь если заявители развивали содержательную аргументацию в пользу наличия антиконкурентных практик. Если же роль участников судебного процесса остается предопределяющей, то позиция судьи могла быть более открытой к духу решений судебных органов, последовавших после постановления EDA. В продолжение решения от 1999 г. административные юрисдикции соглашались признавать право на получение разрешения на публичную собственность, чтобы избежать исключения конкуренции ввиду монополии одного лица<sup>48</sup>. К этому также можно добавить, что в деле RATP выводы судьи проникнуты восприятием публичной собственности как основной инфраструктуры для осуществления экономической деятельности<sup>49</sup>. В самом деле, если эта точка зрения оставалась неизменной, юрисдикционному органу нужно было проверить, было ли осуществлено оптимальным способом распределение ресурсов и соблюдался ли при этом принцип равенства между конкурентами? Но опираясь исключительно на стороны дела в том, что касается демонстрации нарушения конкурентного права, Государственный совет потворствовал ограничению

своей способности выполнять экономический анализ. Принятый подход, хотя он и представляется нам устаревшим, объясняется тем, что судьи отказываются излишне стеснять публичные органы в управлении публичной собственностью. Приверженность ассимиляции, пусть неполной и меняющейся в зависимости от обстоятельств между публичной собственностью и основной инфраструктурой, обязывало бы публичную власть обращаться к специфическим процедурам, обеспечивающим баланс между справедливым распределением ресурсов и соблюдением целевого назначения публичной собственности. Для этого и предназначены как уведомительные, так и конкурсные процедуры, тогда как в решении по делу о стадионе «Жан Буэн» Государственный совет отказался распространять на управляющего публичной собственностью какие-либо процедурные ограничения<sup>50</sup>, несмотря на ориентиры практики Суда справедливости ЕС.

Завершая начатую мысль, следует, наконец, отметить, что формулировки постановлений могут быть достаточно путаными. Случается, что судьи шагают с невиданной концептуальной смелостью, отваживаясь на увязывание конкурентного анализа со свободой коммерческой и индустриальной деятельности. В решении от 16 октября 2013 г.<sup>51</sup> высшая административная юрисдикция решила контролировать возможность злоупотребления занимаемой на рынке позицией, компенсируемого в случае необходимости экономическом прогрессом, с позиции свободы коммерческой и промышленной деятельности, а не конкурентного права, нормы которого даже не упоминаются во вводной части. Эти примеры из судебной практики не единичны, тем более что административный судья уже доказал свою способность регулярно приводить конкурентную аргументацию вне контроля за прерогативами в сфере надзора за конкуренцией<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> CAA Bordeaux, 27 novembre 2012, SARL Pétrin du papé, № 11BX03376.

<sup>47</sup> CE, 23 mai 2012, Régie autonome des transports parisiens, № 348909, AJDA, 2012, p. 1151.

<sup>48</sup> CAA Bordeaux, 27 novembre 2007, Carreras, № 06BX00462.

<sup>49</sup> См., в этом значении, заключение Совета по конкуренции № 04-A-19 от 21 октября 2004 г. о занятии публичной собственности для раздачи бесплатных газет.

<sup>50</sup> CE, 13 janvier 2010, Association Paris Jean Bouin, Rec. p. 472 ; CAA Versailles, 21 juillet 2011, Commune de Verrières-le-Buisson, AJDA, 2011 p. 2105.

<sup>51</sup> CE, 16 octobre 2013, SA Électricité de Tahiti, № 365067.

<sup>52</sup> CE, 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, Rec. p. 189 ; CE, 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, Rec. p. 280.

Из всего того, что было сказано, вытекает юридический импрессионизм, выражающий французское нежелание в полной мере следовать логике конкурентного права, которое зачастую подвергалось необоснованной критике и было жертвой смелых идейных сумбуров<sup>53</sup>. Так, Арно Монтбур — министр по восстановлению производства, затем министр экономики<sup>54</sup> — мог позволить себе такие речи, которые вызывают удивление у любого специалиста по конкурентному праву: по его словам, «промышленная политика уже давно стала бранным словом; она ведь сводилась к конкуренции. Но конкуренция — это не политика, это отсутствие политики как таковой; мы применяем правила, но не делаем какого-либо выбора». С нашей точки зрения, эти слова, отражающие определенный французский настрой к конкуренции и ее праву, верны лишь отчасти и юридически неточны<sup>55</sup>. Вопреки тому, что утверждается, Франция, страна кольбертизма, основательно проводила промышленную политику, которая стала ослабевать по мере развития деллокализации, в чем конкурентное право не виновато. Главным образом имеется в виду конкурентная политика, призванная сделать так, чтобы в Европейском Союзе в целом и во Франции в част-

ности, благодаря деятельности Верховного органа по конкуренции, применялись правила, призванные гарантировать всеобщее благополучие и конкурентоспособность предприятий. В таком правовом формате логика, направленная на обеспечение конкуренции, превалирует сама по себе отнюдь не всегда. Достаточно подумать об исключениях, предусмотренных конкурентным правом из его применения, чтобы оградить коллективный интерес, которому оно содействует. «Кризисное право» показало эту способность к адаптации, которой в равной мере проникнуто правовое регулирование оказания финансовой помощи (компенсирование публичных служб), концентраций (теория «падающего предприятия»), антиконкурентных практик (кризисный картель). Противопоставлять промышленную политику и государственный интервенционизм конкурентной политике и конкурентному праву — значит сводить все к манихейству и карикатуре. Многочисленные примеры из зарубежного опыта свидетельствуют о том, что вполне возможно эффективно сочетать достижения в промышленной сфере с соблюдением конкурентного права.

*Перевод Максима Сорокина*

<sup>53</sup> См. нашу статью «La France et la concurrence» (AJDA, 2014. P. 1412).

<sup>54</sup> В августе 2014 г. А. Монтбур был выведен из состава французского Правительства. — Прим. пер.

<sup>55</sup> См. другой критический анализ этой фразы: Bosco D. De la théodulisation du droit de la concurrence // Contrats Concurrence Consommation. 2014/5. Repère 5.

С. В. Васильева\*

## ПОДЧИНЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ ПРАВИЛАМ КОНКУРЕНЦИИ В РОССИИ

### ПРАВИЛА КОНКУРЕНЦИИ: ИХ НОРМАТИВНЫЕ ИСТОКИ И СОДЕРЖАНИЕ

В статье 13 Конституции РФ устанавливаются принципы идеологического и политического многообразия, многопартийности. Согласно ч. 1 ст. 8 Конституции РФ гарантируется единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. Таким образом, российская Конституция задает правовые основы политической и экономической конкуренции. Исходя из действующего законодательства, правила политической конкуренции неочевидны, хотя их и можно выводить из теории и практики выборов, законодательного процесса, партийного строительства, системы взаимодействия парламента и органов исполнительной власти. Правила экономической конкуренции достаточно хорошо разработаны и представлены в антимонопольном законодательстве. Его действенность подтверждается частыми изменениями и дополнениями.

Вместе с тем конкурентный правопорядок характерен практически для всех сфер общественных отношений: политических, экономических и социальных. Очевидна связь между конкурентным правопорядком в этих сферах. С одной стороны, качество политической конкуренции предопределяет уровень социально-экономического развития страны. С другой стороны, экономическая конкуренция и сбалансированное распределение социальных ресурсов могут благотворно сказываться на качестве политической конкуренции. При этом конкурентный правопорядок имеет общие правовые основания и содержательное наполнение. Нормы российского законодательства могут деформировать конкурентный

правопорядок: применительно к экономике речь идет о некоторых правилах установления монопольного положения организации на рынке, применительно к политике — о некоторых положениях о доступе политических партий и иных организаций на выборы, применительно к социальной сфере — о некоторых механизмах перераспределения ресурсов, например в области социальной ответственности бизнеса. Конкуренция в социальной сфере с точки зрения права ориентируется на соблюдение принципов равноправия и справедливости при распределении ресурсов в обществе и между гражданами.

В любой сфере неформальные отношения восполняют недостающие правила конкуренции. Правила конкуренции относятся к таким социальным нормам, которые могут развиваться параллельно правовому регулированию: субъекты общественных отношений сами создают правила конкуренции в зависимости от сложившихся условий и обстоятельств. Неформальность свойственна конкурентному правопорядку во всех сферах общественных отношений. Причем неформальные правила конкуренции могут оцениваться в той или иной ситуации и как правомерные, и как неправомерные.

### РОЛЬ ПОЛИТИЧЕСКИХ ЭЛИТ И ПАРТИЙ В ФОРМИРОВАНИИ КОНКУРЕНЦИИ

Для России политическая конкуренция и тесно связанные с ней идеи политического плюрализма, многопартийности, оппозиции — относительно новые явления, которые на протяжении последних десятилетий все больше развиваются в науке и на практике. Однако их воплощение зачастую опережает научные разработки, что негативно сказывается на по-

© Васильева С.В., 2016

\* Васильева Светлана Викторовна, доцент Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

нимании социально-правовой природы и правовой регламентации этих явлений. Политическая конкуренция наполняется элементами, без которых ее нельзя считать установленной в государстве: свобода мысли и слова; многопартийность; широкая социальная база парламентского представительства, находящая отражение в механизмах его внутренней работы; свободный доступ к средствам массовой информации и их политическая нейтральность; обеспечение деятельности политической оппозиции; механизмы взаимодействия органов публичной власти, позволяющие проявляться различным мнениям в системе власти в целом.

Действующее российское законодательство (например, о выборах, партиях) не в полной мере препятствует злоупотреблению правом со стороны конкурентов, не должным образом ограничивает грязные политтехнологии. Некоторые нормы российского законодательства изначально деформируют правопорядок (в частности, положение о численности партии, необходимой для ее создания; норма об освобождении на выборах от сбора подписей избирателей партий, имеющих представительство в соответствующих законодательных органах). Российское законодательство не регулирует целый ряд институтов и механизмов, которые были бы желательны для развития политической конкуренции (в частности, доминирующее положение партии, злоупотребление доминирующим положением, политическая концентрация).

Основными субъектами, формирующими политическую конкуренцию через законодательство и практическую деятельность, являются политические партии и стоящие за ними элитарные группы (элиты). Идентификация элит, содержание и масштаб их деятельности в России — предмет политического анализа. Организация и деятельность политических партий имеет правовые основы, которые устанавливаются в Конституции РФ и развиваются в законодательстве. Влиять на элиты правовыми средствами возможно только через регулирование таких институтов, как выборы, законодательный процесс, партийное строительство и взаимодействие парламента с органами исполнительной власти.

Политическая конкуренция имеет колоссальное влияние на экономическую и социальную сферы общественных отношений. Наблюдая за партиями, действиями политиков и должностных лиц, общество и граждане воспроизводят (проецируют) модели их поведения на область своей деятельности. Но есть и другой подход. Бывший депутат Государственной Думы В. С. Плескачевский (идеолог саморегулирования в России), в частности, полагает, что демократия в сфере экономики и предпринимательства — свобода выбора моделей поведения на рынке, реальная конкуренция — может повлиять на улучшение качества всей общественно-политической системы<sup>1</sup>, т.е. выстраивание конкуренции в экономической сфере первично.

### **ОБЪЕМ КОМПЕТЕНЦИИ ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ И ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ: ЕСТЬ ЛИ ЗАВИСИМОСТЬ ОТ СЛОЖИВШЕГОСЯ КОНКУРЕНТНОГО ПОРЯДКА?**

Доктрина конституционного права (которой следует и законодательство) разделяет понятия «орган государственной власти» и «государственный орган». В соответствии с позицией Конституционного Суда РФ органы государственной власти непосредственно включены в систему разделения властей: Президент РФ, Правительство РФ, парламент, высший суд. Государственные органы (например, Администрация Президента РФ и органы исполнительной власти) прямо в эту систему не включаются, хотя и ощущают влияние органов государственной власти на свою деятельность.

Органы исполнительной власти наделяются компетенцией в зависимости от своего статуса: министерства, службы или агентства. В соответствии с Указом Президента РФ министерства осуществляют нормотворческие и регуляторные функции, службы — контролируют и надзирают, агентства — оказывают услуги<sup>2</sup>.

Регулирование, контроль и услуги в сфере экономического развития государства — одно из самых масштабных направлений деятельности органов государственной власти и государственных органов. Этим направлением непосредственно на уровне Федерации зани-

<sup>1</sup> См.: II Всероссийский форум саморегулируемых организаций // Сайт Российского союза промышленников и предпринимателей. URL: <http://рспп.рф/announce/view/239> (дата обращения: 7 февраля 2013 г.)

<sup>2</sup> См.: Глушко Е. К. Административная реформа (российский и зарубежный опыт). М., 2009.



маются: Правительство РФ, Министерство финансов, Министерство экономического развития, Министерство энергетики, Министерство регионального развития, Федеральная антимонопольная служба, Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителя, Федеральная налоговая служба, Федеральное агентство по управлению государственным имуществом и др. Вопросами экономики косвенно занимаются и иные органы.

Система органов и объем их компетенции постоянно развиваются в зависимости от актуальности того или иного экономического вопроса и его интерпретации политическими партиями и элитами<sup>3</sup>. Например, долго обсуждалось, каким способом управлять экономикой Дальнего Востока (ресурсами и собственностью): создать ли отдельное министерство, государственную корпорацию или наделить соответствующей компетенцией действующие органы. Было образовано министерство. Долго обсуждалось, кому доверить управление публичными финансами. По этому вопросу в свое время высказался заместитель министра финансов С. Сторчак<sup>4</sup>. Он обосновывал образование специализированного агентства при Правительстве РФ для управления средствами резервного фонда и фонда национального благосостояния, а также государственным долгом: «Сотрудникам этой организации не надо быть чиновниками, их функционал ближе к функционалу сотрудников Инвестбанка, только работающего с существенными дополнительными ограничениями»<sup>5</sup>. Однако оставались вопросы: какой правовой акт определит статус этого агентства — федеральный закон, как в случае с государственными корпорациями, или подзаконный акт; какой статус у него будет — орган, совет при органе, банк при органе?<sup>6</sup> Неубедительно его мнение о том, что эти полномочия

не могут быть доверены Центральному банку и Государственной корпорации «Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)». Решение общественно полезных задач (к которым и относится управление публичными финансами) в частнопрововых формах недопустимо. Нельзя передавать государственные полномочия специально создаваемому открытому акционерному обществу (ОАО). Для управления публичными финансами необходимо также избирать не частнопрововые, а публично-правовые процедуры, в которых ОАО, например, действовать не может.

Правовая доктрина слаба, когда решение зависит от политической конъюнктуры, интересов определенных партий и элит. Этот вопрос был в целом решен в пользу Центрального банка, особенно на фоне назначения нового руководителя — Э. Набиуллиной. Вообще, чувствуется точечный подход в наделении компетенцией органов и их реализации, т.е. принятие мер в зависимости от конкретной проблемы и сегодняшнего видения ее разрешения: вывод основан на примерах свободных экономических зон, деятельности государственных корпораций.

Политические партии и элиты достаточно традиционны, поэтому объем компетенции органов обусловлен традициями регулирования, контроля в сфере экономики и оказания услуг гражданам. Российское государство в соответствии со сложившейся национально-исторической традицией берет на себя всю полноту регулирования отношений. В этой связи слишком бюрократизированной выглядят процедуры выделения средств на частно-государственное партнерство из Инвестиционного фонда РФ: много инстанций и большие дискреции деятельности органов.

Развивается доктрина и практика привлечения организаций к осуществлению государственных полномочий<sup>7</sup>. Так, Федеральным

<sup>3</sup> См.: Кузин А. Л. Публичный интерес в гражданско-правовых отношениях с участием РФ // Государство и право. 2008. № 5 ; Черникова Е. В. Публичность в правовом регулировании банковской деятельности // Государство и право. 2009. № 6 ; Чиркин В. Е. Возможности и пределы публично-правовых инструментов в условиях финансово-экономического кризиса // Государство и право. 2009. № 10.

<sup>4</sup> См.: Быть ли госкорпорации для Дальнего Востока // URL: <http://pppinrussia.ru/main/novosti/news/closeup/7122> (дата обращения: 20.07.2015) ; Сторчак С. Как управлять средствами резервных фондов // Ведомости. 2013. 2 февр.

<sup>5</sup> Как управлять резервами // Ведомости. 2013. 4 февр.

<sup>6</sup> Иойрыш А. И., Терентьев В. Г. Оправданно ли создание госкорпораций как инструмента для активизации промышленной политики России? // Государство и право. 2009. № 7.

<sup>7</sup> См.: Васильева А. Ф. Сервисное государство: административно-правовое исследование оказания публичных услуг в Германии и России. М., 2012.

законом на Государственную корпорацию по атомной энергии «Росатом» возложены отдельные государственные полномочия. На основании федеральных законов допускается передача организациям полномочия по сертификации, а также наделение подведомственных учреждений полномочиями органа кадастрового учета. Передача частным лицам в управление государственного имущества довольно часто встречается в России в сфере культуры. Такая передача осуществляется на основе концессионных соглашений и административных актов органов власти. Эти правовые формы использовались, например, при передаче подмосковной усадьбы «Середниково» потомку М. Ю. Лермонтова и иконы Богоматери Одигитрия из Русского музея церкви Александра Невского, расположенной на территории подмосковного коттеджного поселка «Княжье озеро». Во всех случаях процесс передачи имущества сопровождается подписанием охранных грамот. В проекте Кодекса об административном судопроизводстве предусмотрена возможность обращения с исками к организациям, осуществляющим государственные полномочия: это дополняет гарантий истцам, которые будут судиться с ними, как будто обращаются с иском к государству<sup>8</sup>.

***Государственные органы, на которые влияют правила конкуренции. Как в зависимости от этого может характеризоваться их деятельность?***

Конкурентный правопорядок распространяется на деятельность органов, реализация компетенции которых зависит от интересов партий и элит, т.е. органов, на которые так или иначе способны влиять элиты.

Первое — это органы, которые входят в систему разделения властей: органы государственной власти, за исключением высших судов, деятельность которых строится на основании принципов независимости и подчинения только закону. Таким образом, деятельность Президента РФ, Правительства РФ и парламента — органов, включенных в законодательный, в том числе бюджетный, процесс, — в наибольшей мере испытывает влияние правил конкуренции.

Второе — это органы, которые, исходя из объема их компетенции, имеют ключевые по-

зиции в системе принятия решений. Так, свои экспертные мнения по экономическим вопросам почти всегда официально высказывают: Министерство финансов, Министерство экономического развития, Министерство промышленности и торговли, Министерство регионального развития. Особое место в этом ряду занимает Министерство экономического развития. По положению оно компетентно регулировать, казалось бы, любые вопросы экономического развития: промышленность, государственно-частные партнерства, поддержку социально ориентированных организаций, государственные корпорации, приватизацию, лоббизм и др. Министерство направляет своих сотрудников в рабочие группы парламента, использует рекомендации, подготовленные его консультативными и совещательными органами, взаимодействует с бизнесом через публичные консультации, проводимые в процессе оценки регулирующего воздействия.

Третье — к государственным органам, на которые влияют правила конкуренции, относятся органы, ответственные за порядок в определенных сферах экономики. Примером может являться Федеральная антимонопольная служба. Анализируя количество и состав ее экспертных и общественных органов с учетом неформальных связей (а их у нее 29 по состоянию на 30 декабря 2013 г.), можно прийти к следующему выводу: активнее всего совещательные органы создают органы с относительно широким спектром рассматриваемых вопросов. Партии и элиты, поддерживающие те или иные экономические группы интересов, могут влиять на работу этой службы, через ее экспертные и общественные советы.

***Государственные органы, которые формируют правила конкуренции. Насколько существенно эти органы могут влиять на конкурентный правопорядок?***

Правила конкуренции должны быть относительно устойчивыми (на то они и правила!). Они формируются в ходе законодательного регулирования отношений, а также в ходе обычной практики. На формирование правил конкуренции влияют органы государственной власти; органы, имеющие ключевые позиции

<sup>8</sup> Петров А. И. Формирование механизма развития государственно-частного партнерства в сфере культуры : автореф. дис... канд. экон. наук. СПб., 2012.

в системе принятия решений; органы, ответственные за порядок в определенных сферах экономики.

Но ключевые позиции в формировании правил конкуренции занимают органы государственной власти. И ведущая роль в этом ряду принадлежит Президенту РФ. Сложилась обычная практика его консультаций с представителями партий и бизнеса. Его ведущая роль поддерживается наделением Президента РФ в законодательстве новыми полномочиями. Эта тенденция рассматривается зачастую как естественное состояние: чтобы вопросы решались, их надо передать сильному органу в системе власти — Президенту РФ. В частности, предлагалось создать при нем совет по оценке регулирующего воздействия и забрать эту функцию у Министерства экономического развития.

Правительство РФ участвует в процессе принятия решений и тоже создает консультативные площадки. Оценивая форматы работы открытого правительства, можно сделать вывод о политической ангажированности этой площадки и некоторой искусственности формируемой им конкуренции.

Парламент — это место для дискуссий, в котором представлены разные политические силы. Поэтому ему по природе свойственно формировать правила политической конкуренции (и действовать, соответственно, по ним). Конкуренцию идей, влияние партий и элит, а также экономических групп можно особенно ярко почувствовать в ходе парламентских слушаний: обращали на себя внимание недавние слушания по приватизации, частно-государственному партнерству, деятельности государственных корпораций<sup>9</sup>.

Конкуренцию формируют и различные полугосударственные структуры, например Уполномоченный по защите прав бизнеса. В соответствии с Указом Президента РФ он может проводить разбирательство споров между предпринимателями и органами власти и об-

ращаться с соответствующими заявлениям в уполномоченные органы в защиту прав предпринимателей.

## ВЫВОДЫ

Конкуренция, вне зависимости от сферы общественных отношений, может оцениваться на предмет соблюдения принципов равноправия, справедливости, свободы, сбалансированности. В оценке конкурентного правопорядка могли бы помочь такие понятия, как равноправие и справедливость при распределении ресурсов, свобода действий конкурентов, баланс интересов, развитие возможностей, а не уравнивание, «меньший имеет преимущество в политике», публичность политических соглашений.

В любом случае, партии и элиты в ходе своей деятельности прямо или косвенно влияют на работу государственных органов, вовлекая их в конкуренцию. Конкуренция при этом всегда остается политической, но при участии органов исполнительной власти, в деятельности которых много конкретики, становится более предметной и опускается с общего уровня власти на уровень реализации конкретной компетенции — конкуренция компетенций и влияния органов на реальное принятие решений. Специалисты говорят даже о том, что существует ведомственный лоббизм: продвижение интересов одного ведомства в системе принятия решений. Хотя с точки зрения теории лоббизма это невозможно: лоббистами могут быть только частные лица.

Несмотря на то что деятельность российских органов в плане соблюдения правил конкуренции не всегда оценивается положительно, они вынуждены соблюдать эти правила, так как в России в той или иной мере реализована система разделения властей, есть несколько партий, которые представлены в парламенте, проводятся выборы, в экономике используется антимонопольное регулирование.

<sup>9</sup> Дансаранова С. Д. Институт частно-государственного партнерства: становление и развитие в России : автореф. дис. ... канд. экон. наук. Улан-Удэ, 2007 ; Сазонов В. Е. Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты. М., 2012 ; Юхно А. С. Компенсация как средство правовой защиты в международных инвестиционных отношениях: последние тенденции // Государство и право. 2012. № 7 ; Доронина Н. Г., Семилютин Н. Г. Международное частное право и инвестиции: научно-практическое исследование. М., 2011 ; Они же. Правовые условия формирования благоприятного инвестиционного климата и информационной среды в Российской Федерации // Журнал российского права. 2012. № 10 ; Доронина Н. Г. Инвестиционный климат: вопросы правового регулирования // Журнал российского права. 2012. № 1.

Э. В. Талапина\*

## ПУБЛИЧНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭКОНОМИКИ В РОССИИ: ИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ ЭВОЛЮЦИЯ

**З**аявленная тема заслуживает посвящения ей отдельной монографии; по существу, осветить этот сюжет в небольшом докладе невозможно. Тем не менее охватить отдельные этапы эволюции, опираясь на ее институциональный аспект, представляется задачей разрешимой. Для создания общего впечатления о состоянии правового регулирования экономики в России необходимо обратиться к общетеоретическим вопросам о позиции государства как крупнейшего института в экономике, а затем более подробно рассмотреть другие институты, причастные к регулированию рыночной экономики.

### РОССИЙСКОЕ ГОСУДАРСТВО И ЭКОНОМИКА

#### *Коротко о публично-правовом регулировании экономики в России*

Россия, принадлежащая к континентальной правовой системе, признает разделение права на публичное и частное. Правда, после советского периода отказа от такого деления, считавшегося буржуазным, в 90-е гг. XX в. частное право стало доминирующим, а процесс коммерциализации (цивилизации) публичного права, присущий и стабильным западным правовым системам, приобрел несколько гипертрофированный характер. Применительно к экономике это актуализирует вопрос о ее правовом регулировании — должно ли оно быть публичным или частным? Пропуская эту дискуссию, заметим, что еще в советские годы

признаваемый комплексный характер и экономики, и самого права привел к созданию теории хозяйственного права (прототипа публично-экономического права)<sup>1</sup>, чье место в системе российского права до сих пор дискутируется.

Правовые проблемы экономики носят комплексный характер и не могут охватываться лишь одной правовой отраслью. Поэтому мы не видим оснований для возникновения правовой отрасли экономического права. Экономическое право как право комплексного (публично- и частно-правового) регулирования представляло бы собой весьма громоздкую и нежизнеспособную конструкцию, включающую нормы всех отраслей права. Это скорее условное объединенное понятие. Другое дело — выделение публично-экономического права на примере ряда европейских стран в научных и учебных целях.

На регулировании экономики публичным правом отражаются общие правовые тенденции.

Во-первых, это хорошо описанная во французской литературе цивилизация публичного права — заимствование публичным правом технологий и практик частного права, что проявляется прежде всего в политике нового государственного менеджмента. Административная реформа во многом базируется на заимствовании элементов частного права в право публичное. Например, административный порядок распределения благ и имущества уходит в прошлое, а используется гражданско-правовая процедура торгов. Политика внедре-

<sup>1</sup> См. подробнее: *Talapina E. L'émergence du droit public économique en Russie: un regard comparatif // Revue d'études comparatives Est-Ouest. 2007. Vol. 38. Num. 2. Pp.107—124.*

© Талапина Э. В., 2016

\* *Талапина Эльвира Владимировна, старший научный сотрудник Института государства и права РАН, кандидат юридических наук*

ния понятий эффективности и рентабельности в деятельность органов государственной власти, новый государственный менеджмент — тоже пример заимствования. В современном публичном праве отныне идет речь и об использовании альтернативных способов разрешения споров, т.е. государство становится более гибким даже в конфликтах.

Во-вторых, это процесс «субъективизации» в публичном праве. Раньше субъективные права были епархией гражданского права — именно там существовал гражданин с его нуждами и потребностями, с возможностью вступления в различные договорные отношения; для административного права гражданин возникал в основном как субъект административной ответственности, т.е. права в публичном праве были почти всегда неперсонифицированы. Но теперь, с проникновением в нашу страну концепции государственных услуг и усилением концепции прав человека, субъективные права гражданина тоже оказываются в центре внимания государства. Наше государство становится все более «обслуживающим» в публичной сфере, весь набор государственных услуг работает на граждан, и даже еще более — на экономических субъектов. Вообще, сама административная реформа преследует в основном экономические цели.

В-третьих, характеристикой публичного права применительно к экономике является почти парадоксальная роль законов, которая несколько гипертрофирована в нашей стране. Считается, что принять закон — это решить проблему, хотя на самом деле принятие закона — это лишь отправная точка в любой деятельности. В то же время, если в частном праве существует Гражданский кодекс РФ, то в публичном праве похвастаться нечем, и это создает дисбаланс в развитии законодательства в публичной и частной сферах, потому что публичное право, по сути, осталось без базовых законов (закона об административных процедурах, управленческого кодекса). Образующая пустота заполняется подзаконным регулированием.

Разумеется, публичное право не гомогенно, оно состоит из различных отраслей. Ведущая роль здесь принадлежит административному праву. В советском административном праве было сосредоточено практически все управление экономикой. И до сих пор в Особенной части административного права остается раздел по экономическому регулированию<sup>2</sup>. О необходимости реформирования структуры административного права в современных условиях, в частности относительно экономической сферы, не раз говорилось на научных конференциях<sup>3</sup>, но это мало отразилось на содержании традиционных учебников по административному праву.

Проходящая в стране административная реформа не может не касаться экономики; более того, именно экономика — ее главный объект и цель. «В условиях административной реформы происходит уточнение пределов регулирования исполнительной властью экономики и социальной сферы»<sup>4</sup>. Указом Президента РФ от 23 июля 2003 г. № 824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 годах» определены следующие приоритетные направления:

- ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в том числе прекращение избыточного государственного регулирования;
- исключение дублирования функций и полномочий федеральных органов исполнительной власти;
- развитие системы саморегулируемых организаций в области экономики;
- организационное разделение функций, касающихся регулирования экономической деятельности, надзора и контроля, управления государственным имуществом и предоставления государственными организациями услуг гражданам и юридическим лицам;
- завершение процесса разграничения полномочий между федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Фе-

<sup>2</sup> Административное право / под ред. Л. Л. Попова, М. С. Студеникиной. М., 2008. С. 419–569.

<sup>3</sup> Административно-правовое регулирование экономических отношений. М., 2001; Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития: материалы науч. конференции (Москва, 28 ноября 2001 г.). М., 2002.

<sup>4</sup> Нарышкин С. Е., Хабриева Т. Я. Административная реформа в субъектах Российской Федерации // Журнал российского права. 2008. № 10.

дерации, оптимизация деятельности территориальных органов федеральных органов исполнительной власти.

Результатом этого этапа стало принятие целого ряда нормативных правовых актов, направленных на ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность хозяйствующих субъектов<sup>5</sup>.

Именно ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства обозначено в качестве цели административной реформы согласно Концепции административной реформы в РФ в 2006–2010 гг. (одобренной распоряжением Правительства РФ от 25 октября 2005 г. №1 789-р), а также Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011–2013 годы (одобренной распоряжением Правительства РФ от 10 июня 2011г. №1021-р).

*Имущественный статус государства и его органов.* В правовом аспекте государственное «предпринимательство» может оформляться по-разному, но всегда главным вопросом остается правовой статус государства как участника имущественных отношений. Поскольку имущественные отношения регулируются гражданским правом, важным остается вопрос: кому принадлежит гражданская правосубъектность государства — ему самому или его органам? Современная ситуация в российском праве характеризуется попытками прямого переноса гражданско-правовых конструкций в публичное право. Российское законодательство закрепило позицию равенства государства и частных лиц в гражданских отношениях. Это, собственно, логическое продолжение и дореволюционной, и даже советской правовой доктрины первых лет после Октябрьской революции, разделявшей (но весьма осторожно) публичные и частные права государства.

Согласно ст. 124 ГК РФ, Российская Федерация, ее субъекты и муниципальные образования выступают в гражданских отношениях на равных началах с гражданами и юридическими лицами. К ним применяются нормы гражданского законодательства о юридических лицах, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов. При этом ст. 125 «Порядок участия Российской Федерации,

субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством» ГК РФ создает систему своеобразного представительства публично-правовых субъектов. Общее правило — от имени РФ, ее субъектов и муниципальных образований могут выступать органы государственной власти и органы местного самоуправления. В случаях и в порядке, предусмотренных федеральными законами, указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ, нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований, по их специальному поручению от их имени могут выступать государственные органы, органы местного самоуправления, а также юридические лица и граждане.

Поскольку ГК РФ уравнивает в правах государство (территориальные образования) и юридические лица, возникает вопрос о применимости к государству теории юридического лица. Здесь существует две проблемы: может ли государство как таковое считаться юридическим лицом и должен ли орган государственной власти в обязательном порядке являться юридическим лицом?

Следует сразу оговорить, что в России, в том числе дореволюционной, концепция публичного юридического лица воспринималась критически. На наш взгляд, до сих пор суть деления лиц на публичные и частные не понимается правильно. В чем же практический смысл признания деления юридических лиц на частные и публичные? Нам представляется — в возможности четко определить правовой статус публичных субъектов в гражданских отношениях. Гражданское право принимает правила создания данных субъектов, их публичное назначение и не требует отдельной регистрации в порядке, предусмотренном для лиц частного права. Проще говоря, частно-правовые процедуры к публичным юридическим лицам неприменимы, они остаются в сфере влияния публичного права. Концепция публичного юридического лица предполагает, что созданный публичным порядком субъект способен к осуществлению своей правосубъектности и в сфере частного права без дополнительного использования организационно-правовой формы юридического лица частного права, однако лишь при тех условиях, что он признан данным

<sup>5</sup> Нарышкин С. Е., Хабриева Т. Я. Указ. соч.

правопорядком субъектом гражданского права и что он осуществляет свои имущественные интересы на общих основаниях с другими участниками гражданского оборота<sup>6</sup>. К очевидным преимуществам относится и то, что фигура юридического лица публичного права, с одной стороны, позволит квалифицировать всякое действие государственного органа в гражданском обороте как действие соответствующего публичного образования, а с другой — создаст персонализацию каждого отдельного органа как субъекта частного права для удовлетворения «учрежденческих нужд». Данная категория будет способствовать эффективному становлению принципа единства казны и субсидиарного обращения взыскания на иное имущество казны при недостаточности бюджетного финансирования по соответствующему разделу<sup>7</sup>.

В Концепции развития законодательства о юридических лицах (разработанной Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства) полезность этой категории признается, но вводить ее не рекомендуется, так как она «чужда нашему правопорядку». Представляется, что к такому выводу приводит позиция цивилистов, расценивающих юридические лица публичного права как досадное исключение из общей классификации юридических лиц частного права или как некую ее модернизацию<sup>8</sup>, при этом совершенно упускается из виду, что речь идет о двух разных, даже полярных, классификациях юридических лиц — в частном и публичном праве.

Большинство исследователей уверены (и мы к ним присоединяемся), что, признавая государство субъектом гражданско-правовых отношений, его нельзя ставить в один ряд с другими субъектами гражданского права. В этом убеждает и анализ позиции органа публичной власти в гражданских правоотношениях. Напомним, что Гражданский кодекс напрямую относит к субъектам гражданского права только государство и его территориальные единицы. Органы государственной (муниципальной) власти могут своими действиями приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязан-

ности, выступать в суде от имени соответствующих публично-правовых образований. При этом вопрос о необходимости для органа власти приобретения статуса юридического лица в Кодексе и не поставлен, и не раскрыт.

На практике начиная с начала 90-х гг. прошлого века большинство органов публичной власти стремилось к обладанию статусом юридического лица. Объяснение такой популярности обретения гражданско-правового статуса среди публичных органов довольно простое.

*Первое.* Гражданское законодательство признает сделками действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (ст. 153 ГК РФ). В силу ст. 124 ГК РФ к юридическим лицам приравнены публично-правовые образования, но не их органы. Воспринимая эту конструкцию в отрыве от ст. 125 ГК РФ, органы публичной власти, заключая элементарные договоры в целях удовлетворения имущественных потребностей, предпочли разрешить проблему в корне, просто зарегистрировавшись юридическими лицами. Кроме того, до становления казначейской системы органы публичной власти открывали счета в коммерческих банках, при этом гражданско-правовой договор банковского счета подразумевал, что клиент должен обладать всеми необходимыми атрибутами юридического лица. Соответственно, отношение к органам власти как к полноправным юридическим лицам закрепилось и в судебной практике.

*Второе.* Процессуальное законодательство 90-х гг. стояло на жестких позициях признания сторонами экономического спора только юридических лиц. Так, Арбитражный процессуальный кодекс 1995 г. (в отличие от кодекса 1992 г.) не признавал органы власти сторонами спора, что порождало проблемы как для публичной, так и для частной стороны. Таким образом, в 90-е гг. обладание правами юридического лица стало своего рода входным билетом в новый имущественный оборот для властных структур. Поэтому причиной «цивилизации» органов власти является несовершенство нового рыночного законодательства на тот период времени.

<sup>6</sup> Кантор Н. О государственных органах как юридических лицах публичного права // Хозяйство и право. 2005. № 4.

<sup>7</sup> Кантор Н. Указ. соч.

<sup>8</sup> Болдырев В. А. О «юридических лицах» публичного права // Журнал российского права. 2008. № 11. С. 128.

Однако строчка в положении о министерстве, признающая его юридическим лицом, не решает проблем, связанных с деятельностью таких юридических лиц, не ставит их на одну ступень с «нормальными» юридическими лицами, и это по-прежнему подчеркивается в литературе<sup>9</sup>. Во-первых, на органы государственной (муниципальной) власти не распространяются правила государственной регистрации, установленные ст. 51 ГК РФ (юридическое лицо считается созданным со дня внесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц). Органы власти не регистрируются в качестве юридических лиц, этот их статус закрепляется напрямую в правоустанавливающем документе. Во-вторых, органам власти в законодательстве не отведена какая-либо организационно-правовая форма. Разумеется, гражданско-правовая категория «учреждение» удачно связала мостиком советский опыт деятельности государственных учреждений и организационно-правовую форму, в которой могут поместиться органы власти. В-третьих, органы власти могут выступать в гражданском обороте как от собственного имени, так и от имени публичного образования, на практике это разграничение провести довольно трудно. Считается, что в первом случае органы власти вступают в отношения, регулируемые гражданским законодательством, для удовлетворения собственных нужд, а во втором — для удовлетворения нужд государства<sup>10</sup>. Однако правомерность постановки вопроса о собственных нуждах государственного органа, отличных от нужд государства, вызывает сомнения. В-четвертых, в деятельности органов власти в рамках гражданского права принцип свободы договора не проявляет себя в полной мере. Заключению многих гражданско-правовых сделок предшествует обязательная организационная процедура, а выбор контрагента почти всегда про-

исходит на конкурсной основе (ФЗ от 5 апреля 2013 г. «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ и услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» называется это конкурентными способами определения поставщиков).

Отметим и законодательное положение о запрете совмещения властной и экономической деятельности, которое появилось в российском антимонопольном законодательстве в 1995 г.

В целом в литературе сформировалась точка зрения, согласно которой государственный орган должен иметь статус юридического лица (а не являться юридическим лицом)<sup>11</sup> — компромисс административной формы и гражданского содержания.

По нашему мнению, из содержания ст. 125 ГК РФ вовсе не следует, что для выступления в гражданском обороте публичное образование или его представитель должны обладать правами юридического лица, на них уже распространены правила участия юридических лиц в имущественных отношениях. При этом основной характеристикой деятельности государственного органа остается компетенция. Даже в гражданско-правовых отношениях государственный орган связан своей административной компетенцией. Как справедливо отмечено, чтобы обосновать возможность того или иного органа действовать от имени публично-правового образования, следует не устанавливать наличие или отсутствие юридической личности этого органа, а анализировать содержание его компетенции<sup>12</sup>.

Понятие юридического лица — атрибут гражданского (частного) права. Акты же государственных органов или органов местного самоуправления затрагивают отношения в сфере управления, подпадающие под действие административного, т.е. публичного права. Поэтому наличие или отсутствие прав юридического

<sup>9</sup> Болдырев В. А. Указ. соч. С. 132.

<sup>10</sup> Усков О. Ю. Проблемы гражданской правосубъектности государственных органов и органов местного самоуправления // Журнал российского права. 2003. № 5. С. 33.

<sup>11</sup> Мишустина Е. К вопросу о соотношении государственного и частного права // ЭЖ-Юрист. 1999. № 9 ; Головизнин А. Некоторые вопросы участия в гражданском обороте органов государственной власти (местного самоуправления) // Хозяйство и право. 1999. № 5. С. 62.

<sup>12</sup> Усков О. Ю. Указ. соч. С. 36.

<sup>13</sup> Клейн Н. И. Государственный орган или орган местного самоуправления, не являющийся юридическим лицом, может быть ответчиком по делу, возбужденному на основании заявления о признании недействительным акта, принятого им в пределах своей компетенции // Комментарий судебно-арбитражной практики. М., 1995. Вып. 2. С. 53.



лица не влияет на компетенцию органа<sup>13</sup>. Представляется, что публичное право должно принимать традиционные цивилистические конструкции (например, понятие юридического лица), но и наоборот — гражданское право должно априори принять характеристику государства (публичного образования), даваемую административным и конституционным правом. Именно поэтому вызывает сомнение предложение сформулировать отраслевое гражданско-правовое понятие государственного органа<sup>14</sup>, поскольку оно уже дано в публичном праве и должно иметь общеправовое значение.

## РЫНОЧНАЯ ЭКОНОМИКА И СУБЪЕКТЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

*Экономическая компетенция органов публичной власти.* Если обратиться непосредственно к институциональному аспекту, то прежде всего необходимо отметить органы публичной власти, причастные к регулированию экономики. На вершине пирамиды — Правительство РФ, которое является главным органом, формирующим экономическую политику страны. В статье 114 Конституции РФ дается общая характеристика полномочий Правительства РФ, многие из которых можно назвать экономическими (разработка и представление федерального бюджета, обеспечение проведения единой финансовой, кредитной и денежной политики, осуществление управления федеральной собственностью). Более детально эти полномочия регулируются ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации». Правительство руководит деятельностью федеральных органов исполнительной власти, на которые ложится непосредственная нагрузка в экономической сфере (Министерство экономического развития, Министерство финансов, Министерство природных ресурсов и экологии, Министерство промышленности и торговли и др.). Помимо этих стандартных органов власти в сфере экономики действуют и «смешанные» — Счетная палата РФ, Центральный банк РФ.

Если обратиться к содержанию экономической деятельности органов власти, то оно в последние годы существенно меняется. Из

чисто управленческой, административной деятельности все более превращается в продукт коллективный, многое в котором определяют сами экономические субъекты.

В целом отношения между властью и бизнесом, характеризуемые понятием партнерства, имеют разные грани (в России о партнерстве бизнеса и власти заговорили не так давно). Одной из широко практикуемых форм взаимодействия является создание консультативных органов при органах публичной власти. Как показывает опыт многих стран, консультативные советы и иные координационно-созвещательные органы при властных структурах оказываются наиболее эффективными, если со стороны частного сектора в них представлены не отдельные компании, а реально работающие активные отраслевые и региональные бизнес-ассоциации, выражающие коллективные интересы бизнеса<sup>15</sup>. В России такого рода консультативные органы образовывались довольно хаотично, не обладали четким статусом и полномочиями и зачастую создавали лишь видимость консультаций. В настоящее время практика создания консультативных органов сохраняется (например, при Минэкономразвития действует Консультативный совет по иностранным инвестициям, Экспертный совет по государственно-частному партнерству).

В законодательстве предусмотрено и участие членов Общественной палаты в работе общественных советов при федеральных органах исполнительной власти (Указ Президента РФ от 4 августа 2006 г. № 842 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам»).

Еще одним примером консультаций с обществом является работа Правительственной комиссии по проведению административной реформы, в состав которой вошли представители научных учреждений и бизнес-объединений. Комиссия создана в 2003 г. и функционирует до настоящего времени. Первой задачей комиссии названо обеспечение согласованных дей-

<sup>14</sup> Голубцов В. Г. Гражданско-правовой статус государственных и муниципальных органов // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 59.

<sup>15</sup> Яковлев А. А. Агенты модернизации. М., 2006. С. 311–312.

ствий федеральных органов исполнительной власти, взаимодействие с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также с заинтересованными организациями и общественными объединениями при проведении административной реформы.

Другая форма взаимодействия, часто применяемая на практике, — целевое участие экономических субъектов в решении общих задач. Оно часто основывается на законах субъектов РФ о промышленной политике, целевых социальных программах регионов. Вообще, соглашения с бизнес-структурами могут заключаться на любых уровнях власти. Так, постановлением мэра г. Братска от 5 сентября 2007 г. № 2550 утвержден Порядок подготовки и заключения соглашений о социально-экономическом сотрудничестве. В приложенном типовом соглашении обозначены следующие основные направления взаимодействия:

- развитие конструктивных отношений по вопросам социального партнерства, консолидация усилий и ресурсов в решении задач социального и экономического развития г. Братска;
- содействие реализации на территории г. Братска федеральных и региональных программ, затрагивающих вопросы социально-экономического развития города;
- совместная разработка и реализация программ и мероприятий, направленных на улучшение экологической обстановки в городе;
- оказание взаимной информационной поддержки по вопросам, имеющим взаимовыгодный интерес.

Наиболее регламентированной формой взаимодействия бизнеса и власти является публично-частное партнерство, которое в России принято называть государственно-частным партнерством. ООН рассматривает публично-частное партнерство как одну из перспективных возможностей решения социальных проблем, именно эта идея лежит в основе Практического руководства по вопросам эффективного управления в сфере государственно-частного партнерства, разработанного Европейской экономической комиссией ООН в 2008 г. Государственно-частное партнерство (ГЧП) основывается с целью обеспечить финансирование, планирование, исполнение и эксплуатацию объектов, производств и предоставления услуг государственного сектора. Его ключевыми особенностями являются:

- долгосрочность обеспечения и предоставления услуг (иногда сроком до 30 лет);
- передача рисков частному сектору;
- многообразие форм долгосрочных контрактов, заключаемых юридическими лицами с государственными и муниципальными структурами.

Несмотря на все разнообразие типов ГЧП, можно выделить две основные категории: институциональное ГЧП, которое охватывает все формы совместных предприятий между государственными и частными участниками, и контрактное ГЧП. Суть ГЧП в том, что оно позволяет государству решать свои задачи перед обществом, а бизнесу — заниматься коммерческой деятельностью.

В российские правовые акты понятие государственно-частного партнерства попало с начала 2000-х гг. Причем чаще всего оно просто упоминается, выдвигается в качестве цели, приоритета и пр., но не раскрывается или же объясняется через отдельные стороны. В науке определений ГЧП много, проводятся несопадающие классификации его форм. Основываясь на действующем законодательстве, можно выделить следующие формы ГЧП:

- концессии;
- инвестиционные соглашения (договоры);
- соглашения о разделе продукции;
- лизинг;
- функционирование особых экономических зон;
- частное финансирование государственных (муниципальных) проектов.

Стоит отметить, что все виды договоров, по которым осуществляется партнерство, регулируются не ГК РФ, а специальными законами.

Законодательство субъектов РФ по вопросам ГЧП развивается постепенно. Их подходы к определению ГЧП неоднозначны, а по поводу форм допускаются расширительные трактовки, закладывается возможность установления таких форм региональным законодательством. На этом фоне подготовлен проект федерального закона о ГЧП (законопроект № 238827-6 «Об основах государственно-частного партнерства, муниципально-частного партнерства в Российской Федерации»).

Наиболее развитой в нормативном плане формой ГЧП в России являются концессии. В постсоветской России концессионные договоры появились в Законе РСФСР от 4 июля 1991 г. об иностранных инвестициях, затем в законода-

тельстве о недрах. Но специальный нормативный акт был принят только 21 июля 2005 г. — ФЗ «О концессионных соглашениях».

*Новые субъекты экономического регулирования.* Согласно ст. 7.1 ФЗ «О некоммерческих организациях» государственной корпорацией признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций. Это редкий вид юридического лица, которое вопреки ст. 52 ГК РФ создается и действует не на основании устава, учредительного договора или общего положения об организациях данного вида, а на основании федерального закона. Данное положение отдельно оговорено в законе — для создания государственной корпорации не требуется учредительных документов, предусмотренных ст. 52 ГК РФ. По общему правилу государственная корпорация не отвечает по обязательствам Российской Федерации, а Российская Федерация не отвечает по обязательствам государственной корпорации. Законом, предусматривающим создание государственной корпорации, может быть предусмотрено иное.

Существенное отличие госкорпораций от унитарных предприятий и государственных учреждений в том, что имущество, переданное Российской Федерацией государственной корпорации, становится собственностью государственной корпорации.

Правовой статус государственной корпорации, закрепленный в законе, чрезвычайно гибок, что может свидетельствовать как о непродуманности концепции и желании апробировать ее на практике, так и о сознательном создании для государства нового, гуттаперчевого, вида юридического лица. Видится и третий вариант — государство еще не определилось с тем, станут ли госкорпорации видом юридического лица, который прочно займет определенное место в системе, или это только временный институт.

Процесс создания государственных корпораций активизировался в 2007 г. Сравнительный анализ позволяет выделить основные черты правового статуса государственной корпорации. Во-первых, каждая государственная

корпорация создается для определенной цели, но эти цели не поддаются систематизации и могут проявляться в самых разных сферах. Таким образом, правоспособность государственных корпораций целевая. Во-вторых, на большинство корпораций не распространяется законодательство о банкротстве, а также общие нормы о контроле за некоммерческими организациями. В-третьих, государство принимает активное участие в управлении корпорацией (высшие должностные лица назначаются Президентом или Правительством РФ, корпорация подотчетна государству). В-четвертых, процедура передачи имущественного вклада в государственную корпорацию выведена из-под действия законодательства о приватизации, что не позволяет назвать ее приватизацией де-юре, однако дает основания для утверждений о новом, исключительном способе приватизации де-факто<sup>16</sup>. Здесь мы солидарны с В. Завадниковым, главой Комитета Совета Федерации по промышленной политике, который назвал создание госкорпораций «иной формой приватизации»<sup>17</sup>.

Еще больше вопросов, нежели ответов, возникает при пристальном рассмотрении деятельности государственных корпораций. С одной стороны, остается в силе общее правило для всех некоммерческих организаций — некоммерческие организации могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям. С другой стороны, получив значительные денежные средства и имущество, многие корпорации активно занимаются именно предпринимательством, попадая в то самое узкое место нашего законодательства, где смыкаются подходы налоговиков и управленцев относительно трактовки целей создания некоммерческой организации и ее предпринимательских возможностей.

Госкорпорация «Росатом» вообще представляет собой гибрид органа исполнительной власти и коммерческой организации. Такое явное совмещение управленческих и хозяйственных функций, потребовало даже внесения изменений в ФЗ «О защите конкуренции». Целая статья ФЗ «О государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»» посвящена пол-

<sup>16</sup> Во Франции подобное размывание государственной собственности именуют мягкой приватизацией.

<sup>17</sup> Главные олигархи — это чиновники // *Власть*. 2008. 12 мая.

номочиям этой корпорации по нормативно-правовому регулированию в установленной сфере деятельности. Корпорация имеет право издавать нормативные правовые акты по целому ряду вопросов государственного учета и контроля ядерных материалов, выдачи сертификатов и пр.

Другие государственные корпорации обладают рядом властных полномочий, как то:

- полномочия Агентства по страхованию вкладов по определению порядка расчета страховых взносов в фонд страхования вкладов граждан и ставки этих взносов (п. 7 ч. 2 ст. 15, ч. 7 ст. 36 ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»);
- полномочия Олимпстроя в интересах строительства олимпийских объектов и реализации связанных с ним иных мероприятий запрашивать и получать у государственных органов и органов местного самоуправления, ГУП и МУП, государственных и муниципальных учреждений необходимую информацию (п. 9 ч. 3 ст. 3 ФЗ «О государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта»);
- полномочия (с определенной долей условности) Внешэкономбанка как агента валютного контроля (п. 5 ч. 3 ст. 3 ФЗ «О Банке развития»)<sup>18</sup>.

На основании изложенного можно констатировать, что государственная корпорация — новый субъект права, чья правоспособность реализуется преимущественно в сферах гражданского и административного права. Публичное происхождение, тесная управленческая связь с государством и в целом управленческий облик — это каркас статуса государственной корпорации. Оригинальный имущественный режим и «свободное плавание» в рыночных отношениях — гражданско-правовые черты. Очевидно, что государственные корпорации подвергаются смешанному правовому регулированию. Во всяком случае, так мы станем называть это до тех пор, пока статус публичных юридических лиц не будет урегулирован в полной мере в рамках публичного права.

17 июля 2009 г. в ФЗ «О некоммерческих организациях» появилась ст. 7.2 «Государственная компания» — о новой организационно-право-

вой форме юридического лица. Государственная компания — некоммерческая организация, не имеющая членства и созданная Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием государственного имущества на основе доверительного управления. Государственная компания создается на основании федерального закона.

Федеральным законом от 17 июля 2009 г. «О Государственной компании “Российские автомобильные дороги” и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» определен правовой статус этой единственной на сегодняшний день государственной компании. Так же, как и на государственные корпорации, на государственную компанию не распространяются нормы законодательства о банкротстве и часть норм законодательства о некоммерческих организациях.

Экономика — самостоятельный феномен со значительной долей саморегулирования, и субъекты экономической деятельности используют различные возможности подобной регуляции. Часто они объединяются в производственных и управленческих целях, образуя финансово-промышленные группы и холдинги. С давних пор известны и объединения по профессиональному принципу (средневековые цехи в Европе тому пример). А с некоторых пор такие объединения стали привлекаться государством к подлинному управлению. Принятый 1 декабря 2007 г. ФЗ «О саморегулируемых организациях» (СРО) унифицировал, наконец, правовой статус СРО. СРО признаны некоммерческие организации, созданные в целях саморегулирования, основанные на членстве, объединяющие субъектов предпринимательской деятельности исходя из единства отрасли производства товаров (работ, услуг) или рынка произведенных товаров (работ, услуг) либо объединяющие субъектов профессиональной деятельности определенного вида.

В ФЗ «О саморегулируемых организациях» взаимодействию СРО и органов власти посвящена ст. 22. Статьей определено, что саморегулируемая организация обязана направлять в уполномоченный федеральный орган исполнительной власти:

<sup>18</sup> Долинская В. В. Проблемы законодательства о государственных корпорациях // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 4. С. 12.

- 1) стандарты и правила саморегулируемой организации, условия членства в ней в соответствии с предметом саморегулирования и внесенные в них изменения в течение 7 рабочих дней после их внесения постоянно действующим коллегиальным органом управления саморегулируемой организации;
- 2) сведения о запланированных и проведенных саморегулируемой организацией проверках деятельности членов саморегулируемой организации и о результатах этих проверок;
- 3) информацию об изменении наименования саморегулируемой организации, места ее нахождения, адреса официального сайта в течение 5 рабочих дней со дня, следующего за днем наступления события, повлекшего за собой такие изменения.

Уполномоченный федеральный орган исполнительной власти привлекает саморегулируемые организации к участию в обсуждении проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, государственных программ по вопросам, связанным с предметом саморегулирования.

Таким образом, непосредственно в законе не сказано о передаче публичных функций СРО.

Правда, некоторые СРО выполняют публичные функции, заместившие государственное лицензирование. Однако саморегулируемые организации, наделенные публичными функциями, неодинаковы.

Наконец, во многом с осуществлением государственных услуг связано появление таких субъектов, как частные организации, осуществляющие аутсорсинг административно-управленческих процессов. Статус частной организации, задействованной в аутсорсинге, остается прежним, гражданско-правовым. Однако заключенный с органом власти договор аутсорсинга создает для нее управленческий административно-правовой статус на время действия договора (временный и договорный). У частной организации появляются обязательства в отношении органа власти действовать определенным образом и в публичных интересах, а также в отношении граждан и организаций, являющихся получателями услуг и ассоциирующимися поставщика этой услуги с государством независимо от его реального правового статуса.

Все эти новые субъекты характерны только для рыночной экономики, в условиях которой бремя государственного управления разделяется между государством, другими публичными субъектами и институтами гражданского общества.

П. Иду\*

## РОЛЬ И СУЩНОСТЬ НЕЗАВИСИМЫХ ПУБЛИЧНЫХ (ГОСУДАРСТВЕННЫХ) ОРГАНОВ, УЧАСТВУЮЩИХ В РЕГУЛИРОВАНИИ ЭКОНОМИКИ

Прежде чем говорить о роли публичных органов, необходимо пояснить, что мы понимаем под регулированием экономики и какие органы ее регулируют. Регулирование экономики не нужно путать с регламентацией в экономике. Под регулированием мы понимаем метод «глобальных действий», предполагающий различные прагматические действия<sup>1</sup> с целью достичь задуманного результата. Чтобы лучше понять это определение с юридической точки зрения, необходимо обратиться к определению, предложенному Жераром Марку: «Регулирование выступает функцией публичной власти, целью которой является компромисс между задачами, экономическими и неэкономическими ценностями, не всегда согласованными между собой на конкурентном рынке. Данное регулирование обязывает нас учитывать этот компромисс с помощью правовых средств. Таким образом, речь идет о функции публичной власти, целью которой является удовлетворение потребностей общества благодаря экономической деятельности, имеющей влияние на конкуренцию»<sup>2</sup>.

Эти регуляторы весьма разнообразны, они могут быть как частными, так и публичными, но организованными самой властью. Публичными регуляторами могут быть либо сама власть (например, министерства) или организации, менее зависимые от политической власти. В данном докладе речь как раз и пойдет об этой последней категории.

Итак, мы будем говорить о роли и сущности публичных независимых органов регулирования экономики.

### СУЩНОСТЬ ПУБЛИЧНЫХ НЕЗАВИСИМЫХ ОРГАНОВ РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИКИ

Говоря о сущности публичных органов, необходимо уточнить вопрос, касающийся их независимости<sup>3</sup> и ее основ, затем понять это на конкретных примерах и обозначить лимиты.

#### Основы независимости

Существуют две причины, по которым мы выбираем независимые публичные регуляторы. Первой причиной является предотвращение конфликтов интересов. Этим объясняется создание независимых органов власти в тех секторах, где у государства имеются экономические интересы.

Во Франции эта схема получила широкое развитие в середине 90-х годов прошлого столетия. В этот период государственные службы стали участвовать в конкуренции, охватившей области, в которых публичные органы являлись так называемыми историческими операторами: речь идет об электросвязи, энергетике и о железной дороге.

Второй причиной является убеждение, что независимость является хорошим инструментом управления. В качестве примера можно

<sup>1</sup> Оби Ж. Б. Регулирование и административное право // Etudes en l'honneur Г. Тимсита, 2004. С. 201 и след.

<sup>2</sup> Марку Г. Юридическое понятие регулирования. AJDA, 2006. С. 347.

<sup>3</sup> Независимость органов по экономической и финансовой регуляризации: сравнительный анализ // RFAP. № 143. 2012/3 ; Дельзанглес Х. Независимость органов секторального регулирования : диссертация. Бордо IV, 2008.

© Иду П., 2016

\* Иду Паскаль, профессор публичного права Университета Монпелье, член Университетского совета Франции

привести Независимую европейскую систему центральных банков (SEBC). Регулирование экономики или, как в данном примере, валютных операций должно быть независимым от политических изменений.

Попытка создать эту независимость приводит нас к следующему вопросу: должны ли организации по регулированию экономики быть независимыми от политических органов (где независимость обозначает аполитизм) или они должны быть независимыми от государств — членом Евросоюза (где независимость обозначает отсутствие принадлежности к государствам), не исключая при этом возможности передать функцию регулирования экономики какому-нибудь политическому органу, например Европейской комиссии, что случается все чаще<sup>4</sup>.

*Конкретизация независимости.* Во французском законодательстве статус публичного независимого регулятора отправляет нас к разным видам субъектов.

*Статус независимого административного органа (ААИ).* Независимый административный орган относится по своему статусу к исполнительной власти, но он освобожден от административной иерархии. У него нет своей собственной правосубъектности, он действует от имени государства, но не получает приказов от властей. Независимый административный орган появился в 1978 г. с созданием Национальной комиссии информатики и свобод. С тех пор область его влияния расширилась и охватила сферу защиты свобод в регулировании экономики; официально таких сфер насчитывается более 40. В экономической сфере можно, например, выделить Управление конкуренцией, Управление электросвязью и почтой, Управление по регулированию игр через Интернет или Комиссия по регулированию энергетики. В состав этих административных органов входят коллегии, или, что случается реже, они состоят из одного человека. Их члены назначаются общественной властью. Статус членом независимых административных органов способствует их собственной независимости и беспристрастности. Это достигается разными средствами,

зависящими от типа административной власти (у них нет одинаковых статусов, несмотря на рекомендации парламента). В качестве примера можно привести невозможность отмены мандата или профессиональные несовместимости.

#### **Другие институциональные варианты**

Статус публичного регулятора есть не только в рамках независимых административных органов.

#### **Статус высшего независимого органа<sup>5</sup>**

Он является одним из вариантов независимого административного органа. Разница лишь заключается в том, что у Высшего независимого органа есть своя собственная правосубъектность и он не действует от имени государства. Тем не менее они очень похожи, и могут даже переходить из одной категории в другую (например, в 2005 г. Комиссия по регулированию атомной энергетики была трансформирована на несколько месяцев в высший независимый орган. То же самое произошло и с Высшим аудиовизуальным советом, а в 2013 г. независимый административный орган стал высшим независимым органом). Созданный в 2003 г. вместе с органом по финансовым рынкам, высший независимый орган сегодня стал популярным. Его же выбрали и для создания нового органа по регулированию железных дорог (Закон от 2009 г.).

Является ли статус высшего независимого органа эффективным по сравнению со статусом независимых административных органов? Очевидно, что наличие правосубъектности дает высшим независимым органам дополнительную автономию, так как они могут использовать свои собственные ресурсы или определить степень занятости административных государственных органов. Несмотря на это, не нужно преувеличивать роль этой дополнительной автономии. Наличие правосубъектности не является необходимым элементом независимости (примером тому могут служить судебные учреждения), поэтому обращение к статусу высшего независимого органа носит в основном символический характер.

<sup>4</sup> Иду П. Роль независимых органов в новом европейском экономическом управлении ; Амато Ж., Фредо М. и Наполитано Ж. Новое экономическое управление в Европе // EPLS — Европейское публичное право. Сер. CVII. 2014.

<sup>5</sup> Мартэн С. Общественные независимые органы: размышления о юридическом лице // RDP. 2013. № 1. С. 53.

### **Можно ли считать суд независимым органом регулирования экономики?**

Чтобы полностью представить институциональные варианты регулирования экономики, необходимо обратиться к данному вопросу. Суды тоже являются независимыми, их независимость гарантирована самой Конституцией. Можно считать, что суды участвуют в регулировании экономики, особенно при юридическом контроле независимого административного органа и высшего независимого органа. Некоторые независимые административные органы иногда путаются с юрисдикциями из-за их уровня процессуальных гарантий и их квазюридических функций (санкции и регламенты судебных тяжб). Например, бывший Совет по конкуренции, ставший впоследствии Антимонопольным ведомством, или орган пруденциального контроля, в которых санкционная комиссия являлась специализированной административной юрисдикцией. Разница между юрисдикцией и другими независимыми органами заключается в том, что юрисдикции не подчиняются исполнительной власти и они контролируются по-разному.

### **ОГРАНИЧЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ**

Чтобы понять сущность независимых публичных органов по регулированию экономики, необходимо определить лимиты их независимости.

*Юридические ограничения независимости.* Все независимые регуляторы подчиняются действующему законодательству, а независимые административные органы вместе с высшим независимым органом находятся под судебным контролем (термин, обозначенный Конституционным советом). Этот судебный контроль может осуществляться обычным или административным судом, в зависимости от проблемы. Все чаще и чаще парламентский контроль заменяется судебным контролем, что соответствует демократическому принципу.

### **Практические ограничения**

К ним относятся финансовые ограничения (ограничение бюджета, особенно в период дефицита) и ограничения, связанные с влиянием на независимые административные органы и высший независимый орган: это влияние,

исходящее от членов этих структур; политическое влияние, связанное с назначением членов структур; влияние определенных структур с риском «захвата регулятора».

Итак, мы познакомились с сущностью независимого административного органа и высшего независимого органа по регулированию экономики, теперь перейдем к их роли.

### **РОЛЬ НЕЗАВИСИМЫХ ПУБЛИЧНЫХ ОРГАНОВ ПО РЕГУЛИРОВАНИЮ ЭКОНОМИКИ**

Мы рассмотрим три аспекта: сначала поговорим о миссиях регулирования, затем отметим разнообразие их возможностей, в конце отметим ограничения их роли в демократической системе.

### **Так называемые миссии регулирования**

Как уже видно из самого названия, органы по регулированию экономики выполняют миссию регулирования в том значении, которое было определено во вступлении. Об этих миссиях можно сказать многое, но хотелось бы отметить три момента. Во-первых, сами законы определяют (правда, не всегда) миссии регулирования, принадлежащие независимому органу. Они также указывают направление и перечень публичных интересов, согласование которых отведено независимому регулятору под контролем судьи. Это относится, например, к Кодексу почтовой коммуникации и электрокоммуникации. Во-вторых, часто трудно провести границу между миссиями экономического регулирования и миссиями регулирования других общественных сфер. Примером может служить регулирование аудиовизуализации, в котором внеэкономические цели (свобода выражения, плюрализм, защита несовершеннолетних и т.д.) соседствуют с экономическими интересами (Закон от 30 сентября 1986 г. № 86-1067 о свободе коммуникации). Обычно сплетение экономических целей с внеэкономическими относится к регулированию, указанному в начале доклада. В-третьих, можно определить типологию миссий регулирования, выделенную во французском праве независимым публичным регулятором: в этом случае мы выделяем секторальные миссии по регулированию и миссии специализированного регулирования<sup>6</sup>. К миссиям секторального регулирования относятся, на-

<sup>6</sup> Пэз Т. Секторные регуляторы и Антимонопольное ведомство // RDP. 2014. № 2. С. 358.



пример, электрокоммуникации, энергетика, железные дороги, игры по Интернету. К миссиям специализированного регулирования можно отнести специализации, касающиеся определенных правил (но применяемых ко всем секторам экономики); например, Антимонопольное ведомство занимается защитой конкуренции и контролем предприятий и трестов, является советником государственной власти по вопросам конкуренции. Эти миссии также связывают между собой власть и конкуренцию. В отличие от секторального регулирования, которое иногда может стереть границу между конкуренцией и монополией (но этот вопрос еще обсуждается), специализированное регулирование более стабильно во времени.

Увеличение миссий регулирования создает иногда трудности для их координации и приводит к так называемому «межрегулированию». Но с юридической точки зрения это не влияет на независимых регуляторов.

#### **Разнообразие миссий независимых публичных органов**

У этих органов целый перечень миссий, что иногда приводит к некоторым трудностям.

#### **Ознакомление с миссиями и методами независимых административных органов и высших независимых органов**

У независимого административного органа и высшего независимого органа можно выделить консультативную миссию. Эти консультации и рекомендации являются важной частью их деятельности и имеют сильное влияние, которое увеличилось с 2008 г. в связи с возможностью разрешения спорных вопросов по собственной инициативе. Не следует забывать и моральное влияние, играющее важную роль.

Можно выделить и так называемые миссии, касающиеся задач нормативного регулирования<sup>7</sup>. Конституционный совет подтвердил возможность передачи этих миссий независимому административному органу и высшему независимому органу при условии, что данные миссии будут ограничены «в пространстве и по своей глубине». Речь идет о некоторых лимитах общей политики, которая будет ограничена техническими правилами.

У независимого административного органа и высшего независимого органа имеется также право принятия индивидуальных решений. К этому праву относятся выдача различных разрешений и право подписи договоров (например, договора, касающегося аудиовизуальных коммуникаций). Эта миссия является квазисудебной, так как она помогает решить спорные вопросы, касающиеся нарушений профессиональных обязанностей экономических операторов. Эта миссия играет очень важную роль, так как является гарантией защиты прав и свобод. Выбранная процедура должна принимать во внимание аргументы обеих сторон, быть независимой и беспристрастной, учитывая, что выбранное наказание должно быть пропорционально правонарушению, а исполнение приговора должен контролировать суд<sup>8</sup>.

Наконец, у независимого административного органа и высшего независимого органа есть право на информацию и собственное расследование, что в последнее время часто опротестовывается в суде.

#### **Проблема совмещения и ограничения свободы в выборе средств**

Регулятор вправе выбрать те средства, которые лучше подходят к выбранным миссиям. Существуют тем не менее некоторые трудности, связанные с ограничением выбора средств. Это в первую очередь связано с тем, что мы ощущаем невозможность разделения полномочий, считая, что эти полномочия сосредоточены в руках одного органа, имеющего одновременно правовые, исполнительные и судебные миссии. Эта практика известна классической администрации, но проблема заключается в том, что речь идет о независимых органах, не отвечающих за свои действия перед парламентом. Операторы сами боятся превышения полномочий (в качестве примера можно привести возражения оператора «Канала Плюс» против увеличения полномочий органа контроля за конкуренцией). Некоторые операторы обжалуют в суде совмещение этих полномочий, но жалобы не были удовлетворены судом, следящим за исполнением процессуальных гарантий независимого административного органа.

<sup>7</sup> Хаке А. Нормативная власть независимых административных органов. Размышления о проекте и его законности // RDP. 2008. № 2. С. 393.

<sup>8</sup> RFDA. 2010. С. 873 и др..

Говоря о целой палитре средств, используемых публичными независимыми регуляторами, следует отметить их вполне законные ограничения, связанные с защитой прав человека или объектов, подвергающихся санкциям. Так, запрещено злоупотребление санкциями из-за амбиций регулятора, желающего отправить свое «сообщение» финансовому рынку. Принцип законности между правонарушением и наказанием является обязательным условием при вынесении приговора, примером которого является нашумевшее дело EADS, рассмотренное специальным Органом по финансовым рынкам (несмотря на желание коллегии этого Органа просто призвать владельцев акций к соблюдению этики, санкционная комиссия приняла во внимание тот факт, что не все элементы данного дела были собраны, поэтому президент Органа по финансовым рынкам уступил суду свои полномочия по принятию решений).

#### ***Ограничения роли независимых публичных органов***

Это связано с их беспристрастным и нейтральным отношением к различным объектам. Говоря об увеличении влияния независимых публичных органов, можно отметить прямую зависимость между эффективностью, законностью публичных действий и несостоятельностью традиционных государственных органов. Поэтому повышение их полномочий может быть признано «лекарством» от кризиса, точнее, от обострения кризиса публичных действий.

Если говорить о «лекарстве», которое улучшит эффективность публичных действий, можно добавить, что, во-первых, оно также положительно влияет на законность, а во-вторых, позволяет создать новые способы принятия государственных решений. Таким образом, независимый административный орган предпринимает действия, которые связаны с прозрачностью и согласованностью принимаемых решений, касающихся всей администрации в целом.

Несостоятельность традиционных публичных органов обусловлена желанием снять с себя всю ответственность и передать право принятия решения технократам (так называемым мудрецам), не имеющим никакой ответственности перед парламентом. Речь не идет о специфической двойственности в экономическом регулировании: все области государственной власти обращаются к экспертам и «мудрецам», власть также принимает к сведению увеличение роли судебных органов по сравнению с политическими. В области экономической регуляризации это напряжение хорошо чувствуется, особенно в контексте европеизации экономического регулирования. Перспектива европейского экономического управления в связи с финансовым, экономическим и валютным кризисом позволила почувствовать ее целесообразность, особенно если это европейское экономическое управление будет влиять на увеличение или ограничение роли независимых политических органов.

*Перевод Елены Жербо*

Мари-Элизабет Бодуен\*

## ЗАЩИТА ОСНОВНЫХ СВОБОД АДМИНИСТРАТИВНЫМ СУДОМ

Одной из современных ролей суда администрации, или административного суда, является защита основных свобод, что можно назвать актуальной темой Государственного совета. Здесь следует вспомнить один нашумевший спектакль, благодаря которому можно было понять постоянство и эволюцию роли административного суда и всю сложность его функций. Ситуация, связанная с данным спектаклем и названная «эпизод Dieudonné», как бы бросила вызов административному суду. Суд в срочном порядке (ордонансы от 9, 10 и 11 января 2014 г.<sup>1</sup>) отказался отсрочить административные решения, принятые префектом французского департамента Луар-Атлантик, мэром г. Тур и мэром г. Орлеан, которые запретили в Сант-Эрблене, Туре и Орлеане спектакль юмориста Дьедоне из-за присутствия в нем антисемитских настроений и призывов к расовой ненависти.

Постоянство роли административного суда было подтверждено тем, что суд должен был найти равновесие и положить на одну чашу весов свободу самовыражения, а на другую — защиту публичного порядка. Этот «эпизод Dieudonné» является также отражением эволюции методов административного суда, так как Государственный совет в течение одного дня принял решение, использовав процеду-

ру срочности, связанную с защитой свобод. Сложность заключается в том впечатлении, которое вызвали ордонансы: у одних они привели к положительным эмоциям благодаря запрету спектакля, призывающего к расовой ненависти и антисемитизму; другие же были против решения, ставящего под угрозу свободу самовыражения, необходимую в любом демократическом обществе. Из-за вмешательства административного суда был сделан упрек в отсутствии его независимости и в подчинении приказам Министра внутренних дел. Административный суд также упрекают в некомпетентности, считая, что административная власть (под контролем административного суда) не должна принимать превентивных, профилактических мер; наказаниями должен заниматься обычный суд.

«Эпизод Dieudonné» противопоставил в весьма красочной форме<sup>2</sup> сторонников и противников ордонансов Государственного совета. Несмотря на это противостояние, главным остается вопрос о роли административного суда в защите свобод.

Если вернуться в прошлое и посмотреть на первые шаги суда администрации, можно увидеть, что истцу и его правам на свободы было отведено немного места по сравнению с администрацией, обладающей широкими полномо-

<sup>1</sup> Постановление от 9 января 2014 г.: *Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, № 374508 ; постановление от 10 января 2014 г.: *SARL Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, № 374528 ; постановление от 11 января 2014 г.: *Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, № 374552.

<sup>2</sup> См., например: *Boulois X. D. de Les ordonnances Dieudonné, entre continuité jurisprudentielle et choix politique du juge // Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2014, chron. № 10 ; *Touzeil-Divina M. Valse (contentieuse) avec Dieudonné: liberté ou ordre public? // La Gazette du Palais*. № 22–23. P. 5–8 ; *Gohin O. Liberté d'expression, liberté de réunion, police administrative et ordre public : l'affaire Dieudonné // RFDA*. 2014. P. 87.

© Бодуен Мари-Элизабет, 2016

\* Бодуен Мари-Элизабет, доцент публичного права Центра публичного права имени Мишеля де л'Опиталья Университета Оверни (Клермон-Ферран I)

чиями. Тем не менее суду администрации удалось в своих решениях создать методы защиты свобод. Административный суд прошел долгий путь в XIX и XXI вв. Но речь, конечно же, не идет о том, чтобы представить картину без единого облачка. Сложности, например, заключались уже в самом понимании слова «свобода» (дело Dieudonné является тому примером). Помимо этого, в конце XX и начале XXI в. необходимо принять во внимание конкуренцию между судами. Следует отметить, что Пятая французская республика отвела административному суду не самое комфортное место: между обычным судом, являющимся традиционным хранителем личных свобод (по ст. 66 Конституции), и Конституционным советом, постепенно ставшим защитником основных прав и свобод.

В 1968 г. профессор Проспер Вайль написал по поводу административного права: «Родившееся из чуда, административное право питается только лишь излишками самих чудес, появляющихся ежедневно»<sup>3</sup>. Эта мысль сегодня полностью выражена в оценке роли административного суда при защите свобод. Таким образом, защита конституционных прав и свобод административным судом являлась в первое время неким чудом, сегодня же их защита — это чудеса, появляющиеся ежедневно.

## ЗАЩИТА КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД

Идея чуда вовсе не означает, что эта защита совершенна и идеальна. Необходимо подчеркнуть, что суд администрации сыграл историческую роль, подчинив администрацию и государство идее о защите свобод. Тот же самый суд рядом с обычным судом создал субъективно-публичные права во Франции. Посмотрим же сначала, как произошло это чудо, а затем узнаем, какие области оно охватывает.

### *Администрация, подчиненная принципам защиты свобод*

Суду администрации необходимо было стать решительным и смелым, чтобы стать настоящим защитником свобод, при этом необ-

ходимо было, чтобы государственная власть принимала во внимание права и свободы, что в определенную эпоху явилось чудом.

Не рассматривая всю историю Государственного совета, необходимо заметить, что защита свобод не являлась основной миссией суда администрации. Переход от юстиции, управляемой самим королем, до юстиции в собственном смысле слова (суды, специальные органы), с привилегией администрации на специальный суд, при этом судья являлся членом самой администрации — все это вызвало сомнения в том, что суд администрации может быть защитником свобод. Лео Амон<sup>4</sup> задал вопрос в 1932 году о том, не испортится ли Государственный совет от того, что он ведет себя больше как администратор, а не как суд?

Как же может такой суд быть достаточно независимым, чтобы контролировать и привлекать к ответственности администрацию, если она посягает на свободы? Это благодаря своему свободомыслию суд администрации становится независимым от администрации. Поэтому Государственному совету удалось, по словам Жана Риверо, «стать одновременно и в одном лице настоящей публичной властью, которая борется против своего собственного превышения полномочий, защищая гражданские свободы»<sup>5</sup>.

Роль защитника свобод можно наблюдать при контроле за деятельностью административной полиции. Некоторые заключения Комиссара Правительства являются показателем либеральной философии, признанной Государственным советом. Например, в 1917 г. его заключения касались решения Baldy: «Чтобы определить все возможности полиции на одном определенном примере, необходимо сразу же вспомнить, что власть полиции всегда ограничивает свободы граждан, точкой отсчета нашего публичного права является эта гражданская свобода, Декларация прав человека в явной или неявной форме является фасадом самой Республики, и все должно соответствовать этим основным принципам, учитывая, что существует важный принцип: защита свободы — это правило, а репрессивные полномочия — это исключения»<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Weil P. Le droit administratif, Que sais-je? PUF, 1968. P. 8.

<sup>4</sup> Hamon L. Le Conseil d'Etat, juge du fait. Dalloz, 1932.

<sup>5</sup> Цит. по: Danièle Lochak. Quelle légitimité pour le juge administratif? // Droit et politique. CURAPP, 1993. P. 141

<sup>6</sup> Решение Государственного совета от 10 августа 1917 года: CE 10 aout 1917, Baldy, Lebon, p. 639.

Эту мысль мы найдем во многих важных административных решениях, которые защищают основные свободы, такие как право на собрания (решение Benjamin от 19 мая 1933 г.<sup>7</sup>), свобода ассоциаций, свобода прессы. Чтобы узнать, есть ли посягательство на определенный вид свободы, суд администрации использует так называемый обширный контроль и проверяет, оправданы ли принятые репрессивные меры определенными обстоятельствами и пропорциональны ли опасности для публичного правопорядка.

В своих решениях, касающихся защиты свобод, суд администрации исходит из преторианского способа. Как защитник законности, он обязывает администрацию соблюдать свободы, гарантированные законом. Третья французская республика считается золотым веком публично-субъективных прав. Законодательство начинает вмешиваться в вопросы, касающиеся защиты свобод прессы (Закон от 29 июля 1881 г.), свободы профсоюзов (Закон от 21 марта 1884 г.) или свободы ассоциаций (Закон от 1 июля 1901 г.).

Административное право применяет и свои средства, такие как общие принципы права. Последние суд может использовать даже в том случае, если они нигде не написаны. Эти общие принципы права показывают важную роль административного суда в защите свобод. Примеры общих принципов права: право на защиту (решение Arami, Государственный совет, от 26 октября 1945 г.), возможность обжалования административного акта в суде (решение *Ministre de l'agriculture contre Dame Lamotte*, Государственный совет, от 17 февраля 1950 г.), равный доступ граждан к замещению публичной должности (решение *Varel*, Государственный совет, от 28 мая 1954 г.), запрещение увольнения беременной женщины (решение *Dame Reynet*, Государственный совет, от 8 июня 1973 г.), или еще более современное решение — запрет выдачи иностранных граждан, если имеются серьезные последствия, связанные с его возрастом и здоровьем (решение *Kozirev*, Государственный совет, от 13 октября 2000 г.).

Таким образом, само чудо заключается в том, что администрация должна принимать во внимание право на свободы подсудимых. Тем не менее это никоим образом не означает абсолютных свобод и применение санкций всегда остается в силе.

## УСТОЙЧИВОСТЬ НЕКОТОРЫХ «ТЕНЕВЫХ ЗОН»

Существуют административные акты, не подвергающиеся рассмотрению в административном суде; они могут, таким образом, избежать судебных санкций. Существуют акты, не контролируемые судом и представляющие собой некие пробелы, так называемые зоны без права. Некоторые пробелы можно принять, другие же просто недопустимы в правовом государстве.

*«Теневые зоны», или пробелы в праве, которые можно принять.* Свободы никогда не могут быть полными, абсолютными. Статья 4 Декларации о правах человека и гражданина 1789 г. гласит: «Свобода состоит из возможности делать то, что не причиняет вреда другому». Поэтому первое ограничение свобод состоит в том, чтобы не сделать плохо другому. Есть ограничения свобод, связанные с публичным правопорядком. Поэтому мы ограничиваем личные свободы во имя сохранения всех остальных свобод. Более конкретно: личные свободы могут быть ограничены ради безопасности, спокойствия, здравоохранения и защиты общественной нравственности. Поэтому есть законные ограничения свобод. Но все-таки тяжело найти равновесие между сохранением публичного правопорядка во имя общественных интересов и защитой личных свобод. Пример с «эпизодом *Dieudonné*» как раз хорошо это доказывает. Для защиты человеческого достоинства административный суд переходит некую черту и принимает решение, которое может показаться опасным для защиты свобод.

Интересно также отметить, что ограничения, связанные с публичным правопорядком, варьируют, меняются в зависимости от обстоятельств: в качестве исключения законодательство и административный суд могут проявить больше толерантности по отношению к защите личных свобод, чем они проявили бы в «обычное» время. Существуют обстоятельства (помимо чрезвычайных ситуаций, ситуации осады или применения ст. 16 Конституции), когда Государственный совет может принять решения, которые являются исключением, а не правилом. Например, известные решения административного суда *Dol* и *Laurent* от 28 февраля 1919 г. дают администрации возможность принимать более суровые меры (или решения) как в военное, так и в мирное время.

<sup>7</sup> Решение Государственного совета от 19 мая 1933 года: CE 19 mai 1933, Benjamin, Lebon, p. 541.

Даже если попытаться опротестовать судебный контроль, он имеет право на существование, но при этом необходимы умеренность и пропорциональность принятых мер. Есть ситуации, когда никакого контроля вообще нет.

**«Теневые зоны», или пробелы в праве, которые можно опротестовать**

Их называют «теневыми зонами» — это некоторые административные правительственные акты<sup>8</sup>, которые не контролируются административным судом (ни законность, ни ответственность). Данное обстоятельство придает таким актам некий иммунитет. Этот иммунитет можно объяснить историческими процессами — желанием не уменьшить государственную власть при принятии политических актов, например связанных с международными отношениями<sup>9</sup> или касающихся конституционных отношений между органами государственной власти<sup>10</sup>. Конечно, сегодня в правовом государстве с таким объяснением согласиться довольно трудно, так как административные акты должны отличаться ясностью и прозрачностью с правом их опротестования. Если правда то, что теория правительственных актов в большей степени на грани исчезновения<sup>11</sup>, нельзя сказать, что исполнительная власть не контролируется административным судом.

Необходимо также поговорить о мерах внутреннего порядка, которые нельзя обжаловать в суде, так как они не относятся к принятию

решений. Даже если область применения мер внутреннего порядка уменьшена в последнее время для того, чтобы, например, обеспечить больше прав и свобод для заключенных<sup>12</sup> или военных, они все-таки еще существуют и могут негативно сказаться на личных свободах<sup>13</sup>.

В течение XX в. суд администрации превратился в административный суд, в некий сервис публично-субъективного права. Такая динамика особо наблюдается в XXI в. в области защиты граждан административным правом и создает конкуренцию между стандартным и административным судом. Чудо проявляется и здесь.

**Чудо, касающееся защиты фундаментальных прав**

В конце XX в. изменяется французский юридический пейзаж, особенно тот, который связан с защитой свобод. Необходимо было обратить больше внимания на права и свободы подсудимых; это позволило переосмыслить механизмы защиты свобод, в особенности применяемые административным судом. Эти изменения позволили участникам защиты свобод присоединиться к так называемой «цепной» защите, не вызывая при этом конкуренцию.

**ПОЯВЛЕНИЕ НОВЫХ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ ПРАВ И СВОБОД**

В 90-х годах XX в. в юридических текстах и судебных решениях появляется термин «основные свободы», которые в определенной

<sup>8</sup> Chapus R. L'acte de gouvernement: monstre ou victime? Dalloz, 1959. Chr., p. 5.

<sup>9</sup> Решение Государственного совета от 9 января 1952 года: CE, 9 janvier 1952, Sieur Gény, requête numéro 92255, Lebon p. 19 об отказе о направлении дела в международный суд (La Cour Internationale de Justice).

<sup>10</sup> Решение Государственного совета от 2 марта 1962 года: CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, касающегося применения Президентом Республики 16 статьи Конституции: CE, Ass. 9 avril 1999, Mme Va, касающегося назначения члена Конституционного совета Президентом Республики. А также: решение Конституционного совета от 7 ноября 2001 года: CE, Tabaka, касающегося того, что Президент Республики не ссылается на закон, принятый под контролем Конституционного совета.

<sup>11</sup> Два элемента позволили уменьшить влияние на международные отношения: теория актов, не относящихся к международным отношениям (решение Государственного совета: CE, Ass. 15 octobre 1993, Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong, Lebon p. 267 об отказе в экстрадиции иностранному государству), и теория ответственности без вины из-за отсутствия равенства перед государственными обязательствами из-за международного договора (CE, Ass., 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radioélectrique, Lebon p. 257).

<sup>12</sup> Решение Государственного совета от 17 февраля 1995 года: CE, Ass. 17 février 1995, Marie et Hardouin; CE, 30 juillet 2003, Garde des Sceaux c/Remli; CE, Ass. 14 décembre 2007, Boussouar, Planchenault, Payet.

<sup>13</sup> Решение Государственного совета от 12 марта 2003 года: CE, Garde des Sceaux contre Frérot, Lebon p. 121 : «административный суд считает, что временное задержание сроком не более двух дней продолжает относиться к категории внутренних мер государства, поэтому они не могут быть опротестованы в суде».

степени заменили термин «публичные-субъективные свободы». Даже если эта эволюция не позволяет изучить роль административного суда, она тем не менее весьма любопытна, так как отражает усиление защиты свобод, в чем суд администрации и принял свое участие.

#### **От суда, защищающего публично-субъективные права, до суда, защищающего основные свободы**

Доктрина долгие годы была не согласна с термином «основные свободы»<sup>14</sup>. Некоторые авторы считают, что есть некая природная фундаментальность, так как некоторые самые важные свободы являются основными. Другие авторы полагают, что фундаментальность находится в самой иерархии норм<sup>15</sup>. Основные права и свободы должны быть вписаны в конституционно-правовые нормы.

Во Францию указанный термин пришел из Германии; речь идет о так называемой немецкой схеме фундаментальных прав<sup>16</sup>. Эта новая терминология не соответствует теоретическому подходу. Поэтому административный, конституционный и обычный суды смогли определить свободы, используя термин «основные», но эта юридическая квалификация не систематизирована и является неясной в своей защите. Тем не менее указанная терминология позволила административному суду использовать новые методы, что небезынтересно будет рассмотреть.

#### **Административный суд, применяющий новые инструменты**

В известной научной статье, написанной профессором Риверо в 1962 г., речь идет о недостатках административной юстиции, особенно о механизме подачи жалоб из-за превышения полномочий. Он пишет: «Мы являемся не такими, как все, мы как дикие, мы с легкостью думаем о том, что правосудие создано для подсудимого и его ценность измеряется мерками повседневной жизни»<sup>17</sup>. Французское законодательство, можно сказать, услышало эту фразу и попыталось создать более серьезную защиту для свобод. Например, Закон от 30 июня 2000 г.<sup>18</sup> создал механизм срочности. С 2000 г. административный суд должен в некоторых ситуациях за 48 часов принять «все необходимые меры для защиты основных свобод, на которые посягнуло юридическое лицо органа государственной службы или физическое лицо, получившее полномочия органа государственной службы» (Кодекс административной юстиции, ст. L.521-2). Но при такой срочности нужны следующие условия: нужна сама срочность, нужна серьезная угроза основным свободам. В этом случае административный суд может отменить административный акт.

Понимание термина «основные свободы» достаточно широкое, так как речь идет, в первую очередь, о конституционных свободах. Следует отметить, что в отношении права на жилье<sup>19</sup> или права в области здравоохранения<sup>20</sup> нельзя

<sup>14</sup> Например: *Fraisseix P.* Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme? // *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger.* 2001. P. 531–553 ; *Picard E.* L'émergence des droits fondamentaux en France // *Actualité Juridique du Droit Administratif.* Numéro special. 1998. p. 6 ; *Meindl T.* La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes // *LGDJ. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique.* Tome 112. 2003 ; *Pavia M.-L.* Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental // *Les Petites Affiches.* № 54. 6 mai 1994.

<sup>15</sup> Подробнее: *Champeil-Desplats V.* La notion de droit «fondamental» et le droit constitutionnel français // *Recueil Dalloz,* 1995. P. 328.

<sup>16</sup> *Rivero J.* Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir. *Recueil Dalloz,* 1962. P. 39.

<sup>17</sup> См. об этом: *Wachsmann P.* L'importation en France de la notion de «droits fondamentaux» // *Revue Universelle des Droits de l'Homme.* Volume 16. № 1–4. 29 octobre 2004. P. 40–49.

<sup>18</sup> Закон № 2000-597 du 30 juin 2000, связанный со срочностью перед административными юрисдикциями.

<sup>19</sup> Решение Государственного совета от 3 мая 2002 года: CE, Association de réinsertion sociale du Limousin et publié au *Lebon,* p. 168.

<sup>20</sup> Решение Государственного совета от 8 сентября 2005 года: CE, Garde des Sceaux c/ B., *Lebon,* p. 388.

использовать этот механизм срочности. Интерпретация судом может быть более гибкая, если для защиты социальных прав административный суд применяет данный механизм<sup>21</sup>.

Механизм срочности, связанный с временным прекращением определенного акта, позволяет суду по ст. L.521-1 Кодекса административной юстиции приостановить исполнение решения, «если срочность является тому основанием при серьезных сомнениях в законности принятого решения». Данный механизм более адаптирован для защиты, чем использовавшийся ранее механизм условного исполнения. Сюда входят также негативные решения, связанные с отказом просьбы, адресованной администрации. Более того, не требуется условие, что исполнение этих мер должно спровоцировать достаточно серьезный и немедленный ущерб. Наконец, этот Закон учитывает, что «серьезное сомнение» может быть интерпретировано в пользу истца и против администрации.

Данные изменения были введены Законом от 30 июня 2000 г. Закон от 8 февраля 1995 г. «Об организации судов, Гражданском, Уголовном и Административном кодексе» усиливает роль административного суда, касающуюся защиты свобод. Суд может применять разные санкции, такие как штраф и аннулирование. Гражданин находится под защитой во время всей процедуры — с самого начала процесса до решения суда.

Таким образом, у суда администрации по-

явились новые инструменты, позволяющие более эффективно защищать основные свободы. Эта эффективность увеличена еще и тем, что административный суд действует не изолированно, а участвует в «правовой цепи».

#### **Участие в «правовой цепи»**

В одной из своих публикаций «Империя права» 1986 г.<sup>22</sup> Рональд Дворкин в 1986 г. говорил о так называемой правовой цепи, чтобы объяснить процесс развития права в США. Представляя себе эту «правовую цепь», можно сказать, что французский суд администрации находится не в конкурентных, а в неких добавочных отношениях с судами, защищающими права (независимо от того, является ли этот суд внутренним, национальным). Административный суд участвует в «правовой цепи», представленной как защита прав и свобод. Можно выделить три механизма, позволяющие связать административный суд с обычным, европейским и конституционным судами.

#### **Конвенция о правах человека и европейские стандарты**

Во Франции суд администрации долго не принимал никаких решений, даже можно сказать, отмалчивался во всем, что касается европейских правовых норм<sup>23</sup>, но современные судебные решения показывают его эволюцию и сближение не только с Евросоюзом<sup>24</sup>, но и с Европейской конвенцией по правам человека. Административный суд основывается не

<sup>21</sup> О процедуре срочности, связанной с защитой свобод при соблюдении закона о записи в школу детей-инвалидов, см.: CE, 15 décembre 2010, *Ministre de l'Éducation nationale c/ ép. Peyrilhe*, № 344729. О процедуре, связанной с правом на срочное предоставление жилища любому гражданину, находящемуся в сложной ситуации, см.: CE, 10 février 2012, *Fofana*, № 356456.

<sup>22</sup> *Dworkin R. L'empire du droit*. PUF, 1994. 480 p. (Collection «Recherches politiques»).

<sup>23</sup> Нужно было ждать решение Конституционного совета *Nicolo* от 20 октября 1989 г. (Lebon, p. 190), чтобы Совет согласился принять во внимание главенство европейских договоров перед национальными законами, принятыми после этих договоров, и согласился, таким образом, контролировать совместимость этих законов с европейскими договорами.

<sup>24</sup> В решении Конституционного совета: CE, 3 juin 2009, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. № 287110, Конституционный совет смог «соединить несоединяемое», по словам государственного референта Маттиаса Гийомара. Также административный суд обеспечивает защиту Конституции и гарантирует главенство европейского права.

<sup>25</sup> Полиция, занимающаяся иностранными гражданами, ранее практически не подвергалась юридическому контролю. Отныне административный суд для ее контроля опирается на Европейскую конвенцию по правам человека. Статья 8 этой Конвенции, касающаяся права на частную и семейную жизнь, заменила общие принципы, касающиеся права на нормальную семейную жизнь, от 1978 года в решении *GISTI* (CE, Ass., 8 décembre 1978, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés et autres*, Lebon p. 493). По этой теме см. решения Государственного совета: CE, Ass. 19 avril 1991, *M. Belgacem*, Lebon p. 152 et CE, Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*, Lebon p. 162.



только на Конвенции<sup>25</sup>, но и также на решениях Европейского Суда по правам человека. Даже если и не существует досудебного разбирательства в Страсбургском суде и даже если судья не обязан следовать его решениям, французский административный суд принимает их во внимание. Иногда это нужно сделать даже заранее, чтобы избежать возможных санкций Европейского Суда. Административный суд может выйти за пределы решения Страсбургского суда и усилить механизмы для защиты свободы граждан из-за несоблюдения положений Конвенции. Независимо от того, идет ли речь о заключенных<sup>26</sup> или об инвалидах<sup>27</sup>, административный суд находится под влиянием Европейского Суда по правам человека.

### **Конституционный суд и возможность признания законов антиконституционными**

Появление еще одного механизма усилило нашу «правовую цепь». Этим механизмом является проверка конституционности закона, примененного в отношении гражданина. Он вступил в силу в 2010 г. Теперь любой истец или ответчик может подать вместе с жалобой либо в обычный, либо в административный суд специальную просьбу о рассмотрении и признании определенного закона антиконституционным. Существует специальная система фильтрации таких подач, позволяющая Кассационному суду или Государственному совету отправить или, наоборот, не отправлять эту просьбу в Конституционный совет. Почти 4 года практики позволили увидеть, что административный суд, используя этот механизм, участвовал также в защите прав

и основных свобод. Выводы, сделанные Конституционным советом в марте 2013 г.<sup>28</sup>, показывают, что 549 из 1 520 дел (т.е. 36,1%), полученных Конституционным советом, были направлены Государственным советом.

### **ПРОЦЕДУРЫ СРОЧНОСТИ В СУДЕ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ**

Необходимо поговорить об отношениях между судом общей юрисдикции и административным судом. Долгое время считалось, что если администрация совершает серьезный проступок, «ставящий под угрозу основные права или права на частную собственность, то административный суд теряет свою привилегию, чтобы судить администрацию, и этим занимается суд общей юрисдикции». Административный суд, таким образом, был отодвинут в сторону в этом случае из-за серьезности проступка, совершенного администрацией. Но Трибунал по конфликтам своими решениями<sup>29</sup> от 9 декабря 2013 г. уменьшил область этой компетенции для суда общей юрисдикции и вернул эту компетенцию административному суду. Трибунал по конфликтам посчитал, что именно административный суд должен защищать основные свободы. Даже если исторически суд администрации не имел особых предпосылок, чтобы стать защитником субъективно-публичных прав, сегодня он является двигателем развития права свобод во Франции. Несмотря на лимиты, связанные со статусом административного суда, чудо все-таки произошло. Административный суд наконец освободился

<sup>26</sup> Приведенные здесь решения, принятые в 2007 году (Boussouar, Planchenault et Payet), принимают во внимание решения Страсбургского суда: Ramirez Sanchez c/ France du 27 janvier 2005 et Frérot c/ France du 12 juin 2007, благодаря им Государственный совет изменил критерии, связанные с мерами, касающимися тюремных заключений, и увеличил категории актов, которые могут быть опротестованы в административном суде из-за превышения полномочий.

<sup>27</sup> Также в решении Государственного совета от 22 октября 2010 года № 301572, Bleitrach, Государственный совет идет еще дальше решения Европейского Суда, касающегося позитивной обязанности в решении, принятом несколькими днями раньше (CEDH, 14 sept. 2010, № 32596/04, Alois Farças c/ Roumanie). Европейский Суд предоставляет широкую возможность государствам в области перестраивания государственных учреждений и не заставляет их принять обязательства, которые трудно реализовать с финансовой точки зрения, Конституционный же совет увеличивает обязательства государства, добавляя обязательства, которых нет в статье L. 111-7-3 du Code de la construction et de l'habitation.

<sup>28</sup> Mars 2013: 3 ans de QPC — quelques chiffres // Сайт Конституционного совета. URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

<sup>29</sup> Трибунал по конфликтам: TC: 17 juin 2013, Bergoend c/Sté ERDF Annecy Léman et TC, 9 décembre 2013, Pannizon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer.

от своего «железного ошейника», смело начал применять новые методы и стал настоящим защитником прав и свобод заключенных. XXI век приготовил новое чудо. Несмотря на многочисленные изменения и сложность юридического пейзажа и как бы ни называли свободы: субъ-

ективно-публичными ли, личными или даже основными — административный суд сегодня просто необходим в нашей «правовой цепи» защиты прав.

*Перевод Елены Жербо*

Л. В. Головки\*

## РАЗГРАНИЧЕНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОЙ И УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

Российское репрессивное (охранительное) право дуалистично. Существует два блока ответственности. Санкции в рамках одного из них рассматриваются в качестве «уголовных» *stricto sensu*, будучи кодифицированы в Уголовном кодексе, претендующем на полноту кодификации (ст. 1: «Новые законы, предусматривающие уголовную ответственность, подлежат включению в настоящий Кодекс»). Санкции в рамках другого считаются «административными», будучи также кодифицированы, на сей раз в Кодексе об административных правонарушениях, который, впрочем, на полноту кодификации не претендует, в силу чего многочисленные нормы об административной ответственности можно обнаружить и в других законах, а иногда даже подзаконных актах, как на федеральном, так и на региональном уровнях.

Этот дуализм окончательно сформировался в советский период, когда советский законодатель посчитал необходимым «административизировать», если говорить словами Ж. Праделя, определенную часть уголовной репрессии за деяния, не являющиеся очень опасными. Согласно Ж. Праделю, в сравнительно-правовом плане речь на самом деле шла о весьма общей тенденции, проявившейся едва ли не повсеместно<sup>1</sup>. Российское право унаследовало это дуалистический подход в виде двух типов ответственности, одной — уголовной, а другой — административной, хотя последняя в реальности является ответственностью квазиуголовной, входящей в некую «уголовную сферу» или уголовное право в широком смысле, о чем нам неоднократно напоминал Европейский Суд

по правам человека<sup>2</sup>. В то же время справедливости ради нельзя не подчеркнуть, что теория «уголовной сферы» во Франции, конкретнее в Страсбурге, известна значительно больше, чем в России, где границы между уголовной и административной санкцией остались в доктринальном смысле почти неподвижны.

В любом случае, ни наличие дуализма уголовных и административных санкций, ни тенденции, связанные с «административизацией» ответственности и уголовно-правовой функции в ее самом широком понимании, ни в коей мере не являются российской спецификой. Аналогичный феномен *mutatis mutandis* обнаруживается повсюду. Российские особенности проявляются при попытке концептуализировать критерии разграничения уголовных и административных санкций, поскольку мы сталкиваемся с ситуацией, когда, с одной стороны, в России некоторые более или менее классические критерии действительности отсутствуют, а с другой стороны, провозглашенные критерии вызывают больше вопросов, нежели дают ответов.

### «ПРОПУЩЕННЫЕ» КРИТЕРИИ

В отличие от других правовых систем, знающих дуализм уголовной и административной репрессии, в российском праве разграничение между уголовными и административными санкциями не может быть проведено ни с точки зрения институциональной (судебной или административной) природы органа, принимающего решение о наложении санкции, ни с точки зрения природы санкции как таковой.

<sup>1</sup> Pradel J. *Droit pénal comparé*. 3-ème éd. Paris : Dalloz, 2008. P. 775.

<sup>2</sup> О понятии «уголовной сферы» см., например: Delmas-Marty M. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris : PUF, 1992. P. 32 et s.

© Головки Л. В., 2016

\* Головки Леонид Витальевич, заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора МГУ имени М.В.Ломоносова, доктор юридических наук, профессор

### 1.1. Институциональная природа органа, принимающего решение о наложении санкции

Со сравнительно-правовой точки зрения совершенно очевидно, что только административные органы должны принимать решение о наложении так называемых «административных» санкций, чем последние, собственно, и отличаются от уголовных санкций, налагаемых судебными органами, действующими в качестве уголовного судьи (уголовной юрисдикции). В противном случае «административная» санкция теряет свой административный характер и становится санкцией сугубо уголовной. Из этого вытекает, что **судья** априори не может налагать административные санкции. Если исходить из обратного, то мы рискуем немедленно столкнуться с юридическим и логическим противоречием, которое непреодолимо в рамках схемы «судебный vs административный».

В то же время связь между административной санкцией и судебной властью существует, но является не столько прямой, сколько эвентуальной, так как все правовые системы обязаны обеспечить право на судебное обжалование «решений о наложении санкций, вынесенных административной властью. Такая возможность существует повсеместно, разве что организована по-разному»<sup>3</sup>. Речь даже идет об одной из международных рекомендаций в рамках некоего *soft law* в области «уголовной сферы», сформулированных после того, как Международная ассоциация уголовного права (AIDP) специально занялась проблемой разграничения уголовных и административных санкций<sup>4</sup>.

В целом, в соответствии с классическим подходом, административная санкция налагается административным органом, решение которого может быть обжаловано в суд, иногда уголовный — как в Германии, иногда административный — как в Италии, не забывая при этом о предварительном обращении в вышестоящий административный орган, в большинстве случа-

ев обязательном<sup>5</sup>. В таком контексте фундаментальная проблема, интересующая западную доктрину, заключается не в более или менее очевидном разграничении репрессивной компетенции судебной и административной властей, но в появлении разного рода санкций, исходящих от «независимых административных органов» или, допустим, разнообразных структур Европейского Союза, что размывает границы не только и не столько самого понятия «административный орган», сколько пространства уголовной репрессии как таковой<sup>6</sup>.

Российская ситуация является совершенно иной, причем соответствующие различия объясняются отнюдь не тем, что Россия не является частью Европейского Союза или что влияние англо-американского опыта (федеральные агентства по регулированию)<sup>7</sup> ощущается в России менее сильно. В российском праве значительная часть административных санкций, предусмотренных Кодексом об административных правонарушениях, налагается... ординарным судьей. Так, ст. 22.1 КоАП РФ, где содержится перечень органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, называет в числе таких органов ординарного судью, а ст. 23.1 предоставляет ему по первой инстанции весьма широкую компетенцию. Ко всему прочему существует еще одна категория дел об административных правонарушениях, по которым компетенция судьи факультативна: административный орган вправе по своему выбору либо рассмотреть дело сам, либо передать его судье для принятия решения об административном наказании. В остальном компетенцией рассматривать по первой инстанции административные дела обладают разнообразные административные органы (полиция, таможня, инспекция труда и налоговая инспекция, органы энергетического контроля и др.). Судья же выступает в таком случае только в качестве апелляционной инстанции, когда решение административного органа обжалуется в суд.

<sup>3</sup> Pradel J. Op. cit. P. 784.

<sup>4</sup> См.: Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926—2004) // *Nouvelles études pénales*. № 21. Erès. 2009. P. 131.

<sup>5</sup> В сравнительно-правовом плане см.: Pradel J. Op. cit. P. 784—785.

<sup>6</sup> См. ряд статей в сборнике: *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques. Actes du colloque du 12 octobre 2012. Société de législation comparée*. 2013.

<sup>7</sup> Об этом влиянии см., например: *Delicostopoulos C. Autorités administratives indépendantes et procès équitable* // *Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques. Actes du colloque du 12 octobre 2012. Société de législation comparée*. 2013. P. 73.

Сама по себе судебная компетенция в сфере административных правонарушений как таковая легитимна и объясняется, как мы увидим далее, природой некоторых из предусмотренных санкций. Но этот институциональный российский подход не позволяет решить проблему разграничения административных и уголовных санкций. Что «административного» в наказании, наложенном ординарным судьей? Почему штраф, назначенный судьей в рамках Уголовного кодекса, считается «уголовным», тогда как другой штраф, назначенный тем же самым судьей в рамках Кодекса об административных правонарушениях, рассматривается в качестве «административного»? Во всяком случае, институциональный (органический) критерий, касающийся судебной или административной природы компетентного органа, не позволяет в российском праве ответить на эти вопросы. Из этого вытекает, что, в отличие от других правовых систем, данный критерий не применяется в России для разграничения между административными и уголовными санкциями не только в качестве основного, но даже факкультативного критерия.

### 1.2. Природа санкции

Природа самой санкции предстает в сравнительно-правовом аспекте еще одним важным критерием, позволяющим провести разграничение между уголовными и административными санкциями. Вспомним, например, итальянский Закон от 24 ноября 1981 г., который использовал именно критерий, связанный с природой наказания, отнеся к административной ответственности ответственность за «все правонарушения, за которые предусмотрены наказания исключительно в форме денежного взыскания» (ст. 32). Даже если исходить из того, что этот критерий «недостаточен, поскольку для последующих запретов, которым еще только предстоит появиться, законодатель не находит в Законе 1981 г. никаких внятных директив, позволяющих понять, какие санкции за них следует предусматривать и к какой категории относить»<sup>8</sup>, сам по себе он может быть иногда полезен с точки зрения систематизации двух блоков позитивного репрессивного права и уж во всяком случае — с точки зрения уяснения логики их разграничения.

<sup>8</sup> Pradel J. Op. cit. P. 779.

С учетом невозможности использования применительно к российскому праву институционального (органического) критерия можем ли мы провести разграничение между административными и уголовными санкциями в зависимости от природы наказания, дабы понять, в каком случае судья действует в качестве уголовной юрисдикции, а в каком — в качестве органа, налагающего административные санкции? В целом на поставленный вопрос следует дать отрицательный ответ.

Нельзя не признать, что изначально российский законодатель не был полностью безразличен к данному критерию. Например, в своей первоначальной версии Кодекс об административных правонарушениях предусматривал, что административный штраф ни при каких обстоятельствах не может превышать 5 000 рублей, тогда как штраф, предусмотренный в качестве наказания Уголовным кодексом, не может быть ниже 5 000 и выше 5 000 000 рублей. В такой ситуации максимальный (для административных санкций) и минимальный (для уголовных санкций) размер штрафа предстал в качестве границы, разделяющей два этих типа ответственности, пусть, конечно, и исключительно в части денежных взысканий. Но с принятием серии законов (от 7 мая 2013 г., от 23 июля 2013 г. и др.), вносящих изменения в КоАП РФ, даже эта, надо признать — весьма скромная, попытка установить разграничение между уголовной и административной санкцией в зависимости от природы наказания оказалась предана забвению. В настоящее время КоАП РФ знает множество исключений, когда размер административного штрафа может достигать до 50 000, 100 000 или даже 600 000 рублей для физических лиц и в отдельных случаях до 60 000 000 рублей для юридических лиц. Тем самым штраф может превышать не только минимальный, но даже и максимальный порог, установленный для уголовно-правовых штрафов.

При этом отмеченная попытка российского законодателя найти формальный критерий на уровне самих санкций для того, чтобы разграничить между собой административные и уголовные санкции, выглядит изолированной не только в силу новейшего изменения законодательства, но также и потому, что она с самого начала не вписывалась в общую панораму

наказаний, предложенных УК РФ и КоАП РФ. Так, при анализе перечня административных наказаний, установленных КоАП РФ (ст. 3.2) мы в нем находим не только типично административные по своей природе наказания (предупреждение, штраф, выдворение за пределы страны иностранных граждан и т. д.), но и те наказания, «уголовно-правовая» природа которых бесспорна. Речь идет прежде всего о кратковременном лишении свободы сроком до 15 и в некоторых случаях до 30 суток, которое КоАП РФ рассматривает в качестве «административного ареста», то есть административной санкции (ст. 3.9). Закон от 8 июня 2012 г. дополнил перечень российских административных наказаний обязательными работами сроком от 20 до 200 часов (но не более 4 часов в день). Придется вооружиться лупой, чтобы разглядеть отличия от обязательных работ, предусмотренных УК РФ, срок которых может составлять сейчас от 60 до 480 часов (опять-таки не превышая 4 часов в день).

Понятно, что кратковременное лишение свободы и обязательные работы требуют вмешательства судьи, что объясняет его появление в числе органов, налагающих административные санкции. С учетом того, что лицо, которому грозят эти санкции, имеет право на адвоката, презумпцию невиновности, принцип состязательности, ординарного судью и обращение с жалобой во вторую инстанцию, в самом факте отнесения российским правом кратковременного лишения свободы к числу административных санкций и организации преследования за соответствующие деяния в рамках КоАП РФ нет ничего драматичного, в частности с точки зрения Европейского Суда по правам человека. Много сложнее понять эту российскую специфику в плане поиска точных критериев разграничения административных и уголовных санкций. Во всяком случае, такой подход полностью разрушает гипотетический критерий, касающийся природы санкции.

Необходимо добавить, что в отношении юридических лиц ситуация проще. Российское право не знает уголовной ответственности юридических лиц, в силу чего санкция, которая может быть возложена на юридическое лицо, не может не быть исключительно административной. Поэтому репрессивные функции в отношении юридических лиц концентрируются вокруг КоАП РФ, не забывая при этом некодифицированные законы, предусматривающие

для юридических лиц различные типы санкций, всегда рассматриваемых в качестве «административных».

Таким образом, относительно юридических лиц проблема разграничения административных и уголовных санкций даже не возникает. Но в отношении физических лиц, то есть там, где она существует, природа санкции не может служить по российскому праву критерием разграничения между двумя этими типами ответственности и выступает, на самом деле, исключительно в виде отсутствующего или, если угодно, «пропущенного» критерия, которого не придерживаются ни действующее законодательство, ни доктрина.

## ПРЕДЛОЖЕННЫЕ КРИТЕРИИ

Хотя российская доктрина с советских времен настаивает на том, что критерием разграничения административной и уголовной ответственности являются характер и степень общественной опасности правонарушения, за которое она предусмотрена, в реальности все выглядит основанным не столько на теоретических, сколько исключительно на прагматических выкладках: заменяя подчас по сугубо субъективным основаниям наименование ответственности за некоторые правонарушения, законодатель просто стремится разгрузить уголовное право исходя из политических, символических и практических соображений.

### 2.1. *Провозглашенный критерий: характер и степень общественной опасности*

Массовое разрастание в советском праве понятия «административная ответственность», поначалу разбросанного в различных законодательных и подзаконных актах, затем частично кодифицированного в КоАП 1984 г., являвшемся предшественником действующего КоАП 2001 г., со всей очевидностью потребовало научной теоретизации границ уголовной и административной ответственности. Такая теоретизация не могла не быть обусловленной знаменитым материальным понятием преступления, традиционно принятым в советской уголовно-правовой доктрине, которая отбросила классическое «формальное», как его обычно называют, понятие преступления, выстроенное вокруг наказания, и стала рассматривать преступление исключительно как «общественно опасное дея-

ние»<sup>9</sup> — подобное определение мы находим во всех советских Уголовных кодексах. Тем самым именно понятие *общественной опасности* позволяет делимитировать уголовно-правовое пространство и должно служить критерием разграничения уголовной и иных видов ответственности, в частности административной.

В том, что касается деталей, советская доктрина единодушной не была, разделившись на три группы авторов. Первые из них настаивали на том, что понятие «общественная опасность» приложимо исключительно к преступлениям, то есть административные правонарушения общественно опасными не являются, будучи всего лишь общественно «вредными». Другие полагали, что некоторые административные правонарушения также могут быть общественно опасными: отличие от преступлений заключается в том, что для последних данное свойство является обязательным, тогда как для административных правонарушений — факультативным. По мнению третьих, любые, как уголовные, так и административные, преступления и правонарушения общественно опасны, различия между ними заключаются только в характере и степени их опасности для общества<sup>10</sup>. Впрочем, все эти доктринальные расхождения представляются в большей мере схоластическими.

Поскольку постсоветская доктрина восприняла этот теоретический подход, именно в общественной опасности она усматривает критерий разграничения уголовной и административной ответственности. Не имея ни желаний, ни возможности разрешить спор об общественной «опасности» или простой «вредности» административных правонарушений, современные российские административисты иногда просто ограничиваются констатацией того, что административная ответственность «наступает за деяния, менее опасные, чем преступления»<sup>11</sup>. Новый КоАП РФ также ничего не проясняет и дает в ст. 2.1 тавтологическое определение, согласно которому административным правонарушением признается «противоправное, виновное дей-

ствие... физического или юридического лица, за которое... установлена административная ответственность», пусть в этом законодательном определении административного правонарушения, в отличие от ст. 14 УК РФ, и нет указания на «общественную опасность».

В сравнительно-правовом плане российская попытка установить материальный критерий для разграничения уголовной и административной ответственности не уникальна. Вспомним также немецкий опыт, добавивший не больше ясности в этом направлении. Там наблюдалась похожая попытка провести на законодательном уровне границу между уголовными преступлениями и знаменитыми *Ordnungswidrigkeiten* (немецкая версия административных правонарушений) со столь же лапидарным определением *Ordnungswidrigkeiten* в Законе от 2 января 1975 г., усилиями Конституционного суда ФРГ установить критерий «социальной и моральной тяжести» для разграничения двух типов нарушений закона (Постановление от 16 июля 1969 г.) или, допустим, объяснениями профессора Г.-Г. Йешека, в соответствии с которыми административное правонарушение «посягает только на административные интересы, а не на реально юридические интересы; оно не вызывает индивидуальных вредных последствий, а лишь социально вредные последствия» и т.д.<sup>12</sup>

Понятно, что материальный критерий остается всегда весьма и весьма приблизительным, идет ли речь о российском или немецком праве. Если говорить еще более прямо, то это даже не критерий, установленный априори, но скорее некая доктринальная адаптация апостериори уже ранее принятого законодательного решения. Как отмечается в российской литературе, юристы, как правило, «ограничиваются заявлением, что преступным общественно опасное деяние объявляет, признает законодатель... Но что собой представляет этот процесс превращения волевого, т.е. субъективного, в некое объективное качество, в явление преступления? На этот вопрос здесь ответа мы не находим»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> См., например: Уголовное право. Общая часть. М., 1939. С. 156–157.

<sup>10</sup> Константинов П. Ю., Соловьева А. К., Стуканов А. П. Взаимосвязь административных правонарушений и преступлений: проблемы теории и практики // Правоведение. 2005. № 3. С. 60–61.

<sup>11</sup> Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право. 4-е изд. М., 2010. С. 604.

<sup>12</sup> См. подробнее: Pradel J. Op. cit. P. 777–778.

<sup>13</sup> Гонтарь И. Я. Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве. Владивосток, 1997. С. 11.

Иначе говоря, деяние запрещено уголовным законом, потому что оно общественно опасно, и при этом оно общественно опасно, потому что... запрещено уголовным законом. В таком контексте материальный критерий выглядит в большей мере надуманным и искусственным, если не сказать — виртуальным. Но каков тогда реальный механизм разграничения уголовных и административных санкций?

## 2.2. *Реальный критерий: переименование ответственности с целью разгрузки уголовного права*

Основной вопрос заключается в том, существуют ли объективные, глубинные и теоретические основания для разграничения уголовной и административной ответственности или речь скорее идет о субъективном и чисто прагматическом законодательном решении? Откровенно говоря, этот вопрос выглядит сугубо риторическим.

С одной стороны, уголовно-правовая система, самодостаточная еще в XIX в., начала задыхаться перед лицом технологических и экономических трансформаций XX в., вызвавших появление острой необходимости в многочисленных новых санкциях, иногда абсолютно технических и регламентарных. Данный феномен был многократно отмечен в литературе со всеми вытекающими из него неизбежными последствиями: уголовно-правовой инфляцией, удорожанием экономической стоимости уголовной юстиции, перегрузкой судов и т.п.<sup>14</sup>

С другой стороны, с точки зрения символов, безграничное расширение системы уголовной юстиции сегодня не выглядит тем подходом, который соответствовал бы политической и идеологической моде. Если государство должно сократить свое вмешательство, как нам постоянно напоминают адепты постмодернистской глобализации, то как же при этом можно увеличивать его уголовно-правовые полномочия? Следовательно, необходимо найти концептуальный ответ, который позволил бы решить проблему, когда, с одной стороны, число санкций в количественном смысле должно увеличиваться, а с другой — государство должно свои полномочия сокращать. Понятно, что в такой ситуации по-

нятие «уголовный», неразрывно связанное с прерогативами публичной власти государства, не представляется идеальным решением проблемы. Во всяком случае, словосочетания вроде «уголовно-правовых полномочий независимых административных органов» или «уголовно-правовых полномочий Европейской комиссии» пока еще сами по себе шокируют, по крайней мере на сегодняшний день, хотя, по существу, они подчас верны. Также ясно, что включение, например, независимых административных органов в перечень национальных органов уголовной юстиции в доктринальном плане представляет собой правовую революцию и подрывает институциональные основы государственной системы.

Применительно к России следует еще добавить плохую репутацию ее уголовно-правовой системы, по-прежнему страдающей на уровне имиджа от последствий своего не слишком славного прошлого времен ГУЛАГа. Поэтому в российском праве понятие «уголовный» еще менее политически нейтрально, что только обостряет потребность, саму по себе общую, если не сказать — универсальную, в поиске терминологического эквивалента, позволяющего символическим образом сократить уголовно-правовое пространство, не теряя при этом в эффективности наказывающего воздействия.

Нет ничего удивительного, что для переименования соответствующей части некогда уголовных санкций законодатель избрал понятие «административный», этот спасательный круг российского права, позволяющий обозначать любые «неопознанные юридические объекты». Но существовал ли точный критерий, дающий возможность понять, какая именно часть уголовных санкций должна трансформироваться в новые административные санкции? Возьмем на себя риск ответить на данный вопрос отрицательно, не забывая при этом о знаменитом понятии «общественная опасность». Вокруг последнего сформировалась — причем весьма субъективным, а иногда даже интуитивным образом — своего рода «сердцевина» уголовного права. Но за ее пределами разграничительная линия между пространствами соответственно уголовных и административных запретов по-прежнему остается размытой. И колебания законода-

<sup>14</sup> Pradel J. Op. cit. P. 774.



теля, пересылающего тот или иной запрет из одного кодекса в другой, как это было не так давно с той же клеветой<sup>15</sup>, только подтверждают ощущение отсутствия реальных научных и объективных критериев или, точнее, наличия одного-единственного критерия, которым является *политическая целесообразность*, идет ли речь о правовой политике, экономической политике или просто политике как таковой. Впрочем, этот реалистичный критерий, далекий от того, чтобы быть объективным, отнюдь не является какой бы то ни было особенностью российского права, в чем мы убеждаемся, наблюдая за новейшими тенденциями, имеющими место, допустим, во Франции или в других частях Европы<sup>16</sup>.

\*\*\*

Необходимо ли продолжать поиск критериев разграничения уголовной и административной ответственности? Во всяком случае, материальный критерий нам здесь вряд ли поможет. Последний предстает исключительно в качестве доктринального инструмента, позволяющего придать внешнюю респектабельность подлинному критерию политической целесообразности. Если говорить о технической оптимизации правовой системы, то, пожалуй, только возврат к критерию институциональ-

ной природы органа, принимающего решение о наложении санкции, способен восстановить некоторую внутреннюю логику разграничения между «административным» и «уголовным» применительно к российскому праву. Это потребует исключения ординарного судьи из КоАП, что автоматически означает также исключение кратковременного лишения свободы в виде административного ареста или обязательных работ из числа «административных» наказаний. Но даже тогда правовая система так и не приобретет окончательной внутренней логики, поскольку все равно будет невозможно объяснить принципиальную разницу, скажем, между уголовным и административным штрафом, если исходить из автономной природы административных санкций. Самое важное, наверное, заключается в другом — осознать уголовно-правовую природу любых «охранительных» санкций даже тогда, когда по политическим или экономическим причинам они разделены на два блока: тот, что объединяет уголовно-правовые запреты *stricto sensu*, и тот, что объединяет запреты так называемого «административного» типа. Европейский Суд по правам человека уже давно подготовил для такого осознания концептуальную платформу, разработав доктрину уголовной сферы. Сейчас самое время о ней вспомнить.

<sup>15</sup> Напомним, что запрет клеветы (ст. 129 УК РФ) был исключен из УК РФ Законом от 7 декабря 2011 г. и перенесен в КоАП. Однако Закон 28 июля 2012 г. восстановил клевету в УК РФ. Понятно, что с точки зрения сугубо объективных критериев ничего не могло измениться между декабрем 2011 г. и июлем 2012 г.

<sup>16</sup> Например, ничем иным, кроме чистой политико-экономической целесообразности, французская доктрина не объясняет перевод ряда полномочий по наложению санкций из компетенции судебных органов в компетенцию независимых административных органов. «Поскольку возникла необходимость эффективно контролировать и регулировать определенные технические сектора, было признано допустимым доверить независимым административным органам отдельные репрессивные прерогативы, традиционно относящиеся к исключительной компетенции судебной власти, добавить к ним значимые полномочия по расследованию и постоянно их увеличить на протяжении уже полувека. Задумавшись, например, о том, что Комиссия по санкциям органа финансовых рынков может сегодня приговорить к штрафу, доходящему до 100 миллионов евро...» (Martin D. *Prérogatives des autorités administratives et sauvegarde des droits fondamentaux // Autorités administratives, droits fondamentaux et opérateurs économiques. Actes du colloque du 12 octobre 2012. Société de législation comparée. 2013. P. 35–36.*)

# НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

## «КУТАФИНСКИЕ ЧТЕНИЯ» И ЕЖЕГОДНАЯ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА МГУ имени М. В. ЛОМОНОСОВА

**Аннотация.** В рамках V Московской юридической недели 24–27 ноября 2015 г. состоялась объединенная IX Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» и XVI Ежегодная международная научно-практическая конференция юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова «Стратегия национального развития и задачи российской юридической науки». После пленарного заседания был организован ряд круглых столов, семинаров и секций.

Организаторами V Московской юридической недели выступили Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и юридический факультет Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова при партнерстве Российского государственного университета правосудия, Российской академии юридических наук, Ассоциации юридического образования.

На пленарном заседании, которое состоялось на юридическом факультете МГУ имени М.В.Ломоносова, с приветственными словами в адрес участников конференции обратились В. В. Блажеев, А. К. Голиченков, В. Н. Плигин. С аналитическими докладами по проблемным аспектам стратегии национального развития и задач российской юридической науки выступили ведущие ученые-юристы и практики: В. Д. Зорькин, В. Н. Синюков, С. М. Шахрай, С. А. Авакьян, Л. А. Новоселова, Е. А. Суханов, М. С. Студеникина, Л. В. Головкин, И. А. Клепичкин, А. С. Исполинов.

Дискуссия по актуальным вопросам стратегии национального развития и задач российской юридической науки была продолжена в рамках секционных заседаний по проблемам адвокатуры и нотариата, административного права и процесса, банковского права, гражданского права, гражданского процесса, интеллектуальных прав, истории государства и права, информационного права, коммерческого права, криминалистики, конкурентного права, конституционного и муниципального права, международного права, международного частного права, интеграционного и европейского права, предпринимательского права, семейного права, спортивного права, сравнительного права, судебных экспертиз, теории государства и права, трудового права и права социального обеспечения, уголовного процесса и правосудия, уголовного права и криминологии, финансового права, философии права, экологического и земельного права, энергетического права.

**Ключевые слова:** Московская юридическая неделя, Кутафинские чтения, стратегия национального развития и задачи российской юридической науки, эффективное государство, международные и национальные суды, интеллектуальные центры глобального развития, конституционно-политическое строительство, конституционная история, российская правовая традиция, злоупотребление правом, реформа Гражданского кодекса РФ.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2016.110.1.146-151**

**24**–27 ноября 2015 г. состоялась объединенная IX Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и XVI Ежегодная международная научно-практиче-

ская конференция юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова. Мероприятие включало в себя ряд круглых столов, семинаров и секций.

Конференция «Стратегия национального развития и задачи российской юридической

науки» открылась пленарным заседанием, на котором с приветственным словом выступили: декан юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, член президиума Ассоциации юристов России, председатель Московского отделения Ассоциации юристов России, профессор А. К. Голиченков огласил приветственное слово в адрес участников конференции ректора МГУ имени М.В.Ломоносова В. А. Садовниченко; председатель Комитета Государственной Думы ФС РФ по конституционному законодательству и государственному строительству, заслуженный юрист РФ В. Н. Плигин отметил особую сложность и актуальность избранной тематики конференции, а также призвал всех участников к взаимному и конструктивному диалогу, отметив совместную ответственность законодателей и научного сообщества в процессе создания правовых норм. Также от имени председателя Государственной Думы ФС РФ, доктора экономических наук С. Е. Нарышкина были переданы приветственные слова в адрес участников конференции с пожеланием активной и плодотворной работы. Ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), председатель Ассоциации юристов России, заслуженный юрист России В. В. Блажеев подчеркнул неслучайность возникновения традиции проведения совместных конференций в рамках ежегодной Московской юридической недели, обусловленную важным вкладом О. Е. Кутафина в развитие двух университетов, а также рассказал о роли Ассоциации юристов России и ее региональных отделений в развитии юридической науки и образования за те 10 лет, которые существует Ассоциация.

С пленарными докладами выступили ведущие ученые-юристы современной России. Первым представил доклад Председатель Конституционного Суда РФ, член президиума Ассоциации юристов России, заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор В. Д. Зорькин. Доклад В. Д. Зорькина был посвящен задачам юридической науки в свете актуальных проблем конституционно-правового развития. В докладе отмечалась особая актуальность обсуждения стратегии национального развития в условиях сложившихся глобальных вызовов, которые встали перед Российской Федерацией в новом, стремительно изменяющемся мире. В связи с этим необходимо концептуальное, профессионально-правовое, а также отраслевое осмысление исторического опыта, что позволит ответить

на вопрос о том, какое время сейчас пришло: время прав человека или управляемого хаоса? Для предотвращения дальнейшей дестабилизации необходимо добиться строгости и ясности правовых формулировок норм Устава ООН, исключающих коллизии, а также принятия такого международно-правового документа о борьбе с терроризмом, как, например, Конвенция о борьбе с терроризмом.

С докладом на тему «Российское фундаментальное правоведение: вызовы времени» выступил проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор В. Н. Синюков. Он отметил, что современный этап развития страны требует формирования нового взгляда на развитие права и государства. В настоящее время сложилось четыре различных социально-правовых уклада: законодательная система базового отраслевого характера, структура и порядок правового регулирования, заданные советской правовой системой, институты право-исполнительной системы, региональные subsystemы права. Вместе с тем достижение сбалансированности правовой системы сталкивается с трудностями по причине неясности и неопределенности концепта единства правовой системы. Попытки синтеза опережающего права порождают сложные деформирующие правосознание эффекты правового регулирования. На первый план должны выходить такие ключевые вопросы, как создание действенного правопорядка на основе высвобождения сил самого общества, а также интеграции в мировую правовую культуру. Отдельным вопросом становится отсутствие современной правовой системы России на карте мира. Сама по себе правовая система России отсутствует в классификациях большинства иностранных, так и отечественных ученых. Тем не менее нельзя сказать, что в России она не сформировалась или находится в состоянии зарождения. Российская национальная правовая традиция прошла более чем десятивековое развитие. Можно выделить его следующие этапы: древнерусский (преднациональный), особенности и значение которого необходимо пересмотреть с точки зрения достижений современной науки; XIX век, когда сложилась почти модернистская правовая культура, однако она не основывалась на единстве нации, культуры и языка; XX век обычно не включается в историческую концепцию развития рос-

сийского права, за исключением достижений ученых русского зарубежья, тем не менее данный взгляд не может быть положен в основу стратегии национального развития права. В это время был поставлен и разрешен вопрос формирования общероссийской правовой культуры. Именно в XX веке сформировалась основа юридической традиции России — на собственных достижениях правовой мысли и практики. Таким образом, одной из задач современной юридической науки является комплексный анализ достижений данного исторического периода. Что касается современной правовой системы, то уже долгое время считается, что она является переходной, однако возникает вопрос: переходная к чему и во что? Отечественная правовая традиция имеет глубокие корни в европейской правовой и политической культуре. При рецепции европейского права необходимо не заимствовать устаревшие нормы, переписывая тексты правовых актов, а анализировать саму их концепцию и проследить долгосрочные тенденции развития. При этом нельзя сводить развитие европейского права только лишь к центрам, сосредоточенным в Западной Европе. На современном этапе особое значение приобретают восточно-европейские центры, которые способны аккумулировать достижения западной и восточной правовой культуры. Таким образом, создание механизмов правовой инновационности России на основе отечественной правовой традиции и новоевропейской идентичности наряду с уточнением приоритетов правового развития является одной из основных задач современной юридической науки.

Проректор МГУ имени М.В.Ломоносова, декан Высшей школы государственного аудита, заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор С. М. Шахрай выступил с докладом на тему «Особенности конституционной истории России. Взаимосвязь прошлого, настоящего и будущего». В докладе было отмечено, что одной из важнейших особенностей конституционного развития России является тесная связь общественного и государственного устройства с качеством судебной системы. Конституционная история нашего государства возникла именно вместе с Судебной реформой 1864 г., что подчеркивает важную особенность начала формирования конституционной монархии через судебную ветвь власти. Схожая тенденция наблюдалась и при зарождении новой России, когда Конституционный Суд фак-

тически стал локомотивом государственного развития. Тем не менее современная конституционная модель судебной системы работает лишь на 60 %. Идеалы судебной реформы не обеспечены в современности независимостью судов, которую позволила бы реализовать нарезка судебных округов вне зависимости от административно-территориального устройства, а также введение института независимых судебных следователей, т.е. специальных судей, реализующих контроль над следствием. Другой важной особенностью современного конституционного развития является то, что впервые новая Конституция не была принята при смене руководства страны. Данный факт связан с особой ролью современной Конституции, которая устанавливает большое количество норм-принципов и норм-идеалов, закладывая прочный фундамент для дальнейшего развития общества и государства.

С докладом на тему «Мысли о перспективах конституционно-политического строительства» выступил заведующий кафедрой конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор С. А. Авакьян. В своем выступлении ученый определил важнейшие проблемы и риски российского конституционализма на современном этапе. В частности, он отметил, что необходимо пересмотреть роль государства и Конституции. Конституция должна стать инструментом превращения России в конституционное государство. Актуальной становится необходимость конституционализации таких общественных отношений, как налоговые, финансовые, безопасности, транспорта, социальные. Необходимо создание конституционного фундамента данных общественных отношений, перенос их основ из среды отраслевого регулирования в сферу конституционного регулирования. Еще одной важнейшей проблемой конституционного развития является реализация народовластия и ограничение чрезмерной роли государства. В Конституции должна быть соответствующая глава об обществе, демократии, общественных институтах народовластия. В условия фактической дискредитации политических партий необходимо ввести в политическую жизнь страны общественные движения. Консультативные институты непосредственной демократии должны получить не только правовое регулирование, но и практическую реализацию. Особую акту-

альность в современных условиях приобретает необходимость установить реальную систему сдержек и противовесов в государстве, усилить взаимный контроль над принятием важнейших решений. Также нуждаются в модернизации и федеративные отношения, в частности требуется перераспределить полномочия для стабилизации развития субъектов Федерации. В сложившихся общественно-политических условиях возможен отказ от тезиса об отделенном от государства местном самоуправлении, так как, по сути, он не отражает жизненных реалий. Вместе с тем для сохранения стабильности общественного развития нужно наполнить информационное пространство различными точками зрения, осуществлять живой обмен мнениями, что не позволит уводить решения сложившихся проблем во внеправовое русло.

В завершение первой части пленарного заседания выступил председатель Комитета Государственной Думы ФС РФ по конституционному законодательству и государственному строительству, заслуженный юрист РФ В. Н. Плигин, который резюмировал острые проблемы, поднятые спикерами, подчеркнув важность каждой высказанной идеи для решения общественно-государственных проблем.

Председатель Исполкома Российской академии юридических наук, член президиума Ассоциации юристов России, член Общественной палаты России, доктор юридических наук, профессор В. В. Гриб в своем выступлении акцентировал вопрос открытости власти как основы построения эффективного государства.

Председатель Суда по интеллектуальным правам, заведующий кафедрой интеллектуальных прав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор Л. А. Новоселова выступила с докладом на тему «Злоупотребление правом в сфере интеллектуальных прав: война всех против всех?». Институт злоупотребления правом исследовался в российском праве с момента принятия Гражданского кодекса РФ, тем не менее в практике данная норма практически не применялась, однако за последние 10 лет частота ее использования кардинально возросла. Что касается сферы интеллектуальных прав, ссылка на статью о злоупотреблении правом имеется в каждом третьем деле. Это может свидетельствовать о том, что одной из форм злоупотребления правом является недобросовестная конкуренция. Вместе с тем в настоящий момент существует развитое правовое регули-

рование недобросовестной конкуренции, однако в данном случае неправомерные действия уже запрещены законодательно, соответственно, лицо не может злоупотреблять правом, так как правом оно не обладает. Таким образом, возникает важная проблема: при очень динамичном принятии специальных норм то, что запрещается законодательно, выходит из-под действия норм о злоупотреблении правом. Может ли сложиться такая ситуация, что злоупотребление правом не будет применяться к недобросовестной конкуренции? Если есть прямой запрет недобросовестной конкуренции, может ли она подпадать под статью 10 Гражданского кодекса РФ? Основная проблема заключается в том, что если законом еще не урегулированы запреты, то судам удобно применение норм о злоупотреблении правом. Таким образом, размывается правовая система, на место конкретных норм приходит моральная оценка действий участников гражданского оборота. Нельзя спокойно относиться к тому, что в правоприменительной практике увеличивается количество ссылок на абстрактные нормы, особенно когда уже наличествует конкретное правовое регулирование. Однако остается область «серых» отношений, где сначала формируется судебная практика на основе абстрактных норм, а потом на основе практического опыта принимается правовое регулирование. Еще одним важным аспектом является критерий добросовестности, который фигурирует в определении злоупотребления правом в статье 10 ГК РФ, что подразумевает под собой оценку с точки зрения не права, а нравственности. Таким образом, происходит смещение от правовых методов регулирования к регулированию с точки зрения норм морали. Важной проблемой также является перекрещивание в законодательстве специальных актов, когда могут возникать случаи применения к одним и тем же общественным отношениям различных правовых норм. Данные аспекты поднимают вопрос развития наряду с узкоспециализированным юридическим образованием синтетического юридического образования, которое позволит разбираться во взаимодействии норм из различных отраслей права.

Заведующий кафедрой гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор Е. А. Суханов выступил с докладом на тему «Об итогах реформы Гражданского кодекса Российской Федерации». В настоящее время

близится момент истечения срока полномочий Государственной Думы, тем не менее значительная часть правовых актов, которые должны быть приняты в рамках реформы гражданского права, еще находятся в стадии обсуждения, соответственно, возникает неопределенность с возможностью и формой их принятия парламентом нового созыва. В целом реформа Гражданского кодекса фактически завершена, поэтому на данный момент уже можно подводить итоги проделанной работы, несмотря на то что остается множество проблемных аспектов. Данная реформа оказалась незавершенной, так как без должного рассмотрения остались вещное право и правовой статус юридических лиц, она оказалась противоречивой из-за большого числа компромиссов и «серых» поправок, авторство которых неизвестно, а также из-за наличия норм, являющихся результатом лоббирования. Данные положения нарушают систему Гражданского кодекса и институтов гражданского права. Вместе с тем многое удалось, сделаны важные шаги в развитии институтов европейского типа, в том числе восстановление и развитие корпоративного права как подотрасли гражданского права. Удалось приспособить договорное и обязательное право к современному деловому обороту. Центром усилия стала проблема осуществления гражданских прав. Отмечено, что законодательные противоречия и недостатки положительно сказываются на развитии юридической науки, их научное осмысление и оценка постепенно формируют новое лицо отечественной цивилистики.

С докладом на тему «Модернизация материальных и процессуальных норм законодательства об административных правонарушениях: варианты поиска» выступила профессор

кафедры административного права и процесса Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, старший научный сотрудник М. С. Студеникина.

Заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, доктор юридических наук, профессор Л. В. Головкин выступил с докладом на тему «Российская юридическая наука и интеллектуальные центры глобального развития: интеграция или автономия?».

С докладом на тему «Аномия и пути ее преодоления» выступил профессор кафедры уголовного права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор И. А. Клепичский.

Заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент А. С. Исполинов выступил с докладом на тему «Взаимодействие международных и национальных судов».

По окончании пленарного заседания работа конференции продолжилась в течение 3 дней в формате заседания секций и круглых столов, проходивших на 4 площадках: в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА), на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова, в Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Институте государства и права Российской академии наук (ИГП РАН).

*Отчет подготовил эксперт управления организации научной деятельности  
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
Д. Л. Кутейников*

# SCIENTIFIC LIFE

## “THE KUTAFIN READINGS” CONFERENCE AND THE ANNUAL INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE OF THE FACULTY OF LAW OF LOMONOSOV MOSCOW STATE UNIVERSITY

**Review.** On November 24-27, 2015 the 9th Joint International Scientific Conference “The Kutafin Readings” and the 16th Annual International Scientific Conference of the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University “National Development Strategy and the Objectives of the Russian Legal Science” were held as the part of the 5th Moscow Law Week. After the plenary session, a number of round tables, seminars and sections were arranged. The 5th Moscow Law Week was organized by the Kutafin Moscow State Law University (MSAL) and the Faculty of Law of the Lomonosov Moscow State University in partnership with the Russian Academy of Justice, the Russian Academy of Legal Sciences, the Association of Legal Education. At the plenary session that was held at the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University, Victor Blazheev, Alexander Golichenkov, Vladimir Pligin addressed their welcoming speeches to the participants of the Conference. Analytical reports devoted to the problematic aspects of the national development strategy and objectives of the Russian legal science were made by leading legal scholars and practitioners, namely, Valeriy Zorkin, Vladimir Sinyukov, Sergey Shahray, Suren Avakyan, Ludmila Novoselova, Evgeniy Sukhanov, Marina Studenikina, Leonid Golovko, Ivan Klepitsky, Aleksey Ispolinov. The debate on topical issues of national development strategies and objectives of Russian jurisprudence was continued during the breakout sessions dedicated to the work of the Bar and the Notary Office, administrative law and litigation, banking law, civil law, civil procedure, intellectual property law, the history of the state and law, IT law, commercial law, criminology, competition law, constitutional and municipal law, international law, private international law, integration and European Union Law, business law, family law, sports law, comparative law, forensic science and forensics, theory of the state and law, labor law and social security law, the criminal procedure and criminal justice, criminal law and criminology, financial law, philosophy of law, environmental and land law, energy law.

**Keywords:** Moscow Law Week, Kutafin Readings, national development strategy and objectives of the Russian legal science, effective state, international and national courts, intellectual centers of global development, constitutional and political construction, constitutional history, Russian legal tradition, abuse of rights, reform of the Russian Civil Code.

## МЕЖРЕГИОНАЛЬНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ «ЭТИКА П. А. КРОПОТКИНА И ПРОБЛЕМА СООТНОШЕНИЯ НРАВСТВЕННОСТИ И ПРАВА»: ИТОГИ И ПЕРСПЕКТИВЫ

**Аннотация.** 25–26, 30 сентября 2015 года в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялась межрегиональная научная конференция «Этика П. А. Кропоткина и проблема соотношения нравственности и права». Это результат сотрудничества между двумя клубами — Московско-Петербуржским философским клубом во главе с директором Института философии РАН, академиком РАН, доктором философских наук, профессором А. А. Гусейновым и философско-правовым клубом «Нравственное измерение права» под руководством доктора философских наук, профессора кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) В. М. Артемова. Тема была инициирована академиком РАН А. А. Гусейновым, что не могло не привлечь внимание философской общественности. Сказались и давние контакты с кафедрой этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова во главе с ее заведующим — доктором философских наук, профессором А. В. Разиным.

На конференцию приехали видные исследователи, представляющие разные отрасли философии, этики, права, других социально-гуманитарных наук, опытные преподаватели и авторитетные общественные деятели Москвы и Санкт-Петербурга.

В главном зале ведущего юридического вуза России царил творческий дух. Открыл и вел все заседания конференции В. М. Артемов. С приветствием, которое можно рассматривать как интересный доклад, выступил проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор В. Н. Синюков. Во вступительном слове А. А. Гусейнов, обратив внимание на сам факт сотрудничества клубов и острую тему, поблагодарил принимающую сторону за свободомыслие и смелость.

Всего за три дня выступили 1 академик, 12 докторов наук, 10 кандидатов наук, несколько молодых преподавателей, аспирант и 5 студентов — всего было сделано 29 докладов. Реализован основной замысел проекта — инициировать совместные поиски философов, этиков, социологов, историков, юристов и других специалистов в направлении усиления нравственности в праве. Клуб «Нравственное измерение права» готов пополнять свои ряды из профессорско-преподавательского состава, выходить на иные площадки, осуществлять этическую экспертизу.

**Ключевые слова:** межрегиональная научная конференция, сотрудничество клубов, философская общественность, социально-гуманитарные науки, нравственность и право, этическое наследие П. А. Кропоткина, свободомыслие, нравственно-философская экспертиза права.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2016.110.1.152-196**

**25**–26, 30 сентября 2015 года в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялась межрегиональная научная конференция «Этика П. А. Кропоткина и проблема соотношения нравственности и права». Она явилась плодом сотрудничества между двумя клубами — Московско-Петербуржским философским клубом во главе с директором Института философии РАН, академиком РАН, доктором философских наук, профессором А. А. Гусейновым и фило-

софско-правовым клубом «Нравственное измерение права» под руководством доктора философских наук, профессора кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) В. М. Артемова. С самого начала (подготовка велась более полугодом) данное научное мероприятие стало рассматриваться в качестве не только строго академического, но и научно-просветительского проекта.



Был создан оргкомитет, председателем которого стал научный руководитель философско-правового клуба «Нравственное измерение права» В. М. Артемов. Он заручился поддержкой кафедрального и университетского руководства. Последнее оказало необходимую поддержку и помогло организационно. Подготовка к конференции осуществлялась в том числе и в отпускное время, поэтому к началу нового учебного года в основном все было готово.

Разумеется, значительную роль сыграло то обстоятельство, что сама тема была инициирована академиком РАН А. А. Гусейновым, который является директором Института философии РАН — ведущего философского учреждения страны. Прежде всего, сказались его высокий авторитет и давно ставшие достоянием специалистов и философской общественности весомые труды, такие как «Золотое правило нравственности», «Великие моралисты» и многие другие, в том числе переведенные на множество иностранных языков. Не случайно заявки на участие подали пятеро работников этого Института.

Видную роль сыграло и то обстоятельство, что у клуба «Нравственное измерение права» сложились давние и тесные контакты с кафедрой этики философского факультета МГУ имени М.В. Ломоносова во главе с ее заведующим — доктором философских наук, профессором А. В. Разиным. Об этом, в частности, свидетельствуют обзоры предыдущих конференций: «Свобода и ответственность» (2006)<sup>1</sup> и «Свобода, нравственность, право: пути сближения» (2014)<sup>2</sup>, опубликованные в ведущих юридических журналах.

И результат оказался очень весомым. На конференцию приехали видные исследователи, представляющие разные отрасли философии, этики, права, других социально-гуманитарных наук, опытные преподаватели и авторитетные общественные деятели Москвы и Санкт-Петербурга. Среди организаторов можно назвать такие научно-образовательные центры, как Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Институт философии РАН, МГУ имени М.В. Ломоносова, НИУ «Высшая школа экономики» и др.

Показательно, что из тех, чьи доклады значились в программе конференции, выступило 83 %. Но поскольку программа была опубли-

кована заблаговременно, появилось еще несколько желающих выступить.

Главное же — на конференции царил творческий дух. Это проявилось и во время встречи именитых гостей, что называется, в кулуарах, еще до начала конференции (познакомились друг с другом, в неформальной обстановке обсудили интересующие вопросы и т.п.), и непосредственно в большом университетском зале № 1, где и проходила конференция (студенческая секция проходила 30 сентября 2015 г. в зале № 5).

Хочется подчеркнуть высокую представительность конференции: за 3 дня выступили 1 академик, 12 докторов наук, 10 кандидатов наук, несколько молодых преподавателей, аспирант и 5 студентов — всего 29 докладов. Нельзя не сказать и о масштабности: прежде всего это Москва и Санкт-Петербург. Приходили также заявки на участие из городов Кропоткин и Вологда. Но, пожалуй, основное достоинство конференции — теоретико-методологическая основательность и глубокая содержательность. Темы докладов касались не только (да и не столько) творчества П. А. Кропоткина, но и, главное, проблемы соотношения нравственности и права. Здесь и кроется основной замысел данного проекта — инициировать совместные поиски философов, этиков, социологов, историков, юристов и других специалистов в направлении усиления нравственности в праве.

Открыл и вел все заседания конференции В. М. Артемов. Планировалось, что его доклад будет следующим после вступительного слова А. А. Гусейнова, но он пропустил вперед коллег из Института философии РАН и выступил первым 26 сентября 2015 г. (доклад публикуется ниже). Кроме всего прочего, В. М. Артемов достаточно серьезно рассмотрел пути усиления нравственности в праве в современном обществе. Судя по вопросам со стороны как преподавателей, так и студентов, это вызвало интерес.

С приветствием, которое можно рассматривать как отдельный, очень интересный доклад, выступил проректор по научной работе Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), д. ю. н., проф. В. Н. Синюков. После слов признательности клубу «Нравственное измерение права» и уважаемым гостям, которые нашли время для участия в конференции на столь ак-

<sup>1</sup> См.: Государство и право. 2007. № 3.

<sup>2</sup> См.: Артемов В. М. Свобода, нравственность, право: пути сближения // Lex Russica. 2015. № 4.

туальную тему, им был заявлен и аргументированно развернут тезис о значимости для юристов системной критики государства. Масштаб личности П. А. Кропоткина аналогичен масштабу личности М. В. Ломоносова, а «Этика» первого позволяет многое понять в философии права, в целом формировать современное юридическое мышление. Прозвучали также адресованные главным образом студентам предупреждения о том, чтобы они обратили внимание на некоторые элементы позитивизма и не шли, условно говоря, на баррикады.

Во вступительном слове А. А. Гусейнов поблагодарил Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), обратил внимание на сам факт сотрудничества клубов. Он также согласился с выступавшими до него коллегами, имея в виду высокую оценку исторического, особенно этического наследия П. А. Кропоткина. Было обращено внимание на свободолобие и смелость Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), организовавшего конференцию на столь острую тему. Классик анархизма критиковал не только государство, но и право. Отрицались также принуждение и самопринуждение. В современных условиях усиливаются натуралистические подходы к морали, дело доходит даже до отрицания свободы воли. Важно поэтому обратить внимание на органичное сочетание ценностного и собственно научного подходов у автора знаменитой «Этики». Основательное выступление академика было заслушано с большим интересом, о чем свидетельствовали последовавшие затем вопросы. Один из них коснулся проблемы нравственно-философской экспертизы. Последняя применительно к праву в теории и практике возможна, однако следует избегать морализаторства.

С основными докладами выступили также заведующий кафедрой этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, д. ф. н., проф. А. В. Разин (доклад публикуется ниже); с. н. с., зав. сектором Института научной информации РАН, д. и. н. А. В. Гордон («Истоки этических воззрений П. А. Кропоткина»); зав. кафедрой общей социологии факультета социальных наук НИУ «Высшая школа экономики», д. с. н., проф. Н. Е. Покровский («П. А. Кропоткин и П. А. Сорокин: принцип взаимопомощи и теория креативного альтруизма»), в. н. с. сектора этики Института философии РАН А. В. Прокофьев (доклад публикуется ниже).

В первый же день прозвучали доклады д. ф. н., проф. кафедры философских и соци-

ально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Ч. Б. Далецкого («Риторизация этических идей П. А. Кропоткина в интересах правовой культуры современной России»), д. ф. н., проф. Санкт-Петербургского аграрного университета М. А. Арефьева («Принцип взаимопомощи и солидарности как основание нравственных исканий позднего М. А. Бакунина и П. А. Кропоткина» — подготовлен в соавторстве с д. ф. н., проф. Санкт-Петербургского аграрного университета А. Г. Давыденковой), с. н. с. сектора логики Института философии РАН, д. ф. н. Л. Г. Антипенко («Оценка этики П. А. Кропоткина в контексте паранепротиворечивой (воображаемой) логики Васильева»), д. ю. н., проф. кафедры гражданского и семейного права Е. Е. Богдановой (доклад публикуется ниже), директора Учебного центра Санкт-Петербургского филиала НИУ «Высшая школа экономики», к. и. н., доц. П. И. Талерова («П. А. Кропоткин о войне: этический и правовой аспекты»).

С интересом был заслушан внеплановый доклад председателя попечительского совета Московско-Петербургского философского клуба, к. э. н. А. В. Захарова («Нравственность как основа права и свободы»). Актуальность наследия П. А. Кропоткина была соотнесена, в частности, с имеющимися, на его взгляд, «бессовестными» законами и зачастую нарушаемым принципом презумпции невиновности. Нынешняя ситуация требует усиления потенциала философского сообщества. В этом ключе было представлено (и подарено клубу «Нравственное измерение права» вместе с некоторыми другими книгами) издание под названием «Философия в публичном пространстве», донесена информация о предложении объявить 2017 год Годом философии.

На следующий день, кроме ведущего, выступили к. ф. н., доц. кафедры этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова Т. И. Пороховская («Критика системного насилия: от анархизма к современности»), преп. кафедры этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова Д. С. Акимов («Учение П. А. Кропоткина о взаимопомощи в свете современной эволюционной этики»), А. В. Бирюков («Образ Кропоткина в произведениях Марка Алданова»), с. н. с. Дома русского зарубежья имени А. Солженицына, к. ф. н. Н. И. Герасимов («Нравственно-философские воззрения П. А. Кропоткина и антифашистская деятельность Г. П. Максимова»), к. и. н., доц. кафедры

истории РГАУ-МСХА имени К.А. Тимирязева Д. И. Рублев («Проблема соотношения свободы и нравственности: взгляд теоретиков анархистской эмиграции»), д. ф. н., доц. Московского художественного промышленного института Т. А. Чикаева («Соотнесение идей П. А. Кропоткина о праве и справедливости в русском национальном правосознании»), к. ю. н., доц. кафедры международного права юридического института Российского университета дружбы народов Е. В. Кисилева («Проблема ЛГБТ как современный вызов защите нравственности правовыми средствами»), к. э. н., доц. кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Л. В. Чхуташвили («Социально ориентированная этика П. А. Кропоткина и современное право»), и. о. м. н. с. сектора этики Института философии РАН А. А. Сочилин («Коннотации морали и права в европейской философии раннего Нового времени (на примере философии Ф. Суареса)»), аспирант кафедры уголовно-процессуального права А. Н. Ястрембский («Соотношение нравственности и права в контексте защиты “уязвимых” потерпевших и свидетелей в уголовном судопроизводстве») и другие.

Как и было предусмотрено программой, завершила конференцию студенческая секция. Выступило 5 студентов — активистов клуба «Нравственное измерение права» (С. Зарочинцев, В. Левский и др.). Примечательно, что непосредственно перед конференцией о своем желании поучаствовать в ней заявила группа студентов из нового университетского подразделения «Правовое обеспечение национальной безопасности». Им была предоставлена такая возможность.

Особо следует сказать и о большом интересе к конференции со стороны не только кафедры философских и социально-экономических дисциплин, но и многих собственно юридических кафедр, студентов, аспирантов и магистрантов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Наиболее представительной оказалась кафедра теории государства и права. Были и члены кафедры конституционного и муниципального права, гражданского и семейного права, уголовного права (доклад к. ф. н., доц. Д. М. Молчанова «Проблема соотношения нравственно-

сти и права: история и современность» включен в программу конференции), уголовно-процессуального права, адвокатуры и др.

Состоялась и дружеская встреча на кафедре 26 сентября после окончания работы конференции. Она прошла действительно в дружеской атмосфере. Все благодарили за прекрасную организацию и теплый прием. После конференции пришло множество писем от участников и гостей с такими же отзывами. Организаторы же, в свою очередь, благодарят профком Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) за определенную помощь.

Были и некоторые трудности, которые следовало бы учесть в будущем. Так, из-за учебного расписания не смогли присутствовать на мероприятии многие из основного состава клуба «Нравственное измерение права», хотя заранее и был составлен соответствующий список, который, по сути, можно рассматривать как своеобразное поощрение для студентов. Но этот и некоторые другие отдельные моменты не могли повлиять на ход и результаты конференции в целом. Она прошла, что называется, на высоком идейном и теоретическом уровне. Эта конференция открыла новую страницу деятельности по совершенствованию права. Освоение теоретического наследия П. А. Кропоткина — один из факторов этизации последнего.

Клуб «Нравственное измерение права» выходит на новую рабочую орбиту. Трудно, конечно, соревноваться с коллегами из Московско-Петербургского философского клуба (своего рода «верхушечный» состав руководства, большие организационные возможности и т.п.), но и наш клуб может пополнять свои ряды из профессорско-преподавательского состава, выходить на иные площадки, осуществлять нравственно-философскую экспертизу разных документов и т.п. Теперь наступил следующий, весьма ответственный этап: осмысление итогов конференции, сбор текстов для сборника, который включен в план университетских изданий и должен выйти в свет в начале 2016 г.

Ниже приводятся некоторые выступления на конференции.

*В. М. Артемов,  
профессор*

В. М. Артемов\*

## НРАВСТВЕННО-ФИЛОСОФСКОЕ ИЗМЕРЕНИЕ СВОБОДЫ В ТРУДАХ П. А. КРОПОТКИНА: ОПЫТ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ РЕКОНСТРУКЦИИ В КОНТЕКСТЕ СТРАТЕГИИ ЭТИЗАЦИИ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА

С<sup>т</sup>оль строгое название темы прошу не рассматривать как некую попытку поднять планку его теоретической состоятельности и значимости. Скорее здесь можно говорить о дани по отношению к моему собственному исследовательскому прошлому. Помнится, первая монография, вышедшая перед защитой докторской диссертации 16 лет назад, называлась «Нравственное измерение свободы и образование (опыт теоретической реконструкции русского классического анархизма)». Налицо своеобразная переключка замыслов и смыслов. Но, если тогда речь шла об учительстве как основной силе социальных подвижек и преобразований, то в настоящий момент парадигма несколько иная: на первый план выходит фактор нравственности. Основное профессиональное кредо сегодня — усиление нравственности в праве. Отсюда и название.

Так сложилось, что из трех представителей русского классического анархизма (М. А. Бакунин, Л. Н. Толстой и П. А. Кропоткин) именно последний оказался ближе, что называется, по духу. О нем, кстати, и больше написано мною, в частности для таких солидных журналов, как «Вестник Московского университета», «Социально-гуманитарные знания», «Lex Russica». Написан и соответствующий раздел о Кропот-

кине для энциклопедии (в серии «Философия России первой половины XX века») и т.п.

Согласитесь, Бакунин, наверное, подобно звезде, очень яркий; Толстой, бесспорно, велик как писатель, философ и моралист, а вот Кропоткин не так заметен, хотя органично соединяет в себе теоретическую глубину ученого и практическую жилку подвижника. Кто-то из знавших его непосредственно писал о «впечатлении какой-то странной смеси пророка и ученого»<sup>1</sup>. По размаху научных и творческих интересов можно даже провести аналогию с Ломоносовым, хотя князю было несколько легче пробиваться к знаниям (случай даже помог ему оказаться в элитном пажеском корпусе Санкт-Петербурга).

Не останавливаясь на подробностях, подчеркну: его оригинальная этико-философская концепция органично связана с необычайно цельной и ориентированной на идеал жизнью. Налицо устойчивое свободолобие и высокие моральные качества<sup>2</sup>. Примечательно, что первым шагом молодого революционера после вступления в народнический кружок чайковцев, где он встретил, по его же словам, «идеально чистых и нравственно выдающихся людей», был акт своеобразной нравственной реабилитации М. А. Бакунина, который

<sup>1</sup> Это из «Путешествия в прошлое» И. М. Майского. См.: *Пирумова Н. М.* Петр Алексеевич Кропоткин. М., 1972. С.132.

<sup>2</sup> См.: *Артемов В. М.* Гуманистическая этика П. А. Кропоткина: единство свободы и нравственности // Вестник Московского университета. Серия 7 : Философия. 2004. № 2. С. 3–14.

<sup>3</sup> *Шеметов А. И.* Искушение : Повесть о Петре Кропоткине. М. : Политиздат, 1986. С.15.

© В. М. Артемов, 2016

\* *Артемов В. М.*, доктор философских наук, профессор кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

«никого никогда на подлости не благословлял, Нечаева обману и убийству товарищей не учил»<sup>4</sup>.

Вообще, личностный вклад в общественный прогресс не исчерпывается лишь идеями и их взаимосвязью. Значительную роль играет и чувственно-эмоциональная устремленность, последовательная серия решений и поступков интересующего нас человека в конкретных исторических обстоятельствах. Так, в 1917 г. в качестве ближайшей цели неутомимый гуманист видит не столько взятие власти, сколько глубокую революцию, которая «расшевелила бы всю умственную и нравственную жизнь общества, вселила бы в среду мелких и жалких страстей животворное дуновение высоких идеалов, честных порывов и великих самопожертвований». В целом П. А. Кропоткин с пониманием относился к советскому проекту (это было продемонстрировано в период пребывания в Дмитрове (1917–1921) после вынужденной более чем сорокалетней эмиграции). При этом он предостерегал большевиков от чрезмерной жестокости. Несмотря на подорванное здоровье, участвовал (в качестве председателя) в работе Лиги федералистов, активно пропагандировал идеи народного просвещения, напряженно трудился над «Этикой». Ее он рассматривал и как поиск ответа на давно волновавшую его проблему происхождения нравственности, и как ожидаемый обществом своего рода спасательный круг в условиях социального ожесточения и снижения ценности человеческой жизни. Видите, куда уходит, условно говоря, проект этизации.

Хотя со дня смерти мыслителя и подвижника прошло уже почти 95 лет, можно с полной уверенностью говорить о нем как о нашем современнике. По-видимому, не случайно, согласно моим личным наблюдениям преподавателя, именно к трудам, жизни и деятельности П. А. Кропоткина обращается значительная часть студентов-юристов и магистрантов, когда предлагается выбрать, к примеру, тему творческой работы, связанную с осмыслением разнообразных граней наследия русской философии практически-нравственной ориентации конца XIX — начала XX в.

Таким образом, в настоящее время особо востребовано теоретическое и ценностно-практическое наследие именно Петра Алексеевича. Ведь сейчас теряется самое главное — вера

людей в собственные силы, в возможность что-либо изменить своим умом и собственными руками. Этим пользуются те, кто, что называется, ловит рыбку в мутной воде обывательской растерянности и вопиющей безответственности. Кропоткин же научно доказал силу и перспективы взаимопомощи и человеческой солидарности; утверждал надежду и веру в самих людей, в возможность создания общества свободы и справедливости.

В данном случае меня интересуют прежде всего этика и гуманизм русского подвижника, проявившиеся в его трактовке свободы. Актуализируется это тем, что западная цивилизация, да и мир в целом, находятся на перепутье. На прочность проверяются идея свободы, различные ее аспекты и варианты осуществления. До сих пор налицо типичные заблуждения, крайности и односторонности (от растворения свободы в природе до абсолютизации последней применительно к некоему себялюбивому индивиду). Имеет место и «юридизм»: преувеличение возможностей права в плане обеспечения формальных свобод и т.п. Телега, что называется, ставится впереди лошади.

Существуют серьезные препятствия между собственно человеческим измерением социальной жизни и законодательно-правовым ее обслуживанием. Ситуация усугубляется событиями последнего времени. Так, после политического переворота националистического типа в Киеве возникла серьезная политико-правовая коллизия. Свобода стала рассматриваться там только в узкой и надуманной «логике» защиты от каких-то врагов. Нравственно-философский, собственно гуманитарный аспекты напрочь исчезли из поля зрения горе-революционеров и политических проходимцев. Инициативы же самих людей, проживающих на непослушных территориях Донбасса, имеющих свои собственные представления о свободе и других приоритетных ценностях, просто игнорируются. А привычные политико-правовые регуляторы при этом практически перестают работать.

В такой ситуации определенный интерес может представлять своего рода постгосударственная парадигма жизнеустройства, субъектами которого выступают сами люди как люди, а значит, и настоящие граждане, желающие защитить себя и строить новые перспективные отношения и структуры. При этом П. А. Кропот-

<sup>4</sup> Кропоткин П. А. Этика: Избранные труды. М., 1991. С.387.

кин предупреждал: «Революция должна считаться заранее неудавшейся, если она не будет отвечать интересам большинства и не найдет средств их удовлетворить... если свержение существующего ограничится заменой одних правящих лиц и одних формул другими — тогда... все совершившееся пропадет даром и у народа будет одним разочарованием больше»<sup>5</sup>.

П. А. Кропоткин размышлял о личностном потенциале человека, существенными измерениями которого являются нравственность и свобода. Соответственно, прицельное рассмотрение данной проблемы позволяет исследовать глубинные пласты философско-этических позиций П. А. Кропоткина. В этом ключе, в принципе, остается возможность возвращения к праву, но настоящему, обслуживающему все общество и защищающему конкретного человека. Не случайно в юности он, как и его кумир М. А. Бакунин, мечтал, условно говоря, о «хорошем» праве, служащем общественному прогрессу.

Продолжая линию И. Канта, П. А. Кропоткин утверждал, что «именно общественные наклонности и общественное творчество, когда им дан свободный выход, дадут возможность человеку достигнуть полного развития и подняться до высот...»<sup>6</sup>. Вместе с тем он склоняется и к философии нравственности И. Г. В. Фихте, который «предъявлял высокие требования нравственности, т.е. к чистоте ее мотивов, отвергая в них всякую эгоистическую цель и требуя полной сознательной ясности в воле человека и самых широких и высоких целей... через свободу человека...»<sup>7</sup>.

Факты жизни и деятельности П. А. Кропоткина наглядно свидетельствуют о единстве свободы и нравственности как своеобразном стержне его личностного бытия. Правда, в ранних социально-политических взглядах на буржуазное общество имело место и некоторое преувеличение внешнего аспекта свободы, точнее — свобод как прав. Позднее такое видение в целом преодолевается, но расширительное понимание права применительно к личности, а значит, и обществу (а не государству только) все же в целом остается.

Отечественный интеллигент выступает за своеобразный нравственный прорыв. В таких работах, как «Справедливость и нравственность» (лекция, прочитанная в Анкотском братстве и Лондонском этическом обществе), «Нравственные начала анархизма», «Моральный выбор Л. Н. Толстого», «Взаимная помощь как фактор эволюции», «Записки революционера», «Современная наука и анархия», «Хлеб и воля», «Этика», он исходит из признания глубоких природных и одновременно социальных корней сущности человека, а значит, и свободы.

Принципиально важным для понимания сути нравственной философии П. А. Кропоткина видится положение из второй главы «Этики» («Намечающиеся основы новой этики»): «Нравственный прогресс необходим, но без нравственного мужества он невозможен»<sup>8</sup>. Мужество, тем более нравственное, никак не вытекает из природно-биологического уровня бытия человека; оно является результатом свободного выбора самого человека как личности. Данный выбор и выступает в качестве своеобразного механизма, поднимающего нравственность на более высокий уровень, достойный свободного человека и подлинно справедливого общества.

Этические взгляды П. А. Кропоткина зрелого периода характеризуются открытием своего рода «вторичной» нравственности, возвышающейся над той, что вытекает из природных начал. Взаимопомощь выступает предпосылкой и одним из факторов нравственности. Высший же уровень нравственности связывается как с общим прогрессом в обществе, ведущим к развитию чувства справедливости, равновесного самосдерживания, так и с достаточным развитием личности, «личной творческой силы и почина...»<sup>9</sup>.

Указанные уровень и неуклонное развитие на его основе немислимы без свободы, в процессе рассмотрения которой просматривается попытка синтеза естественно-научного, антропологического и социального подходов. Свобода мыслится П. А. Кропоткиным в качестве высшего, собственно человеческого воплощения исходной космической гармонии. Тенденция

<sup>5</sup> Кропоткин П. А. Речи бунтовщика // Анархия, ее философия и идеал : Сочинения. М. : Эксмо-Пресс, 1999. С.1 21–122.

<sup>6</sup> Кропоткин П. А. Анархия : сборник / сост. и предисл. Р. К. Баландина. М., 2002. С. 403.

<sup>7</sup> Кропоткин П. А. Этика : избранные труды. М., 1991. С. 180.

<sup>8</sup> Кропоткин П. А. Этика. С. 43.

<sup>9</sup> Указ. соч. С. 42–43.

рассматривать свободу как личностное качество не только не исключает, а предполагает учет таких явлений, как природное и социальное равенство, непреходящая склонность к тому, чтобы помочь ближнему, преодолеть несправедливость и т.п. Как таковая она реализуется в той мере, в какой естественно разворачивается природный и социальный потенциал человека. Это противоречит индивидуализму М. Штирнера и узкому реформизму П.-Ж. Прудона.

Свобода связывается П. А. Кропоткиным с «твердой волей» самого человека<sup>10</sup>, с познанием им своего изначального единства с природой. Более того, глубокие корни свободы и находятся в этом единстве, в естественности проявлений взаимопомощи, солидарности и самопожертвования. В самой «животности» имеются предпосылки нравственности, а значит, и свободы.

В качестве преград на пути разворачивания подлинной (а не формальной) свободы рассматривается то, что не имеет корней в изначальной природной гармонии. Кроме властно-политических структур, вмешивающихся в естественные и нравственно оправданные процессы жизни человека и общества, к ним относятся и внутренние препятствия на пути к свободе. Речь идет о недостатке знаний и морали у самих людей, вынужденно втянутых в борьбу за существование. Развитие науки, образования, включая целенаправленное улучшение морально-нравственных качеств человека и общества, — это прямой путь к более зрелой свободе. Вместе с тем она же одновременно составляет своеобразную базу для развития ума, достоинства и счастья людей.

Получается, что свобода у Кропоткина рассматривается как в естественно-природном, так и в практически-нравственном измерениях. Смысл ее не столько в разрушении не свойственных природе и обществу преград, сколько в обеспечении культуросозидающей подпитки естественных и прекрасных чувств взаимопомощи и солидарности. Последовательная реализация свободы в конечном счете ведет к устранению отношений эксплуатации и жесткой зависимости.

То, что системообразующим элементом всего комплекса нравственно-философских воззрений П. А. Кропоткина является справедливость, свидетельствует об открытой возможности осуществления и подлинного права. Но

благом или добром она становится лишь в том случае, если имеет за собой свободный выбор и соответствующий поступок.

Свобода выступает как высший момент процесса саморазвития природы, включая обеспечение удовлетворения основных потребностей живых существ, стремящихся к восходящей самореализации во внутреннем и внешнем пространствах своего бытия. Она соотносится (но не отождествляется) с определенным состоянием социума, в котором царит взаимопомощь. Многообразие же реальных проявлений свободы в обществе определяются собственно личностной активностью.

Реализацию социального идеала П. А. Кропоткин связывает с усилиями высоконравственных и одновременно свободных людей, точнее — личностей, которые смогут договориться между собой и сотрудничать. Не случайна явная практически-нравственная, образовательная ориентация П. А. Кропоткина, исходящая из устойчивых представлений о единстве науки и нравственности.

Дневниковые записи свидетельствуют о том, что он стремился к специализации собственных научных занятий, примеривал их как к своим способностям, так и к представлениям о цели и общественном интересе. Говоря о юности вообще, он как бы советует учителю, воспитателю: «Единственный правильный путь — это открыть перед юным умом новые, широкие горизонты; освободить его от предрассудков и ложных страхов; указать место человека в природе и человечестве и, в особенности, отождествить себя с каким-нибудь великим делом и развивать свои силы, имея в виду борьбу за это великое дело»<sup>11</sup>. Данный совет свидетельствует о реализации ценностно-регулятивной функции философии и этики. Таким образом, наследие Кропоткина принадлежит не столько анархистам (время в целом показало утопичность их социального проекта), сколько всем, кто ратует за оздоровление социальной жизни и права. Главное в нем — это убеждение в возможности существенных преобразований в обществе на базе нравственных качеств и свободного почина людей.

В целом, появляясь, идеи, как и вещи, в известном смысле имеют своего рода пространственно-временные координаты. Можно согласиться с размышлениями А. А. Гусейнова:

<sup>10</sup> См.: Кропоткин П. А. Этика. С. 339.

<sup>11</sup> Указ. соч. С. 419.

«Этика и мораль имеют собственный хронотоп, свою современность, которая не совпадает с тем, что является современностью... Моральные основоположения сохраняют устойчивость века и тысячелетия»<sup>12</sup>. На мой взгляд, данное утверждение в полной мере применимо и к творческому наследию П. А. Кропоткина.

Его вера в социальный потенциал человека, в принципе, может способствовать и совершенствованию права в условиях, когда оно необходимо. Ведь культивирование свободы и нравственности в современном (мягко говоря, не вполне благополучном с точки зрения морали) обществе не может не влиять и на качество права в самом широком смысле слова.

Это и многое другое по-новому видится в свете реализации того, что можно назвать стратегией этизации современного права. Некоторые ее направления и результаты изложены, в частности, в монографическом сборнике «Контуры научной школы. Нравственность, свобода, право: пути сближения» (2015), который является визитной карточкой нашего клуба.

Хочу подчеркнуть, что своеобразным ключом применительно к отечественной философско-этической мысли выступает ценностное единство свободы, нравственности и права. Осознание этого полезно и для международной отрасли, которая нуждается в существенном сближении позиций самых разных игроков на политико-правовом поле глобального масштаба, и для разных отраслей внутреннего права, представители которых заинтересованы в глубоком историко-философском и этическом осмыслении проблемы свободы с целью совершенствования законодательства и правоприменительной практики. Показательным в этом отношении выглядит решение Минюста России о ликвидации и реорганизации около 100 исправительных колоний в русле «гуманизации уголовного законодательства». Актуализируются работы П. А. Кропоткина «Узаконенная месть, именуемая правосудием», «Наказание смертной казнью» и другие, в которых, в частности, говорится о том, что жесткая и несправедливая среда сближает заключенных и надсмотрщиков, делая их одинаково несвободными, развращая их.

Наследие автора «Этики» также помогает ее осуществлению и наполнению важной конкретикой. Так, речь идет об утверждении простой мысли: начинайте с себя, посмотрите вокруг, иницируйте перемены к лучшему, предупреждайте об опасностях! Говоря об иллюзорности многих законов и об огромном потенциале самого социума при возникновении каких-то проблем, классик указывал, что «...активное вмешательство друзей и соседей само по себе предотвратило бы громадное большинство грубых столкновений»<sup>13</sup>.

Это актуализируется, в частности, последними трагическими событиями в стране, когда правоохранители оказались бессильными, а сами граждане, по-видимому, понадеявшись на последних, самоустранились от решения вполне очевидных проблем (убийство нескольких малолетних детей в Нижнем Новгороде, жители целого региона Коми не смогли разглядеть преступное сообщество и т.п.). В качестве своеобразной морали звучат следующие слова: «каждому следить за собой и другими»<sup>14</sup>. Речь идет о требовательности по отношению к себе, внимательном отношении к другим. Тогда и количество законов минимизируется, и нравственность в праве в целом может усилиться. Итак, получается, что русский классик-анархист не столько «мешает» сближению свободы, нравственности и права, сколько «помогает».

Размышляя над стратегией этизации права, можно выделить основные направления усилий: во-первых, это совершенствование самого законодательства в русле его очеловечивания и избавления от излишнего формализма; во-вторых, существенное обновление всей правоохранительной системы, которая должна быть, так сказать, заточена не на количественные показатели в плане раскрываемости преступлений, а на профилактику преступности в целом в парадигме взаимопомощи и сотрудничества с населением; и, наконец, важно расширять и углублять собственно этическое образование для юристов, способствовать созданию, совершенствованию и осуществлению соответствующих этических кодексов. Нужен комплексный, многоаспектный подход. Наша конференция призвана способствовать этому.

<sup>12</sup> Гусейнов А. А. Этика и мораль в современном мире // Этическая мысль: современные исследования. М., 2009. С.9.

<sup>13</sup> Кропоткин П. А. Организация возмездия, именуемого правосудием. М., 1906. С.17.

<sup>14</sup> Кропоткин П. А. Указ. соч.



А. В. Разин\*

## НАТУРАЛИСТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ЭТИКИ П. А. КРОПОТКИНА И СОВРЕМЕННОСТЬ

**П.** А. Кропоткин был выдающимся представителем эволюционной этики. Он обращался к природным основаниям нравственности для идеологического обоснования течения анархизма. Особенностью этики Кропоткина (этики анархизма) является то, что в ней, в отличие от теорий многих натуралистов, из факта биологической эволюции выводятся не только альтруистические эмоции, сочувствие и сострадание, но также и более общие способности к сознанию справедливости и активному действию на благо общества во имя ощущения полноты жизни. В последнем положении Кропоткин опирается на идеи Марка Гюйо, выводящего высшие проявления нравственной активности из стремления к риску.

В этике Кропоткина преодолевается один из основных аргументов, который можно выдвинуть против натурализма. Он заключается в том, что у человека разрушена инстинктивная связь со средой обитания. Поэтому даже наличие каких-то альтруистических эмоций у животных не свидетельствует в пользу наследования таких эмоций человеком в процессе эволюции. Кропоткин не выводит нравственность человека непосредственно из инстинкта, а полагает, что стремление к общению и понимание справедливости возникают на основе заимствования опыта животных.

Первобытный человек, очень тесно отождествляющий себя со всей природой, разумеется, видел, что животные одного вида не убивают друг друга и оказывают взаимную поддержку во имя сохранения рода. Это, с точки зрения Кропоткина, и дает основание для моделирования в своей среде отношений взаимопомощи. Далее, обобщающая логика

мышления приводит к возникновению представления о справедливости. Оно связывается со стремлением к восстановлению нарушенной из-за неправильных действий гармонии целого. Первобытные дикари и более цивилизованные народы по сию пору понимают под словами «правда», «справедливость» восстановление нарушенного равновесия<sup>1</sup>.

Данные идеи очень глубоки. Кропоткин идет дальше представления об инстинктивной природе нравственных чувств. Проявление чувства сострадания у человека, конечно, строится не на основе инстинкта. Оно развивается благодаря эмпатии, способности чувствовать состояние другого, в развитых формах — способности поставить себя на место другого, возникающей за счет творческого воображения. В какой-то степени это свойственно и высокоорганизованному животному, имеющему психику. Детеныши нерпы, например, плачут, когда видят, как погибла их мать. Такое сострадание обусловлено эволюционно, но это не специальный инстинкт, а неизбежные последствия эволюционного возникновения психической организации. Кропоткин признает это, соглашаясь со взглядом А. Смита, выводящего способность к сочувствию из умения поставить себя на место другого. Мы бы только добавили к этому, что подобное умение реализуется как стремление, независимое от человеческой воли, благодаря произвольной модельной активности мозга. Чувство сострадания является, следовательно, вторичным по отношению к глубинным рациональным основам организации психики.

В работах Кропоткина «Этика», «Взаимопомощь как фактор эволюции» и других приводятся примеры весьма примечательного

<sup>1</sup> См.: Кропоткин П. А. Этика. М., 1991. С. 75.

© Разин А. В., 2016

\* Разин А. В., заведующий кафедрой этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова, доктор философских наук, профессор

поведения животных, при котором они демонстрируют подлинный альтруизм: сильные заботятся о слабых, попавшим в беду помогают другие и т.д. Во многом эти наблюдения легли в основу его теории анархизма. Граф считал человека принципиально добрым существом, способным регулировать свое поведение без каких-то внешних институтов. Ведь если высшие животные склонны к взаимной кооперации, люди должны быть способны к этому в еще большей степени.

Современные данные показывают нам много нового в отношении гормональной регуляции альтруистического поведения человека. В частности, в исследованиях Патриции Чёрчленд и Франца де Вааля показано, как на гормональном уровне проявляется поведение, ориентированное на заботу о потомстве, какие отделы мозга отвечают за привязанность пар друг к другу (которая может быть или не быть у биологических особей) и т.д.

Наблюдая за приматами, Вааль, в частности, отмечает: «Малыши как магнитом притягивали к себе молодых самочек, которые всеми правдами и неправдами старались заполучить одного из них в свои маленькие лапки; ради этого они готовы были бесконечно убаживать их матерей при помощи груминга. Каждой самочке приходилось подолгу крутиться вокруг одной из мамаш, пока мать все же не выпускала малыша из рук и не позволяла сделать несколько неуверенных шагов в направлении нетерпеливой няньки. Та подхватывала его и начинала таскать по всему вольеру, переворачивала вниз головой, внимательно рассматривая гениталии, лизала мордочку, расчесывала его со всех сторон — но в конце концов неизменно засыпала, крепко прижав малыша к себе»<sup>2</sup>. Сон длился недолго и был вызван выбросом в кровь гормона окситоцина. После этого «нянька» возвращала малыша матери.

Вааль утверждает, что альтруистическое поведение доставляет приматам удовольствие. В этом смысле оно не связано с каким-то самопожертвованием, подавлением собственных желаний или отказом от них. На этой базе он отвергает целую этическую традицию репрессивного понимания морали, которую

он называет «концепцией лакировки». Она, с его точки зрения, исходит из того, что недобродетельное, плохое в человеке постепенно преодолевается за счет внешних, навязанных ему правил, которые постепенно заставляют его быть моральным. Действительно, многие известные философы, скажем, Платон, Кант, Фрейд (это только наиболее яркие представители), исходили именно из такого понимания. Вместо этого автор отмечает, что в настоящее время понимание человеческого поведения развернулось на 180 градусов. Нейробиологи обнаружили, что в человеческий мозг встроена способность чувствовать боль других. По его оценке, с 2011 г. все стали понимать человека в качестве существа сверхкооперирующегося. «В настоящее время считается, что все в человеке — и тело, и сознание — приспособлено к совместной жизни и к заботе друг о друге и что человек от природы склонен оценивать других по нравственным критериям. Вместо того, чтобы рассматривать нравственность как тонкий налет лоска, теперь утверждают, что она исходит изнутри, что это часть биологии, и такая точка зрения подтверждается многочисленными параллелями, которые можно отыскать у других животных»<sup>3</sup>.

Я приведу здесь только два примера способности приматов к социальному поведению, показавшиеся мне наиболее интересными.

Первый связан с тем, как приматы делятся пищей. В эксперименте шимпанзе предлагается выбрать фишки разного цвета: красную или зеленую. За выбором красной фишки следует получение лакомства. За выбором зеленой фишки следует получение лакомства не только себе, но и другой обезьяне, наблюдающей за действиями первой. После того как обезьяна осознает ситуацию, она начинает выбирать главным образом зеленые фишки (2 раза из 3, в некоторых экспериментах — 9 из 10)<sup>4</sup>.

Второй пример связан с зачатками чувства справедливости. «Мы обнаружили, что чувствительность к справедливости возникает только в связи с какими-то усилиями. Если просто кормить приматов по-разному, никакой негативной реакции с их стороны не будет. Для этого нужно, чтобы пища была вознагражде-

<sup>2</sup> Вааль Ф. де. Истоки морали : В поисках человеческого у приматов. М. : Альпина Нон-фикшн, 2014. С. 76–77.

<sup>3</sup> Вааль Ф. де. Указ. соч. С. 67.

<sup>4</sup> Указ. соч. С. 67.

нием за сделанную работу. Помня об этом, Сара [коллега Вааля. — А. Р.] решила поощрять шимпанзе за выполнение простого задания виноградом и кусочками моркови... Как и ожидалось, получатели моркови отказывались выполнять задания или выбрасывали свою пищу, если видели, что партнер получает виноград»<sup>5</sup>.

С точки зрения Вааля, все это означает, что исходные начала морали представлены у наших предков, у нас они только получают большее развитие в связи с осознанием условий удовлетворения интересов, и, соответственно, можно сказать, что победила «концепция развития морали снизу».

«Нравственный закон не насаждается сверху и не выводится из разумных логических принципов; скорее можно сказать, что он вырастает из прочно укоренившихся ценностей, зародившихся еще в начале времен. Самый фундаментальный из них — эволюционное преимущество жизни в группе. Желание принадлежать к общности, быть вместе, любить и быть любимым заставляет нас делать все возможное, лишь бы сохранить хорошие отношения с теми, от кого мы зависим»<sup>6</sup>.

В принципе, Вааль выводит мораль из эмпатии. Она проявляется на разных уровнях. Он сравнивает эти состояния с русской матрешкой. В основе, на первом уровне, представлена способность чувствовать состояние другого и соответствовать этому состоянию, далее — забота о других (утешение), и наконец — перспективно-целевая помощь<sup>7</sup>.

Способность чувствовать состояние другого в настоящее время связывается с так называемыми зеркальными нейронами, расположенными в лобных отделах мозга (Ризолатти). В действительности речь идет не о каких-то особых нейронах, а о специфической функции мозга. Хотя сами по себе эксперименты Ризолатти вызывают много вопросов, чисто фактически подтверждено, что человек, даже младенец, более того — плод в утробе матери, способен чувствовать другого. В частности, в специальных исследованиях показано, что плод, обладающий чувствительностью, при-

ходит в беспокойное состояние, когда мать говорит на иностранном языке. Тем более способен чувствовать состояние взрослого ребенок. По данным М. Хаузера — уже через час после рождения. «Сразу после рождения, приблизительно в течение одного часа, ребенок, едва способный видеть, может подражать выражению лица взрослого. Подражая мимике и жестуляции, моторная система поддерживает эмоциональную систему. Так, когда ребенок подсознательно подражает выражению лица другого (печаль это или восхищение), он невольно устанавливает сцепление между выражением эмоции и ее переживанием. Следствием этого действия является то, что, когда маленькие дети видят других, испытывающих специфическую эмоцию, они могут одновременно чувствовать нечто подобное. Сочувствие передается как информация, как игра с эмоциональной меткой. Эта форма сопереживания никогда полностью не исчезает, как доказал социальный психолог Джон Барг, назвав ее “эффектом хамелеона”»<sup>8</sup>.

Но более сложный вопрос — что он может сделать, как он может реагировать на воспринятое состояние другого в моральном плане? В самом простом случае — эмитировать такое же состояние у себя. Это уже элементарная форма сочувствия. Неморальным было бы радоваться, когда другой в отчаянии.

Следующая возможность и следующий уровень эмпатического отношения связан с утешением. Во многих случаях это просто прикосновение к другому. Вааль показывает, что для приматов типично собираться группой вокруг того, кто, например, был наказан альфа-самцом и находится в подавленном состоянии. Как показано в исследованиях Вааля, стремление к эмпатическому отношению и развитое на этой базе утешение происходит как автоматическая реакция еще до того, как сознание осознает или могло бы осознать ситуацию другого.

Связано ли, однако, такое утешение с тем, что утешающий получает при этом какую-то радость? Думаю — нет. Скорее он стремится к утешению другого для восстановления

<sup>5</sup> Вааль Ф. де. Указ. соч. С. 331.

<sup>6</sup> Указ. соч. С. 324.

<sup>7</sup> Waal F. de. The Age of Empathy. Phers, 2006. С. 187. (В русском переводе книги «Истоки морали...» те же самые уровни обозначены недостаточно точно).

<sup>8</sup> Хаузер М. Д. Мораль и разум: Как природа создавала наше универсальное чувство добра и зла. М. : Дрофа, 2008. С. 69–70.

стабильности и привычного состояния собственной среды обитания. Во всяком случае, именно такой подход позволяет понять, как подобный механизм мог возникнуть эволюционно. Все эволюционные механизмы (даже нервные реакции), в принципе, развиваются на базе колебания: нарушение равновесия — восстановление равновесия. И, я думаю, именно потому годовалый или двухлетний ребенок, который еще, конечно, не способен мысленно ставить себя на место другого, обнимает плачущую мать. Он стремится вернуть среду его обитания в привычное состояние. По существу, это чисто эгоистическое желание. Моральным оно видится лишь в глазах окружающих. Однако итог — успокоение матери — может порадовать ребенка, и в этом смысле создать основания для его дальнейшего нравственного развития уже на основе позитивной мотивации. Что касается группового поведения, то группа, в принципе, должна действовать как слаженный организм, а это возможно лишь тогда, когда все находятся в одинаковом психическом состоянии.

Наконец, самый сложный, высший тип эмпатического отношения — перспективно-целевая помощь — основан на способности мысленно ставить себя в позицию другого. На первый взгляд, такая способность выглядит загадочной. Действительно, почему я должен сопереживать другому так, как будто я сам нахожусь на его месте? И, скажем, Вл. Соловьев отрицал возможность сострадания на такой основе, заменяя само это понятие понятием «жалость».

Здесь надо сказать, что нейробиологи обычно не утруждают себя рассуждениями о том, как именно эволюционно возникает та или иная эмпатическая способность. Они фиксируют ее лишь на уровне мозговых процессов развитой особи.

Однако эволюционному закреплению любой способности, подтверждению ее на уровне мозговых процессов в виде развития особых отделов мозга или специфических гормонов должно предшествовать повторяющееся в ходе жизни многих поколений поведение. Иначе говоря, чтобы выработался гормон, отвечающий за заботу о потомстве, кто-то должен начать заботиться о своем детеныше на каком-то ином, но достаточно устойчивом основании.

На мой вопрос Патриции Чёрчленд относительно основания повторяющегося устойчивого поведения, заданный после ее выступления на круглом столе, посвященном нейрофило-

софии, на философском факультете 18 июня 2015 г., она ответила, что это определяется генетически. Но в таком случае получается круг в определении: сами мозговые структуры, обуславливающие альтруизм и заботу о потомстве, фиксируются на генетическом уровне и, соответственно, генетически передаются от поколения к поколению. И генетически же обусловлено предшествующее такому эволюционному закреплению повторяющееся поведение.

Понятно, что здесь требуется какое-то иное объяснение. На мой взгляд, эволюционно развиваются сначала не те структуры, которые отвечают за заботу о потомстве, или высоко развитые формы взаимной помощи, а другие психические механизмы, обусловленные задачами ориентации, практического приспособления к действительности в смысле предвосхищения ее будущих состояний, опережающего отражения; мораль же, в своих исходных основаниях, является косвенным следствием такого практического приспособления. Речь идет об опережающем отражении на основе идеальных образов. Способными к развитым формам опережающего отражения на основе идеального образа, а соответственно, и к высшим формам эмпатии оказываются в основном те животные, которые проходят так называемый зеркальный тест, т.е. узнают себя в зеркале. Это говорит о том, что они обладают самосознанием.

Для того чтобы понять этот механизм, надо кратко охарактеризовать природу идеального, в нашем случае — способа ориентации на основе идеального образа. Идеальное — это отнюдь не копия действительности, а способ ее опережающего отражения, основанный на том, что в сигналах головного мозга разыгрывается возможное будущее состояние реальности, отнесенное к определенному моменту времени. Из этих возможностей выбирается наиболее вероятное, которое и становится основанием для практического действия. Например, если волк охотится за зайцем, он должен предположить возможные движения жертвы, оценить расстояние до зайца, оптимальное для прыжка, при этом надо еще оценить рельеф местности, скорость движения в данных условиях и т.д. И как это ни парадоксально, чтобы осуществить подобную интерпретацию мира, надо поставить себя на место другого, т.е. в нашем примере — представить себя зайцем. Возникает вопрос: причем здесь мораль? Раз-

умеется, во время охоты, когда есть доминирующая цель, ни о какой морали речи идти не может. Психика, так же как и сознание, по своей природе эгоистична. Но сознание не всегда находится в актуальном состоянии. Оно может быть приглушено во время отдыха или сна, и вот тут-то мозг, независимо от желания особи, начинает производить моральные представления. Из-за того, что ты на месте другого, ты начинаешь чувствовать, как другой. Тем более это относится к ситуации, когда вполне практически обусловленные механизмы психики начинают распространяться на отношение к особям своего вида, своей группы.

Таким образом, мораль в своих исходных основаниях является как бы нерастворимым остатком вполне практического, эволюционно обусловленного эгоистического поведения. Это проявляется как в плане эмпатического отношения, связанного с утешением, так и при более развитой форме эмпатии, основанной на сострадании. Но далее, конечно, эволюционно могут закрепляться и такие структуры мозга и гормональной регуляции, которые отражают постоянство в отношениях с членами своей группы.

В смысле всего того, что было сказано до настоящего момента, мораль может быть понята как развивающаяся снизу вверх. От элементарных форм альтруистического или внешне напоминающего альтруизм поведения к более развитым формам поведения. Но мы должны осознать и пределы такого понимания морали. Они связаны с таким этапом культурного развития, когда человек начинает ставить перед собой сверхзадачи, когда он в каком-то смысле начинает насиловать свою собственную природу, вовлекая себя во все более и более развитые и все более интенсивные виды социальной деятельности. В некотором смысле он начинает действовать против эволюции, ибо подобная интенсификация не требуется ни для производства полноценного потомства, ни для выживания в условиях традиционной природной среды.

Индивид вовлекается в интенсивные виды деятельности в результате тенденций, проявляющих себя в культуре как новой, самостоятельной сущности. Поэтому интенсивное развитие навязывается индивиду извне. Сам он, как биологическое существо, к интенсивным

видам деятельности не готов. Соответственно, когда мораль выступает формой вовлечения индивида в интенсивные виды культурной деятельности, это именно мораль сверху.

И если античные философы еще призывали человека к умеренности, в том числе в смысле императива: «избегай действий сверх своих сил» (Демокрит), то в христианстве совершенно очевидно ставятся уже совсем другие задачи.

В основе христианской идеи первородного греха фактически лежит косвенно выраженное представление, согласно которому человек должен отказаться от одной природы, греховной (исходной, биологической, неважно, в каких мифологических представлениях это выражено), и сформировать в себе новую природу, освобожденную от греха (фактически — от бесконтрольных желаний, т.е. социальную). Соответственно, мораль формируется в виде надличностных принципов, она предписывает человеку цели его развития, из биологии непосредственно не следующие.

Здесь возникает явный конфликт должного и сущего. Великий христианский мыслитель Аврелий Августин писал, что без телесных наказаний ему самому, в силу лени, никогда не удалось бы выучить ни греческий, ни латынь, ни вообще обрести все те познания, которые оказались необходимыми для дальнейшего развития духа. Анализируя поведение младенца, он, как тонкий психолог, отмечает: «Ребенок стремится удовлетворить свои желания — и наталкивается на непонимание и сопротивление взрослых, вызывающие в нем досаду, горечь и желание отомстить. Первая его реакция на этот мир — это память о нанесенных обидах и озлобление. Он воспринимает окружающую его среду как нечто враждебное: он уже в раздоре с миром и с самим собой. Этот нравственный беспорядок предрасполагает к дальнейшим ошибкам. Поведение ребенка в будущем уже испорчено: оно обусловлено характером его первоначальных столкновений с миром и его темпераментом, а эта обусловленность ведет скорее ко злу, чем к добру»<sup>9</sup>.

Из этого наблюдения можно сделать весьма любопытные выводы: зло, грех фактически оказываются связанными в душе человека даже не с фактом нарушения запрета, а с неправильной реакцией на запрет. Сам же запрет, представленный как требование к поведению ребенка

<sup>9</sup> Аврелий Августин. Исповедь. М., 1991. С. 407.

со стороны взрослых, выражает добро. По сути, здесь заключена очень глубокая проблема, разворачивающаяся в связи с вопросом о том, как происходит самоопределение человека относительно своей собственной природы?

Здесь прежде всего следует сказать, что развитие человеческого индивида по своей сути конфликтно. С одной стороны, каждый стремится быть культурным существом, так как это интересно, привлекательно в смысле развития новых потребностей и совершенствования способов их удовлетворения (что связано с новыми наслаждениями). С другой стороны, этому сопротивляется исходная биологическая природа (лень).

В аспекте возможностей развития человеческой природы эта проблема глубоко осмысливается Э. Фроммом. Он решает ее в поле предложенной им парадигмы авторитарного и гуманистического подходов к пониманию этики типа личности и целей человеческого бытия.

Фромм признает, что вопрос о природе человека сложен. Авторитарные мыслители признают природу человека неизменной. Тезис о бесконечной изменчивости природы человека был с радостью воспринят прогрессивными мыслителями, выступающими против авторитаризма. Но он также породил определенные сложности. Бесконечная изменчивость допускает манипуляцию человеком в смысле навязывания ему культурных паттернов (выражаясь современным языком). Следовательно, ни та, ни другая позиция не может быть принята. В данной связи Фромм отмечает: «Человек — не чистый лист бумаги, на котором культура пишет свои письма; он — существо, наделенное энергией и определенным образом организованное, которое в процессе адаптации вырабатывает специфические ответные реакции на воздействие внешних условий»<sup>10</sup>.

Какой же выход предлагает Фромм для решения данной теоретической дилеммы? Он предлагает исследовать человеческую природу в ее динамике: «Итак, предмет науки о человеке — человеческая природа. Но начинается она не с полного и точного описания того, что есть человеческая природа; более или менее удовлетворительное определение ее предмета —

ее цель, а не исходный пункт, не предпосылка. Ее метод заключается в том, чтобы наблюдать реакции человека и социальные условия и из этих наблюдений индивидуальных человеческих реакций в разных условиях делать заключения о природе человека»<sup>11</sup>.

В данном рассуждении можно увидеть идею двойной детерминации поведения человека, идущей, с одной стороны, от социальных условий его бытия, с другой — от его собственной природы. Однако следует отметить, что позиция Фромма остается во многом созерцательной. Когда же мы говорим о нормативной регуляции, в том числе о воздействии со стороны моральных требований, мы должны определить возможную степень такого воздействия и учесть это в воспитательной практике.

Фромм был против всякого силового воздействия на личность в ходе воспитания. В принципе, он полагал, что создание благоприятных условий для развития личности позволяет ей осуществить полноценный процесс самореализации, т.е. реализовать все свои потенциальные возможности. Если же у человека нет желания самореализоваться в высоком смысле этого слова, это, с точки зрения Фромма, тоже должно быть позволено, скажем, в смысле заботы общества о тех, кто попросту не хочет работать. С позицией Фромма солидаризируются многие другие философы, например такие известные мыслители, как Руссо и Дьюи. Дьюи, в частности, писал, что стоит только отождествить личность и ее интерес — и дилемма свободы и принуждения исчезнет<sup>12</sup>. Однако другие философы выступают с иных позиций.

Сошлюсь здесь на Л. Фейербаха, К. Маркса и Ф. Ницше.

Оценивая историческое значение капитализма с точки зрения условий развития человеческой сущности, К. Маркс писал, что «в качестве безудержного стремления к всеобщей форме богатства капитал гонит труд за пределы обусловленных природой потребностей рабочего и тем самым создает материальные элементы для развития богатой индивидуальности, которая одинаково всесторонняя и в своем производстве, и в своем потреблении и труд которой выступает поэтому уже не как труд, а

<sup>10</sup> Фромм Э. Человек для самого себя // Психоанализ и этика. М. : Республика, 1993. С. 35.

<sup>11</sup> Указ. соч. С. 35–36.

<sup>12</sup> Дьюи Дж. Введение в философию воспитания. М., 1921. С. 61.

как полное развитие самой деятельности... на место обусловленной природой потребности ставится потребность, созданная исторически»<sup>13</sup>. Развитие социальной сущности человека, выражающееся в изменении характера его потребностей, связывается здесь с принуждением к труду. Именно в результате данных общественных условий человек ставится перед необходимостью развития разнообразных интенсивных видов деятельности.

Близкие идеи звучат у Ф. Ницше: «Мы... внимательно и добросовестно относящиеся к вопросу — где и как до сих пор “растение человек” наиболее мощно возрастало в вышину, — полагаем, что это случалось всегда при обратных [неблагоприятных. — А. Р.] условиях, что для этого опасность его положения сперва должна была разрастись до чудовищных размеров, сила его изобретательности и притворства (его “ум”) должна была развиваться под долгим гнетом и принуждением до тонкости и неустрашимости...»<sup>14</sup> Определение условий развития природы человека имеет принципиальное значение для построения педагогической концепции. Дискуссионным в современной педагогике, в частности, является вопрос о том, может ли учебный процесс быть построен исключительно на интересе ребенка, или же для его обеспечения нужна эффективная система стимуляции, включающая элементы принуждения. Некоторые педагоги считают, что принудительное воздействие необходимо. Противоположную позицию занимают философы фрейдистской и неопрейдистской ориентации. Та же позиция, как уже отмечалось, выражена во взглядах прагматиста Дж. Дьюи. Но мы полагаем, что более правы те педагоги, которые отмечают невозможность организации учебного процесса исключительно на познавательном интересе ребенка.

Я полагаю, что непосредственный интерес ребенка к познанию может обеспечить только приобретение поверхностных знаний. Отмеченная выше общеисторическая закономерность развития природы человека через принуждение к труду обязательно должна проявляться и в процессе индивидуального развития личности. Не имея первоначально потребностей к развитым видам общественной деятельности, формирующаяся личность мо-

жет включаться в них только под воздействием определенных общественных требований. Конечно, некоторые социальные потребности развиваются на основе деятельности, совершаемой достаточно свободно. Таковы, например, подражательная, игровая деятельность и т. д. Тем не менее многие виды сложной общественной деятельности (труда, учебы) связаны со значительным напряжением сил, концентрацией воли, т.е. требуют от личности известной степени господства над биологической стороной своей природы. Это достигается за счет развития волевых качеств, переориентации поведения с ближайших на отдаленные результаты. Но последнее возможно только тогда, когда имеется уже достаточно развитая система социальных потребностей и связанных с ними мотиваций.

На начальных этапах развития напряженные виды деятельности не воспринимаются личностью как благо из-за отсутствия потребностей в процессе их осуществления. Решающее значение для включения индивида в такие виды деятельности имеет результат, причем чаще всего внешний по отношению к непосредственной цели, скажем эмоциональная реакция на похвалу со стороны взрослых, удовлетворение престижных потребностей и т.д. Однако в ходе осуществления постоянной однонаправленной активности, овладения способами и навыками, необходимыми для производства соответствующих работ, у личности развиваются новые потребности, отвечающие самому процессу деятельности, взятому в единстве с предметным результатом. Тем самым то, что первоначально предъявлялось личности в виде требования, в должной форме, может затем составить основу ее личного блага. В принципе, возможность такого перехода допускал Л. Фейербах.

Говоря о долге, Фейербах отмечает, что самоограничения по отношению к себе могут возникнуть на основе определенных стремлений к счастью. Например, желая научиться играть на каком-либо музыкальном инструменте, человек должен преодолевать трудности учения. Но то, что само это желание также имеет общественную природу, Фейербах не понимает. Для него долг — это самопреодоление некоторого состояния, вызванного дурным настроением, неожиданным проявлением лени и т.д. Поэто-

<sup>13</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 46. Ч. 1. С. 281.

<sup>14</sup> Ницше Ф. Соч. : в 2 т. М., 1990. Т. 2. С. 275.

му долг все же развивается на базе определенного природного желания, но никак не вопреки ему. «Сколько нужно для того, чтобы сделаться мастером в игре на каком-нибудь инструменте! Какое упорство, какое неустанное прилежание, жертвующее столькими дорогими радостями! Какие скучные упражнения! Какие напряжения мускулов и нервов! И хотя я принялся за этот инструмент только из склонности, как часто я тем не менее играл на нем с отвращением, только по долгу, как часто при дурном настроении посылал его к самому черту! И все же этот инструмент, проклинаясь мною в моменты досады за лишения и муки, которые он взваливал на меня, являлся для меня источником величайшего наслаждения и счастья»<sup>15</sup>. Такая постановка вопроса, связанная с выведением долга исключительно из правильно понятых обязанностей по отношению к самому себе, обедняет его содержание, устраняет критерии блага и добра, идущие от всей совокупности культурных достижений человечества. В этом смысле оно не только бедно из-за отсутствия понимания счастья как стремления к достижению совместно разделенных с другими людьми целей, но и может содержать прямую ошибку. Точно так же, как о долге в смысле самопринуждения в примере с обучением игре на флейте, Фейербах говорит о долге заставлять себя пить хорошее вино. Это, с его точки зрения, позволяет сформировать правильную привычку и в конечном счете приводит к благу. «Даже самое хорошее вино неприятно, если не привыкли к вину вообще или привыкли только к плохому вину»<sup>16</sup>. Вполне понятно, что подобная структура выведения долга из склонности вполне может соответствовать наркотической зависимости и, разумеется, не может быть принята как теоретически оправданная.

Следовательно, для правильного понимания условий развития человека как биосоциального существа необходимо прежде всего учесть нормативные требования общества, в которых отражается опыт существования человечества как коллективного субъекта. Но это не означает, что мы можем произвольно, за счет различных технологий формировать из индивида то, что нужно обществу. Эта утопия, возмущающая наше нравственное чувство, изображена в романе Хаксли «О дивный но-

вый мир». Но дело не только в нравственных оценках. В интересах общества развить у человека именно те способности, которые преобладают у каждого индивида и которые имеют биологические предпосылки.

С нашей точки зрения, в процессе социального формирования и развития личности, конечно, имеет место двойная детерминация развития, стимулируемого и со стороны стремлений самого человека, и со стороны тех объективных условий, которые задает внешний масштаб деятельности, необходимый для обретения истинного блага. Объективно она соответствует реализации принципа дополнительности. Если отбросить идею двойной детерминации и встать исключительно на позицию жесткой социальной детерминации, получатся упрощенные концепции формирования личности вроде программированного обучения Скиннера. При утверждении позиции самодетерминации получают такие определения блага, которые соответствуют идеям философской антропологии, полагающей возможным достижение подлинного самовыражения личности в игровой деятельности. Но в игре человек, желая избежать отрицательных эмоций, идет на снижение интенсивности деятельности, снижая тем самым и силу напряжения своих положительных эмоций. Так что невозможность отказа от внешних детерминант активности при определении блага подтверждается даже таким психологическим аргументом.

Развитие новых, социальных по своей природе потребностей человека происходит вместе с формированием, развитием его общественной чувственности. В основе этого процесса лежит объединение различных по своей природе и силе эмоций в едином ощущении, связанном с данной потребностной ситуацией (т.е. с ситуацией удовлетворения потребности или с представлением о возможности такого удовлетворения). Возможность такого объединения определяется комплексным характером удовлетворения потребностей человека, вытекающим, в свою очередь, из комплексного характера условий детерминации и орудийного характера осуществления общественной деятельности. Одновременная реализация различных способностей субъекта определяет здесь и разнообразие эмоций, сопровождаю-

<sup>15</sup> Фейербах Л. Избранные философские произведения. М., 1955. Т. 1. С. 606.

<sup>16</sup> Указ. соч. С. 613.



щих данную деятельность. При этом одни эмоции могут усиливать другие, придавая процессу восприятия деятельности со стороны субъекта индивидуально неповторимый характер.

В процессе социального становления индивид начинает стремиться к новым эмоциям, связанным с новыми, интенсивными видами труда. Тот же процесс продолжается в течение всей его жизни. В литературе по социальной психологии и физиологии высшей нервной деятельности обсуждался вопрос о том, может ли эмоция быть ценностью. Многие достаточно авторитетные ученые, например П. В. Симонов, настаивают на исключительно переключающей роли эмоций. Позитивная же направленность поведения выводится ими из инстинктов (например инстинкта превентивной вооруженности). Я сейчас не имею возможности подробно анализировать дискуссию по данному вопросу и подчеркну только, что, с моей точки зрения, подобный подход закрывает возможность объяснения свободного совершения сложных, напряженных видов деятельности и не позволяет понять, как же нравственные мотивы бытия связаны с условиями достижения счастья.

Именно понимание эмоции в качестве ценности показывает, что человек может стремиться к интенсивным видам деятельности. Преодолевая препятствия, он испытывает более сильные эмоциональные напряжения и, следовательно, получает более интенсивную, разнообразную и более интересную и более счастливую жизнь. Раскрывать перед каждым отдельным человеком возможности подобного типа развития вполне гуманно. Но сделать это, как мы уже видели, нельзя чисто теоретически. Общество поэтому вправе стимулировать развитие личности, включать ее в интенсивные виды деятельности.

В то же время развитие потребностей личности, осуществляемое благодаря воздействию ценностей и других средств социальной детерминации, не означает, что у человека можно сформировать любое представление о счастье в зависимости от специфического воздействия социальной среды. Поскольку сам исторический процесс не носит произвольного характера, не могут быть произвольны и высшие со-

циальные потребности человека, в конечном счете определяющие его идеи о благе и счастье. Они зависят от тех исторических задач, которые общество в целом и каждый отдельный человек (в большей или меньшей степени) неизбежно решают в процессе своего бытия. Они также определяются некоторыми стандартами потребления, видами досуга, развитыми на базе имеющихся технологий производства, средств коммуникации, транспорта и т.д.

Осмысление проблем развития человеческой природы и условий обеспечения самореализации личности, свободы действий человека в условиях социальной реальности, также неизбежно ограничивающей такую свободу, по сути, и делает актуальной всю моральную проблематику, порождает противостояние добра и зла, о чем упоминает Франц де Вааль, хотя он и не может этого объяснить.

В ходе развития общества создаются морально обусловленные способы воздействия на личность, толкающие ее к интенсивному развитию, и правовые гарантии, обеспечивающие общественно обусловленные условия такого развития в смысле обеспечения прав человека на образование, культурное развитие, гарантий неприкосновенности личных результатов его деятельности в смысле обеспечения прав собственности, в том числе — интеллектуальной.

Все это делает крайне актуальной разработку правовой проблематики, осмысление правил морально оправданной деятельности государственных институтов и критериев эффективности их работы. Основанный на идеях анархизма подход Кропоткина в этой связи, конечно, не может быть принят полностью. Это хорошо показывает Р. Нозик в своей книге «Анархия, государство, утопия». Тем не менее отдельные идеи Кропоткина могут быть очень высоко оценены и практически применены к некоторым областям общественной жизни человека и видам его деятельности, в частности к процессу развития институтов гражданского общества, формированию и развитию самоуправляющихся творческих коллективов, особенностям современного сетевого общения людей.

А. В. Прокофьев\*

## ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ЭВОЛЮЦИОННОГО АРГУМЕНТА В НОРМАТИВНОЙ ЭТИКЕ: PRO ET CONTRA

### СПОР О НОРМАТИВНОМ ЗНАЧЕНИИ ВЫВОДОВ ЭВОЛЮЦИОННОЙ ТЕОРИИ

В центре внимания в данной статье будет находиться тезис о том, что исследование эволюционных корней морали заведомо безразлично (или нейтрально) по отношению к нормативной этике. Это утверждение часто воспроизводится в современной этической мысли в разных контекстах и с разным отношением к такой нейтральности. К примеру, в теоретической перспективе, заложенной Дж. Э. Муром, любые попытки перейти от анализа укорененности моральных требований в биологической природе человека к утверждению, что они должны исполняться всеми, или к доказательству того, что одни принципы морали точно выражают нравственный долг, а другие нет, являются нарушением фундаментальных правил этического исследования. От рассуждения о том, что «есть» и «было», никак нельзя перейти к рассуждениям о том, что мы должны делать. Привнесение аргументов от эволюционной истории человечества в нормативно-этическое рассуждение выступает как одна из форм натуралистической ошибки и поэтому находится под запретом<sup>1</sup>.

Та же самая мысль может быть выражена не в форме утверждения об изначальной порочности попыток увязать эволюционную этику и нормативное этическое рассуждение, а в форме сожаления по поводу их заведомой неудачи. Так, американский философ К. Корсгаард не только не осуждает поиск подлинно-

го содержания нравственного долга, но даже рассматривает в качестве центральной задачи этики решение так называемого нормативного вопроса. Нормативный вопрос будет решен, если этикам удастся создать такое объяснение моральных ценностей и принципов, которое одновременно являлось бы их убедительным обоснованием. Другими словами, К. Корсгаард убеждена, что обсуждение истоков нравственной нормативности может и должно убеждать нас в ее обязывающей силе, а также корректировать наше представление о ее содержании. Проблема лишь в том, что эволюционная этика лишена такого потенциала. Она проясняет фактический генезис морали, но ничего не может сказать моральному субъекту в ситуации выбора им наилучшего поступка. Эволюционно-генетические и социально-регулятивные теории морали, замечает К. Корсгаард, к сожалению, не могут совместить «объяснительную» и «обосновательную» адекватность<sup>2</sup>. В этом они уступают концепциям, апеллирующим к независимому существованию ценностей или к имманентным потребностям человеческой практики. Поэтому основными героями ее работы «Истоки нормативности», вызвавшей горячую полемику в англо-американской этической мысли, оказываются С. Пуфендорф, С. Кларк и, конечно, И. Кант, но никак не Г. Спенсер, Ч. Дарвин или П. А. Кропоткин.

Однако ни убежденным метаэтикам — наследникам Дж. Э. Мура, ни К. Корсгаард не удалось поставить точку в вопросе о нормативном значении исследований в области биологиче-

<sup>1</sup> Прообраз этого рассуждения содержится во второй главе «Принципов этики» Дж. Мура «Натуралистическая этика» (см.: Мур Дж. Э. Принципы этики // Мур Дж. Э. Природа моральной философии. М., 1999. С. 74–85).

<sup>2</sup> Korsgaard C. M. Sources of Normativity. Cambridge, 1996. P. 14–16.

© Прокофьев А. В., 2016

\* Прокофьев А. В., доктор философских наук, ведущий научный сотрудник сектора этики Института философии РАН

ской эволюции, в частности эволюции человека. Об этом ярко свидетельствует оформление в последние 10 лет в современном утилитаризме теоретического проекта, который, по мнению его разработчиков, заставляет данные об эволюционном прошлом человека работать в качестве аргумента в пользу одной из нормативно-этических позиций. Пользуясь языком метаэтики, этот проект преодолевает разрыв между «есть» и «должен». Именно рассуждение об эволюционных истоках разных моральных требований в его рамках должно способствовать выбору между ними. Широко известный этик-утилитарист П. Сингер в своей программной статье 2005 г. «Этика и интуиция» и менее известный шведский исследователь Т. Тансье в книге 2015 г. «Лишение жизни: Три теории в этике убийства» представили обращение к эволюционной истории человечества как важную часть своей критики деонтологической этики<sup>3</sup>. Для того чтобы прояснить логику этого проекта, необходимо сделать несколько предварительных замечаний об общем теоретическом контексте проекта П. Сингера и Т. Тансье.

## УТИЛИТАРИЗМ VERSUS ДЕОНТОЛОГИЯ

Противостояние утилитаризма и этики деонтологического типа задано прежде всего различным отношением теоретиков к вопросу о том, какую роль играют последствия определенного действия при решении вопроса о его моральной правильности или неправильности. Утилитаризм настаивает на том, что именно характер последствий легитимизирует и делегитимизирует поступки или правила. Если действие приводит к такой ситуации, в которой достигается максимально возможный перевес блага над злом, то оно имеет нравственную санкцию, является должным или по крайней мере морально одобряемым. При этом в качестве блага, количество которого в мире призван увеличивать любой стремящийся к нравственному совершенству человек, утилитаризм рассматривает счастье, удовольствие или удовлетворение предпочтений. Так

как условием любого из этих позитивных явлений служит жизнь, то утилитарист считает обязательным обеспечивать сохранение жизни. В большинстве ситуаций, в которых приходится действовать моральным субъектам, от их поступков зависят удовольствие, счастье или удовлетворение предпочтений не одного человека, а многих людей, и редко обстоятельства складываются так, что одним и тем же действием можно способствовать благу всех затронутых лиц или всех затронутых лиц в равной мере. В силу этого утилитаризм вынужден разрабатывать такие принципы действия, которые не парализуют моральную деятельность, позволяя осуществлять выбор между потерями и приобретениями разных людей, включая самого деятеля. В упрощенном виде нормативную программу утилитаризма можно свести к двум положениям:

- 1) суммируй все продвигаемые или нарушаемые твоими потенциальными действиями интересы (причиняемые ими удовольствия и страдания, а также жизни, которые в их результате будут потеряны или спасены) и выбирай то действие, которое обеспечивает наибольшую сумму;
- 2) при суммировании соблюдай строгую беспристрастность — интересы одного человека должны для тебя иметь такой же вес, как и интересы другого<sup>4</sup>.

Этика деонтологического типа настаивает на том, что суммирование интересов, переживаний, жизней не может решить вопрос о содержании нравственного долга в конкретной ситуации. Ее представители считают, что такое суммирование либо вообще недопустимо, либо должно осуществляться в рамках жестких внешних ограничений, заставляющих морального субъекта не обращать внимание на последствия (не только для себя, но и для других). В качестве внешних ограничений выступают некие однозначные требования (преимущественно запреты), исполнение или неисполнение которых можно определить по самой форме поступка. Так, убийство, ложь, прелюбодеяние могут быть идентифицированы без анализа их ближайших и отдаленных результатов.

<sup>3</sup> См.: *Singer P. Ethics and Intuitions // Journal of Ethics. 2005. Vol. 9. № 3–4. P. 331–352 ; Tannsjo T. Taking Life : Three Theories on the Ethics of Killing. Oxford, 2015.*

<sup>4</sup> Общий обзор нормативной этики утилитаризма см.: *Mulgen T. Understanding Utilitarianism. Stocksfield Hall, 2007 ; Bykvist K. Utilitarianism: a Guide for the Perplexed. L., 2010 ; Eggleston D., Miller D. E. (eds.). Cambridge Companion to Utilitarianism. Cambridge, 2014.*

Если форма поступка такова, что она указывает на его запрещенный характер, то уже не имеет значения, увеличивает ли этот поступок общее количество блага в мире или нет, его все равно нельзя совершать. Даже если огромное количество людей станут несчастны либо погибнут в итоге подобного самоограничения. Как правило, запреты защищают интересы и достоинство какого-то отдельного человека (того, кого при их нарушении могли бы убить или обмануть), и эта защита распространяется не только на те случаи, когда убийство или ложь приносят убийце или лжецу личную выгоду, но и на те, в которых такие действия могли бы стать инструментом реализации самых возвышенных альтруистических мотивов. Характер безусловно запрещенных поступков в разных деонтологических концепциях различен (они часто не сходятся в том, что есть убийство или ложь), но общая структура, предполагающая полное или частичное пренебрежение благотворными последствиями действий, едина.

Одним из главных пробных камней в споре современного утилитаризма с современной деонтологической этикой является их реакция на целый кластер воображаемых ситуаций, которые являются вариациями предложенного Ф. Фут кейса «Трамвай» (trolley). В центре внимания этиков находится соотношение двух базовых случаев: собственно «Трамвай» и «Пешеходный мост». В первом случае у стоящего у стрелки прохожего есть возможность спасти пять человек от движущегося на них трамвая, но достигнуть этого можно, только заплатив высокую цену: перенаправив трамвай в сторону одного человека, который при этом неминуемо погибнет. Во втором случае спасти пятерых от движущегося трамвая можно лишь сбросив на рельсы прохожего, идущего над ними по пешеходному мосту. Падение его тела остановит движение трамвая. Для того чтобы исключить для действующего лица возможность принести в жертву самого себя, вводится предположение, что сбрасываемый на рельсы человек очень массивен, а потенциальный

спаситель, напротив, очень легок, и падение его тела трамвай не остановит. Другое обозначение этого мысленного эксперимента — «Толстый человек»<sup>5</sup>.

Многие сторонники деонтологической этики полагают, что в первом случае спасение пяти человек или допустимо (то есть переключение/непереключение стрелки находится в сфере произвольных, предельно индивидуализированных решений человека), или даже обязательно, а во втором случае — абсолютно недопустимо. Основанием этого вывода служат именно те принципы, которые не сводятся к суммированию потерь и приобретений всех заинтересованных лиц, а в некоторых ситуациях — прямо его запрещают. Попытки выявить содержание моральных требований, определяющих оценку действий спасителя в мысленных экспериментах «Трамвай» и «Пешеходный мост», ведут исследователей в разных, хотя и не расходящихся категорически направлениях.

Одни полагают, что различия в оценке связаны с запретом на совершение намеренных действий, влекущих вред другому человеку. Тогда отношение к толстому прохожему на пешеходном мосту следует рассматривать как нарушение безусловного запрета на намеренное убийство, а причинение смерти человеку, стоящему в тупике, — как своего рода ненамеренное убийство, то есть причинение смерти, не входящее в замысел поступка. Данное понимание границ между намеренным и ненамеренным поведением предложил еще Фома Аквинский в «Сумме теологии», и оно стало важным основанием моральной теологии католицизма, получив название «доктрина двойного эффекта». На сегодняшний день эта доктрина используется вне специфического теологического контекста в биоэтике, этике чрезвычайных ситуаций и теории справедливой войны<sup>6</sup>.

Другие представители деонтологической этики формулируют требования, приостанавливающие подсчет спасенных и потерянных жизней, вне зависимости от вопроса о намеренности действий. Они полагают, что такие

<sup>5</sup> Случай «Трамвай» появляется в работе Ф. Фут, посвященной проблеме аборта (*Foot P. The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect // Oxford Review. 1967. № 5. P. 5–15*). Случай «Пешеходный мост» предложен Дж. Дж. Томсон (*Thomson J. J. Killing, Letting Die, and the Trolley Problem // Monist. 1976. Vol. 59. P. 204–217*).

<sup>6</sup> Анализ историко-философских и нормативных аспектов доктрины двойного эффекта см.: Прокофьев А. В. Моральный абсолютизм и доктрина двойного эффекта в контексте споров о допустимости применения силы // *Этическая мысль. 2014. Вып. 14. С. 43–64*.

принципы запрещают определенное обращение с жертвой. Для них дело не в намерении, а в самом по себе отношении к другому, которое влечет за собой специфические, особенно тяжелые потери. Столкнуть толстого человека с моста — значит отнести к нему инструментально, пользуясь кантовским лексиконом, как к средству достижения цели. Несмотря на оправданность и возвышенность цели, такое отношение недопустимо по определению, оно представляет собой заведомое неуважение к его человеческому достоинству. Потеря жизни дополнена в этом случае потерей неприкосновенности личности. Тот же, кто по случайности оказался в тупике, средством достижения цели не является, и значит, неуважение к его человеческому достоинству отсутствует<sup>7</sup>.

## НОРМАТИВНАЯ ЭТИКА И МОРАЛЬНОЕ ЧУВСТВО

Позиция деонтологической этики оказывается созвучна способам оценки драматических ситуаций, подобных случаям «Трамвай» и «Пешеходный мост», со стороны обладателей живого морального опыта — того, что психологи в последние годы называют «народными моральными суждениями» (убеждениями) или попросту «моральным чувством». В качестве синонима используется также понятие «моральная интуиция». Когда исследователи предлагают респондентам поставить себя на место потенциального спасителя пятерых человек из этих мысленных экспериментов или просто оценить совершенное спасителем действие, то они получают следующую картину. Несмотря на определенные расхождения показателей в разных культурных ареалах, существенное большинство испытуемых считают допустимыми действия спасителя в ситуации «Трамвай» и недопустимыми в ситуации «Пешеходный мост». Две оказавшихся в меньшинстве группы включают людей, которые либо не готовы

причинять смертельный вред ни при каких условиях, либо готовы делать это в любых случаях, если последствия достаточно хороши. При этом большинство, поддерживающее позицию этиков-деонтологов, оказалось неспособным сформулировать в общем виде те требования, которые заставляют их именно так оценивать предложенные ситуации. Его представители настаивали на правильности своих оценок в силу некоего непреодолимого внутреннего чувства правоты. При предъявлении им формулировок, соответствующих доктрине двойного эффекта, они с готовностью «узнавали» принципы, лежавшие в основе их выбора<sup>8</sup>.

В свете этих данных деонтологическая этика (исключая ее радикальные версии, подобные этике ненасилия) предстает как развернутый теоретический комментарий к моральному чувству — способ его прояснения и обоснования. Этики-деонтологи понимают это и часто избирают такую исследовательскую методологию, которая включает в качестве важного, если не центрального, пункта работу с интуитивными суждениями. Вслед за тезисом о необходимости доверия к моральному чувству они выдвигают тезис о необходимости выявления и согласования порожденных им интуитивных оценок. Одним из проявлений этого подхода является метод рефлексивного равновесия, предложенный принципиальным критиком утилитаризма — Дж. Ролзом — и подхваченный многими специалистами по нормативной и прикладной этике. Метод предполагает «челночное движение» между теоретически формулируемыми принципами и «нашими убеждениями о справедливости», в ходе которого изменяются как принципы, так и убеждения. Достижение точки равновесия между ними, в которой принципы точно объясняют интуитивные суждения по вопросам справедливости, а интуитивные суждения не противоречат принципам, означает, что задача нормативной этики временно решена<sup>9</sup>. Другим примером

<sup>7</sup> Подробнее об этой нормативной логике см.: Прокофьев А. В. Выбор в пользу меньшего зла и проблема границ морально допустимого // Этическая мысль : ежегодник. Вып. 9. М., 2009. С. 131–137.

<sup>8</sup> См., напр.: Hauser M., Cushman F., Young L., et al. A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications // *Mind and Language*. 2007. Vol. 22, No. 1. P. 1–21; Huebner B., Hauser M. D., Pettit Ph. How the Source, Inevitability and Means of Bringing About Harm Interact in Folk-Moral Judgments // *Mind & Language*. 2011. Vol. 26. No. 2. 210–233; Ahlenius H., Tannsjo T. Chinese and Westerners Respond Differently to the Trolley Dilemmas // *Journal of Cognition and Culture*. 2012. Vol. 12. P. 195–201. См. также: Хаузер М. Мораль и разум. Как природа создавала наше универсальное чувство добра и зла. М., 2008. С. 173–236.

<sup>9</sup> Ролз Дж. Теория справедливости. Новосибирск, 1995. С. 33.

взаимодействия деонтологической этики и моральной интуиции служит методология еще одного критика утилитаризма — Ф. Кэмм. Она рассматривает частные интуиции как своего рода эмпирическое подтверждение теоретических обобщений по поводу принципов. Возможна лишь незначительная их коррекция, если между ними обнаруживаются слишком серьезные противоречия. В целом же уровень доверия интуитивным суждениям должен быть очень высок. «Я должна признать, — замечает она, — что если я обнаруживаю принцип, который, по видимости, объясняет мои суждения по поводу определенного случая и при этом моей первой реакцией на данный принцип оказывается вопрос: “Как *это* может иметь какое-то значение?”, то моей следующей реакцией бывает: “Я должна поразмышлять об этом глубже, потому что, похоже, я что-то упустила”»<sup>10</sup>.

С точки зрения утилитаристов, напротив, моральному чувству не стоит слишком доверять. В случае «Трамвай» оно дает ответ, который вполне соответствует результатам рационально-теоретического анализа нравственных ценностей и норм. Усредненный обладатель нравственного чувства реагирует на ситуацию как убежденный утилитарист и совершает выбор, способствующий сохранению большего количества человеческих жизней. А вот в случае «Пешеходный мост» его реакцию нельзя расценить иначе, как своего рода иррациональный предрассудок: он вносит в число фундаментальных моральных разграничений нечто, не имеющее к морали никакого отношения. И упорствует в своем заблуждении, ссылаясь при этом исключительно на внутреннюю убежденность. В этой связи ключевая задача нормативной этики — показать необоснованность деонтологических разграничений и объяснить их появление в качестве совсем не случайной, но от этого не менее грубой ошибки. Для П. Сингера выявление истоков деонтологических убеждений имеет хотя и важную, но все же вспомогательную роль. Ведь он полагает, что мы способны фиксировать предельно общие нормативные аксиомы морали не-

посредственно, не отталкиваясь при этом от частных убеждений. А вот для Т. Тансье, который пользуется в целом той же методологией, что и Ф. Кэмм, вопрос о происхождении неутилитаристских убеждений — однозначно ключевой. Т. Тансье полагает, что утилитаризм в разных его модификациях позволяет объяснить все интуитивные суждения или хотя бы их подавляющее большинство<sup>11</sup>. Для него анализ интуиций, так же как и для Ф. Кэмм, является способом верификации утилитаристской этики. Поэтому антиутилитаристская реакция морального чувства на случай «Пешеходный мост» выглядит для него как досадное затруднение на пути обоснования утилитаризма. И он надеется, что обращение к вопросу о генезисе этой реакции может снять проблему. Если, конечно, ее генезис окажется таков, что апелляция к нему не поддержит, а разрушит репутацию безусловных деонтологических запретов.

## ОТ НЕЙРОЭТИКИ К ЭВОЛЮЦИОННОЙ ТЕОРИИ

Именно в этой точке анализ эволюционных корней морали и начинает для утилитаристов вплетаться в работу по построению рационально обоснованной системы нравственных требований. Причем первый шаг, предпринимаемый ими, ведет даже не в сторону самой по себе теории эволюции или социобиологии, а в сторону нейропсихологии. П. Сингер и вслед за ним Т. Тансье обращаются к результатам экспериментов нейтроэтика Дж. Грина, проведенных им в соавторстве с другими исследователями. Дж. Грин сравнил разные параметры мозговой деятельности людей, которые отвечают на вопросы, связанные с «проблемой трамвая»<sup>12</sup>. И тех, кто находится в большинстве, говоря «да» в первом случае и «нет» — во втором. И тех, кто отвечает в обоих случаях «нет». И тех, кто принимает утилитаристскую позицию и готов спасти большинство в любой ситуации. Ключевые результаты экспериментов были таковы. Респонденты, принимавшие антиутилитаристское решение, делали это предельно быстро, а те, кто выби-

<sup>10</sup> In Search of the Deep Structure of Morality. An Interview with Frances Kamm // Voorhoeve A. (ed.) Conversations on Ethics. N. Y., 2009. P. 29.

<sup>11</sup> См.: *Tannsjo T. Taking Life : Three Theories on the Ethics of Killing.* P. 1–18.

<sup>12</sup> Так в литературе принято называть все исследовательское пространство, связанное с эмпирическим и нормативно-теоретическим анализом мысленных экспериментов, касающихся спасения большинства.

рал спасение большинства — с существенной задержкой. Время, согласно Дж. Грину, требовалось им по двум причинам. Во-первых, для развертывания во внутреннем плане некоего рассуждения от общих нормативных посылок к выводам, касающимся конкретной ситуации. Респондент-утилитарист или респондент, который допускает возможность в конкретном случае применить утилитаристскую логику, сначала формируют нейтральное описание определенной ситуации, а потом проецирует на него какой-то общий принцип, придающий ей моральную значимость. Респондент-деонтолог или респондент, который применяет деонтологическую логику для некоторых, избранных практических контекстов, воспринимают ситуацию как изначально морально заряженную и сразу же реагируют на ее нравственное качество однозначным «нельзя». Во-вторых, задержку ответа порождает необходимость подавления автоматических реакций, мощных эмоциональных стоп-сигналов, затрудняющих причинение вреда другому человеку. Даже закоренелые утилитаристы сталкиваются с их действием и должны преодолевать возникающую в этой связи внутреннюю раздвоенность. Кроме того, Дж. Грин установил, что антиутилитаристское решение сопровождалось активностью зон мозга, отвечающих за эмоции, а утилитаристское — тех зон, которые отвечают за рациональное рассуждение (когнитивную деятельность)<sup>13</sup>. Дж. Грин не случайно назвал работу, дающую философскую интерпретацию его собственным эмпирическим находкам, «Тайная шутка Кантовой души». Если принять точку зрения Дж. Грина, то гиперрационалистическая и суперрефлексивная концепция И. Канта неосознанно отражает результаты работы эмоциональных и интуитивных механизмов человеческой психики.

Уже сам Дж. Грин предложил определенную эволюционную гипотезу, объясняющую полученные им экспериментальные данные. В рамках этой гипотезы утилитаристская логика представляет собой более позднее эволюционное образование. А наиболее древним

и автоматически действующим механизмом морального опыта являются непосредственные реакции: «нельзя», «запрещено», «табу», лежащие в основе деонтологической этики. При этом формирование автоматических стоп-сигналов связано со специфическими особенностями угроз групповой солидарности и, значит, групповому выживанию, существовавших на ранних этапах эволюционной истории человечества. Ситуация давно существенно изменилась, а эмоциональные реакции остались теми же. Деонтологическая этика, таким образом, выступает как форма оправдания и апологии эволюционной ригидности.

В более полном изложении картина, предложенная Дж. Грином, такова. Мы наделены системой автоматического негативного реагирования на те формы насилия, которые особенно важны для примитивной группы гоминидов, то есть на причинение смерти кому-то из своих при непосредственном контакте с ним («up close and personal violence»). Такие реакции в нас настолько сильны, что рациональное утилитаристское рассуждение просто не может включиться в процесс принятия решений. Именно это мы видим в случае «Пешеходный мост». А там, где насилие безлично и дистанцировано, столь же мощные стоп-сигналы эволюционно не сформировались, поскольку для наших предков вопрос регулирования такого насилия не мог стоять на повестке дня в качестве центрального. Грубо говоря, первобытный человек не убивал своих сородичей с помощью трамваев, перенаправляемых на стрелке. Он делал это в тесной схватке со своим оппонентом, используя кулаки и простейшие орудия. В итоге эмоциональная реакция на дистанцированное насилие у его наследников оказывается не столь сильной. Она оставляет просвет для утилитаристского рассуждения, которое в итоге побеждает. Что и наблюдается в случае «Трамвай»<sup>14</sup>. Деонтологическая этика принимает эту ситуацию как данность, ищет ее глубинный рациональный смысл, не видя внешних по отношению к моральным ценностям причин ее возникновения. Сам Дж. Грин

<sup>13</sup> См.: *Greene J. D., Sommerville R. B., Nystrom L. E., et al.* An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment // *Science*. 2001. Vol. 293. P. 2105–2108 ; *Greene J., Haidt J.* How (and Where) Does Moral Judgment Work? // *Trends in Cognitive Sciences*. 2002. Vol. 6. № 12. P. 517–523 ; *Greene J. D.* The Secret Joke of Kant's Soul // *Sinnott-Armstrong W. (ed.)*. *Moral Psychology*. Vol. 3 : *The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development*. Cambridge, 2008. P. 35–80.

<sup>14</sup> *Greene J. D.* The Secret Joke of Kant's Soul. P. 43–44.

не рассматривает эту аргументацию в качестве способа разрешить спор деонтологии и утилитаризма в пользу последнего. Он понимает, что деонтологическая этика предстает в свете его исследований как изощренная *ad hoc* аргументация, пытающаяся случайным психологическим и эволюционным факторам придать решающее нормативное значение. Но это не свидетельствует, с его точки зрения, в пользу правоты ее философских оппонентов. Иного мнения придерживаются сами утилитаристы.

П. Сингер в этой связи замечает: «Очень мало смысла в том, чтобы строить моральную теорию, строго соответствующую тем продуманным моральным суждениям, которые сами возникли в ходе эволюции как ответ на то особое положение, в котором мы и наши предки находились в период своего эволюционного становления в качестве общественных млекопитающих, приматов и, наконец, людей»<sup>15</sup>. Единственная альтернатива состоит в поиске общих «этических аксиом», то есть «утверждений, обладающих действительной ясностью и достоверностью». Среди них присутствует следующий тезис: хотя причинение смерти есть зло, но вынужденное причинение смерти одному человеку лучше, чем смерть многих<sup>16</sup>. Т. Таннсье также близок к этому выводу. Он рассматривает негативные реакции на контактное насилие в качестве своего рода моральной эвристики, но, как известно, любая эвристика — это полезное упрощение, которое годится для многих, но не для всех случаев<sup>17</sup>.

## ОСНОВАНИЯ ДЛЯ СКЕПСИСА В ОТНОШЕНИИ УТИЛИТАРИСТСКОГО ПРОЕКТА

Существует целый ряд причин для скепсиса по поводу утилитаристского теоретического проекта. Назову лишь три возможных контраргумента против него.

1. Разница случаев «Трамвай» и «Пешеходный мост» не соответствует различию между контактным и дистанцированным применением силы. Самая простая иллюстрация этого факта состоит в том, что мы можем легко представить себе дистанцированные способы столкновения человека с моста (например,

посредством механизма, открывающего под ним люк, активация которого производится на сколь угодно дальнем расстоянии). И это не изменяет негативную квалификацию действия обладателями общераспространенного морального чувства. Таким образом, моральное чувство реагирует не столько (или не только) на персонализированность и пространственную близость потенциального насильственного действия, сколько на причинно-следственную структуру ситуации. Его реакция вполне может быть необоснованной, но определяется явно не только эволюционными факторами.

2. «Моральные аксиомы» П. Сингера не избегают той же участи, что и деонтологические разграничения его оппонентов. Они тоже могут быть представлены как требования, не имеющие морального значения и связанные исключительно с ситуативными потребностями эволюции человека. Так, требование «всегда спасай пятерых за счет гибели одного» можно рассматривать как оптимальную стратегию выживания малой группы. И значит, не исключено, что именно генетическое наследие тех времен, когда человек жил малыми группами, скрывает от нас какие-то подлинные аксиомы морали, например, что потеря одной жизни так же трагична, как потеря множества жизней, или что любое причинение вреда другому человеку находится под абсолютным запретом. Это обстоятельство не свидетельствует в пользу утилитаристской позиции или против нее, но оно явно выбивает из рук утилитаристов такое оружие, как аргумент от эволюции человека.

3. Экспериментальные данные Дж. Грина, возможно, не безупречны. Во всяком случае, существуют психологические факты, которые не подтверждают его выводы о локализации в мозге и об эволюционном возрасте различных психологических механизмов морали. Например, об этом свидетельствуют исследования воздействия алкоголя на решение задач, связанных с «проблемой трамвая». Согласно их результатам, пьяные люди проявляют себя гораздо большими утилитаристами, чем трезвые, хотя алкоголь известен как средство раскрепощения эмоциональных импульсов и самых архаических слоев человеческой психики. Это означает, что приписывание утилитаристской

<sup>15</sup> *Singer P.* Op. cit. P. 348.

<sup>16</sup> *Singer P.* Op. cit. P. 350.

<sup>17</sup> *Tannsjo T.* Taking Life: Three Theories on the Ethics of Killing. P. 72.





логике принятия решений статуса эволюционного новообразования и проявления освобожденной от ослепляющих эмоций моральной рациональности оказывается под сомнением вместе со всеми далеко идущими теоретическими обобщениями, опирающимися на него<sup>18</sup>.

Таким образом, судьба утилитаристского проекта П. Сингера и Т. Тансье является серьезным, хотя и сугубо негативным подтверждением тезиса о нейтральности данных эволюционной биологии по отношению к спорам в нормативной этике.

<sup>18</sup> Duke A. A., Bègue L. The Drunk Utilitarian: Blood Alcohol Concentration Predicts Utilitarian Responses in Moral Dilemmas // *Cognition*. 2015. Vol. 134. P. 121–137.

Е. Е. Богданова\*

## ПРИНЦИП ДОБРОСОВЕСТНОСТИ: СООТНОШЕНИЕ ПРАВОВЫХ И НРАВСТВЕННЫХ АСПЕКТОВ

Согласно ст. 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

Изложенная редакция ст. 1 ГК завершает дискуссию относительно включения в законодательство РФ принципа добросовестности, но не разрешает проблемы установления содержания данного принципа.

Установление содержания добросовестности оказалось весьма сложной проблемой не только для отечественных цивилистов, но и для ученых других стран. В частности, английский исследователь Р. Гуд (R. Goode) отмечал, что «мы в Англии полагаем трудным принять общую концепцию добросовестности, мы не знаем на самом деле, что это означает»<sup>1</sup>. Р. Гуд также указал, что добросовестность есть «неопределенное понятие справедливости, которое делает судебные решения непредсказуемыми»<sup>2</sup>. Австралийский автор Б. Зеллер (B. Zeller) в результате своего исследования пришел к выводу, что добросовестность, несмотря на ее «кажущуюся простоту», является неуловимым понятием<sup>3</sup>.

Сложность проблемы добросовестности обусловлена прежде всего тем, что добросовест-

ность отражает некую систему представлений, сложившихся в обществе, о нравственном поведении субъекта права в гражданском обороте, то есть при приобретении, осуществлении и защите права, а также при исполнении обязанности.

Обсуждая вопрос о нравственности поведения конкретного лица, следует руководствоваться тем, как нравственность понимается обществом. На этическую природу добросовестности в свое время указывал профессор П. Эльцбахер. В частности, он писал: «Вопрос о том, противоречит ли известный способ действий добрым нравам, есть вопрос этического характера...»<sup>4</sup> Философы при этом утверждают, что различие морального и аморального, нравственного и безнравственного в обществе основывается на категориях этики: добра и зла<sup>5</sup>. «В понятии добра отражается в виде абстрактной моральной идеи о том, что должно быть и заслуживает одобрения; люди выражают в понятии добра свои наиболее общие интересы, пожелания, надежды на будущее... Зло как понятие морального сознания выражает представление о безнравственном, о том, что противоречит требованиям морали, заслуживает осуждения. Зло является общей абстрактной характеристикой отрицательных моральных качеств, таких как жестокость, ненависть, порок, насилие, предательство, жадность, ску-

<sup>1</sup> Goode R. The Concept of «Good Faith» in English Law // URL: <http://www.cnr.it/CRDCS/goode.htm>.

<sup>2</sup> Goode R. Op. cit.

<sup>3</sup> Zeller B. Good faith — The Scarlet Pimpernel of the CISG // URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html>.

<sup>4</sup> Цит. по: Сливцкий В. И. Право на честное к себе отношение (из уроков западноевропейской гражданско-правовой жизни) // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти проф. Г. Ф. Шершеневича. М., 2005. С. 489.

<sup>5</sup> Голубева Г. А. Этика : учебник. М., 2007. С. 130.

© Богданова Е. Е., 2016

\* Богданова Е. Е., доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

пость... При помощи понятий добра и зла люди дают оценку поступкам человека, моральным качествам личности, взаимоотношениям людей, состоянию общества в целом»<sup>6</sup>.

В этой связи показателен случай из практики немецких судов, приведенный В. И. Сливицким в своей работе «Право на честное к себе отношение...».

Один субъект задался целью приобрести за бесценок для фирмы, участником которой он являлся, заложенную ему (за 23 тыс. марок) землю с мельницей. План его заключался в том, чтобы создать для собственника заложенной недвижимости непреодолимые денежные затруднения и дожидаться продажи ее с публичных торгов. С этой целью он подговорил своего компаньона по фирме, много лет арендовавшего участок, о котором идет речь, прекратить платежи и наложить арест на внесенные в виде залога деньги. После этого искусно поддержав распространившиеся слухи о пошатнувшихся делах собственника, он повлиял на то, что два кредитора последнего поспешили обеспечить свои требования по обязательствам наложением ареста на имущество землевладельца. Далее, когда для собственника представлялся удобный случай поправить свои дела и выпутаться из долгов через выгодную продажу части упомянутого участка, заложенного, кроме того, другому лицу, залогодержатель путем сложной интриги помешал ему освободить нужную часть земли от залога и тем самым расстроил наладившуюся было сделку.

Устроив еще целый ряд подходов на строго юридических основаниях, он выждал, наконец, момент предъявить закладную к взысканию до срока, отказавшись от получения своевременно высланных ему процентов по закладной под тем предлогом, что в присланной сумме оказалось серебра больше, чем на 20 марок, а по Имперскому монетному уставу платежи серебром обязательны к приему только до 20 марок. В конце концов землевладелец потерял кредит; земельный участок стоимостью в 74–75 тыс. марок был назначен в продажу и куплен с торгов компаньоном залогодержателя за 50 тыс. марок. Нужно еще добавить, что

когда нашелся покупатель, пожелавший принять участие в торгах, залогодержатель вошел с ним в соглашение, взяв с него обязательство не участвовать в торгах.

Когда после всего произошедшего дело дошло до денежных расчетов и залогодержатель предъявил исковое заявление о приходящихся на его долю 23 тыс. марок, бывший собственник представил к зачету встречное требование об убытках в той же сумме, ссылаясь на то, что истец предосудительным образом действий совершенно его разорил. Суд удовлетворил возражение ответчика и отклонил формально законное требование об уплате 23 тыс. марок.

Имперский суд, куда перешло дело по жалобе недобросовестного истца, вполне присоединился к решению и доводам апелляционной палаты. Он не считал возможным по примеру кассационной жалобы рассматривать действия, инкриминируемые истцу каждое в отдельности, не приводя их в связь между собою, а полагал правильным обсуждать образ действий истца как одно целое, что вскрыло перед ним, по подлинному выражению судебного решения, такую «низменность и пошлость побуждений», руководивших истцом, что в применимости к разбираемому случаю параграфа 826 не могло быть сомнения. В итоге залогодержатель, рывший другому яму, сам себя наказал на 23 тыс. марок<sup>7</sup>. В данном случае, как высказался В. И. Сливицкий, «после долгих и мучительных препятствий жизненная правда восторжествовала над правдой формальной»<sup>8</sup>.

Есть необходимость еще раз указать на характеристику немецким судом поведения истца по рассматриваемому делу: «низменность и пошлость побуждений». И в этой связи представляется важным остановиться на позиции Л. И. Петражицкого, отрицавшего категории «честность», «добросовестность», «безнравственность» и т. п. и поставившего вопрос о замене их применительно к виндикации другими категориями: незнание (извинительное заблуждение) и знание<sup>9</sup>.

В. С. Ем полагает, что Л. И. Петражицкий убедительно доказал, что *bona fides* и *mala fides* представляет собой явления этически

<sup>6</sup> Голубева Г. А. Указ. соч. С. 132.

<sup>7</sup> R. G. Решение от 1 июня 1904 г. Entch. Bd 58. S. 219 ff.

<sup>8</sup> Сливицкий В. И. Указ. соч. С. 508

<sup>9</sup> Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. М., 2002. С. 198–204.

безразличные, бесцветные<sup>10</sup>. Представляется, что в настоящее время соглашаться с характеристикой категорий добросовестности/недобросовестности как явлений этически безразличных и бесцветных является ошибкой. Практически вся мировая цивилистика использует данные категории и объясняет их именно с позиции этики.

Таким образом, добросовестность участников гражданского оборота оценивается на основе сложившихся в обществе нравственных устоев, а последние, в свою очередь, определяются посредством сложившихся в обществе представлений о добре и зле. Следовательно, оценочная категория «добросовестность» может быть понята и объяснена только посредством другой оценочной категории — нравственности, а эта категория — через оценочные понятия добра и зла. Обилие используемых оценочных категорий является, видимо, основной причиной того, что во всем мире, несмотря на длительную историю исследований, не могут достаточно удовлетворительно определиться с понятием и содержанием добросовестности. Однако трудности этим еще не исчерпываются. «Добро и зло как бы представляют собой две стороны одной медали. Они взаимоопределяют друг друга и всегда сосуществуют в единстве»<sup>11</sup>. Без добра нет зла, а зло можно понять лишь на основе опыта понимания добра. Добро и зло, как противоположности, находятся в постоянной борьбе, в изменении, в наполнении новым содержанием<sup>12</sup>. «Единство (совпадение, тождество, равнодействие), — противоположностей, — условно, временно, преходяще, релятивно. Борьба взаимоисключающих противоположностей абсолютна, как абсолютно развитие, движение»<sup>13</sup>.

Постоянная трансформация добра и зла в результате борьбы данных противоположностей определяет изменение нравственности общества, изменяет систему моральных ценностей общества, естественно, все это в результате дополнительно осложняет понимание добросовестности.

Вместе с тем и добро, и зло, и нравственность, и безнравственность, и добросовестность, и недобросовестность — это реальные категории не только нашего общества, но и нашей цивилизации. Юриспруденция не может их игнорировать, обосновывая трудностями исследования. Категория добросовестности должна быть объяснена цивилистами для целей ее практического применения и дальнейшего развития гражданского законодательства.

В связи с изложенным можно признать, что поведение участников гражданского оборота, отражающее представление общества о добре, — следует считать нравственным, следовательно, добросовестным; поведение, отражающее представление о зле, соответственно безнравственным и недобросовестным. Из этого вытекает, что безнравственное поведение субъекта не может быть добросовестным, а недобросовестное поведение — нравственным.

Наконец, сложившуюся в обществе систему представлений о нравственности поведения субъекта права, соответствующие оценки общества в целях правоприменения необходимо определенным образом принять, легализовать. Они должны быть признаны законом, сформированы в виде обычая или легализованы судебной практикой. Нравственность — это общественная категория, а не мнение группы людей или одного человека. Все изложенное можно отнести и к категории добросовестности.

Представляет интерес анализ категории добросовестности, проведенный С. Коломбо (S. Colombo) на примере исследования ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США, которая определяет добросовестность как «честность во всем, что касается поведения или сделки». Названный автор отмечает, что «честность, как и добрая совесть, является категорией морали и, таким образом, неизбежными становятся дискуссии о том, что категорию добросовестность следует распространить в большей мере на сферы идеологии и морали»<sup>14</sup>.

В рамках данной работы не представляется возможным принять участие в обсуждении философской проблемы о соотношении по-

<sup>10</sup> *Ем В. С.* Осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей // Гражданское право : учебник : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 2004. Т. 1. С. 532.

<sup>11</sup> *Голубева Г. А.* Указ. соч. С. 133.

<sup>12</sup> *Диалектический материализм* / отв. редактор А. П. Шептулин. М., 1975. С. 258–288.

<sup>13</sup> *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 25. С. 317.

<sup>14</sup> *Colombo S.* Good faith: The Law and Morality // *The Denning Law Journal*. 1993. Vol. 8. № 1. P. 23.

нятий «нравственность» и «моральность». Как отмечается в философской литературе, понятие «нравственность» является синонимом понятия «моральность»<sup>15</sup>. Так, российский философ академик РАН А. А. Гусейнов в отношении взаимозаменяемости данных понятий указал: «Сказать «этические нормы», «моральные нормы», «нравственные нормы» — значит сказать одно и то же»<sup>16</sup>. С. В. Черниченко в части соотношения морали и нравственности отметил, что нормы морали могут рассматриваться как общие представления о нравственности поведения<sup>17</sup>.

В юридической литературе исследователи также не дифференцируют понятие «мораль» и «нравственность»<sup>18</sup>. Формирование норм морали основывается на представлении общества о нравственном поведении. Так, С. В. Черниченко утверждает: «Представление о нравственном поведении, о морали и есть нормы морали...Нормы морали объединяет то, что они — представления о нравственном и безнравственном поведении»<sup>19</sup>.

Продолжая свое исследование, С. Коломбо пишет, что «распространение принципа добросовестности выполняет в этом отношении двойную задачу: во-первых, обучение индивида морали, приучая его действовать в соответствии с требованиями морали и его человеческим достоинством. Во-вторых, понятие мотивации является неотъемлемой частью либеральной правовой системы: гражданское общество отказывает человеку в получении выгоды, например при намеренном совершении уголовного деяния. Расширение добросовестности является свидетельством того, что в либеральной культуре существуют человеческие ценности, которые стоят выше грубой экономической выгоды»<sup>20</sup>.

Проблема разграничения и соотношения права и морали (нравственности) всегда относилась к крайне дискуссионным вопросам

теории и философии права. Не претендуя на сколько-нибудь существенный вклад в решение этой проблемы, полагаем интересным в целях исследования добросовестности проанализировать вопрос о значении нравственности в праве.

По данной проблеме известный философ Н. М. Коркунов высказал следующее суждение: «Когда с развитием общественной жизни истари сложившиеся нравы, под влиянием более сложных и более изменчивых общественных условий, теряют свою прежнюю неподвижность и однообразие и в общественное сознание начинают проникать новые нравственные понятия, право, как требующее непременно общего признания, дольше всего сохраняет в своем основании старые нравственные начала. Тогда нравственные суждения расходятся с той оценкой интересов, на которой основано устанавливаемое правом их разграничение. Нравственные понятия оказываются более прогрессивными, более развитыми, чем право. Право представляет тогда собою как бы низшую степень развития, уже пройденную нравственностью».

Но такое соотношение права и нравственности не есть что-либо необходимое. Там, где право создается не старыми народными обычаями, а сильною правительственною властью, не связанною безусловным подчинением народным воззрениям, законодательство может, наоборот, исходить из нравственных понятий, далеко опережающих собою общий уровень нравственного развития данного общества...»<sup>21</sup> Конечно, право всегда отражает некое представление о нравственности. Однако оно может отражать представление о нравственном и справедливом большинстве населения страны, а может — лишь отдельных слоев, например правящей элиты общества, так как именно

<sup>15</sup> Разин А. В. Нравственность // Словарь философских терминов / под ред. В. Г. Кузнецова. М., 2004. С. 368.

<sup>16</sup> Гусейнов А. А. Великие пророки и мыслители. Нравственные учения от Моисея до наших дней. М., 2009. С. 6.

<sup>17</sup> Черниченко С. В. Очерк второй. Вопросы этики и эстетики // Очерки по философии и международному праву. М., 2009. С. 187.

<sup>18</sup> См., например: Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 63; Лазарев В. В. Сущность, понятие и ценность права: Проблемы юридической онтологии, гносеологии и аксеологии // Проблемы общей теории права и государства: учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 208–209.

<sup>19</sup> Черниченко С. В. Указ. соч. С. 187–188.

<sup>20</sup> Colombo S. Op. cit. С. 47.

<sup>21</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Кн. 1: Понятие права. По изд. 1914 г. М., 2003. С. 47–48.

она способна влиять на законодателя с целью продвижения нужных ей законодательных актов. Несовпадение представлений о нравственном большинстве и привилегированного класса — серьезная угроза как поступательно-му развитию общества, так и эффективности правовой системы.

Как отмечается в европейской литературе, концепция добросовестности кажется основной более на морали и чувстве, нежели на «настоящем» законе (*true law*)<sup>22</sup> и, оперируя правом, нельзя обойтись без этики<sup>23</sup>. Итальянский исследователь А. Д'Анжело, говоря о договорной справедливости (*giustizia contrattuale*) и добросовестности (*buona fede*), утверждает приоритет этических ценностей над решениями позитивного права<sup>24</sup>.

Исследуя такие правовые феномены, как добросовестность, разумность, справедливость и т.д., А. Дж. Барнард говорит об этическом элементе договора, исследуя данные категории не только с правовых, но и с этических позиций<sup>25</sup>.

В то же время следует признать, что отечественные авторы в основном рассматривают данную проблему, оставаясь в рамках позитивистской доктрины. Так, С. Яковлева, исследуя соотношение принципа добросовестности и запрета злоупотребления правом, утверждает, что «проблема здесь... в том, что ученые пытаются интерпретировать принцип добросовестности через недобросовестное поведение,

которое он запрещает, а запрет злоупотребления правом — также через само запрещенное поведение. Таким образом, от рассмотрения юридических конструкций они переходят к философским рассуждениям о морально-этическом содержании того или иного поведения, о добре и зле. Между тем заниматься вопросами морали не входит в задачи права»<sup>26</sup>. В этой связи возникает вопрос: почему, собственно, право не должно давать оценку поведения субъекта с точки зрения морали? Опровергая тезис о существенном различии права и морали, С. Коломбо отмечает, что слишком большие расхождения между законом и общим представлением о нравственности могут повлечь негативные социальные и политические последствия<sup>27</sup>.

Представляется, что западная наука достигла большего успеха при исследовании данных правовых феноменов, в том числе и потому, что не боялась рассуждать о нравственности в праве. Введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права является мерой, направленной на укрепление нравственных начал гражданско-правового регулирования. Именно с позиции нравственности следует подходить к оценке поведения субъекта права как добросовестного (нравственного) или недобросовестного (безнравственного).

<sup>22</sup> *Manukka J.* Harmonization of Contract Law: In Search of a Solution to the Good Faith Problem. Stockholm : Stockholm Institute for Scandinavian Law.

Исследование проблемы добросовестности с точки зрения соотношения морали и права см.: *Colombo S.* Op. cit. P. 23–59. 2002. P. 38.

<sup>23</sup> *Bjarup J.* Ought and Reality: Hagerstrom's Inaugural Lecture Re-considered. Stockholm : Stockholm Institute for Scandinavian Law. 11 (2000). P. 72.

<sup>24</sup> *D'Angelo A.* La Buona Fede // *Il Contratto in Generale* / diretto M. Bessone. Torino, 2000. T. 4. P. 156.

<sup>25</sup> *Barnard A. J.* The Ethical element of Contract and Contractual Justice // University of Pretoria. 2006. Chapter 6.

<sup>26</sup> См. *Яковлева С.* Принцип добросовестности и запрет злоупотребления правом в договорном праве // *Хозяйство и право*. 2010. № 11. С. 59.

<sup>27</sup> *Colombo S.* Op. cit. P. 47.

И. А. Авдеева\*

## НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ СООТНОШЕНИЯ НОРМ МОРАЛИ И НОРМ ПРАВА В АНАРХО-КОММУНИЗМЕ П. А. КРОПОТКИНА

**П**роблема соотношения морали и права имеет давнюю историю в философии права и в этике — с тех пор как вообще наметилась тенденция к их различению и как двух сторон общественной жизни, и как различных типов нормативной регуляции. И по мере того, как усложнялась общественная жизнь, аспекты рассмотрения и взаимодействия права и морали становились все более и более дискутируемыми вопросами. Особенно четко мы это видим в философии Нового времени (философия Просвещения, немецкая классическая философия). Споры не утихали долгое время, однако, несмотря на огромное количество фундаментальных трудов по проблеме соотношения морали и права, актуальность вопроса в общественной практике не вызывает сомнения. П. А. Кропоткин, будучи крупнейшим теоретиком в этой области конца XIX — начала XX века, также представил собственное видение указанной проблемы, подчеркивая принципиальное различие между правом и моралью: «Когда, например, нам говорят о Праве, с прописной начальной буквой, и заявляют, что Право есть объективированье Истины, или что законы развития Права суть законы развития человеческого духа, или еще, что Право и Нравственность суть одно и то же и различаются только формально, мы слушаем эти звучные фразы с столь же малым уважением, как это делал Мефистофель в “Фаусте” Гете. Мы знаем, что те, кто писали эти фразы, считая их глубокими истинами, употребили известное усилие мысли, чтобы до них додуматься. Но мы

знаем также, что эти мыслители шли ложной дорогой»<sup>1</sup>. С одной стороны, вряд ли от основателя анархо-коммунизма можно было ожидать другого заявления, однако, с другой стороны, понять подобную позицию представляется чрезвычайно важным в связи с актуальностью данной проблематики в целом и несколько не потерявшей своего современного звучания позиции самого П. А. Кропоткина в частности.

В основе суждений П. А. Кропоткина о соотношении норм морали и норм права лежало два базовых постулата: вера в прогрессивный характер эволюции общества и отрицание какой-бы то ни было положительной роли государства в социальной жизни. Соответственно, как негативный фактор им воспринимались и отвергались все правовые нормы, санкционированные и поддерживаемые государством. В противовес «писаным законам» он акцентировал внимание на обычном праве, которое, по его мнению, объединяло в себе «обычаи и приемы, созданные человечеством в целях взаимной помощи, защиты и мира вообще»<sup>2</sup>. Таким образом, можно сказать, что П. А. Кропоткин не просто выделял обычное право в самостоятельный тип права, а позиционировал его как единственно возможное право для прогрессивного развития общества.

В контексте его рассуждений обычное право включало все необходимые гарантии для жизни в обществах, охватывая все формы общественной жизни и общественных отношений — «все формы взаимной поддержки и защиты

<sup>1</sup> Кропоткин П. А. Современная наука и анархия // Кропоткин П. А. Хлеб и воля. Современная наука и анархия. М.: Правда, 1990. С. 338.

<sup>2</sup> Указ. соч. С. 277.

© Авдеева И. А., 2016

\* Авдеева И. А., кандидат философских наук, научный сотрудник кафедры этики философского факультета МГУ имени М.В.Ломоносова

мира, включая сюда суд присяжных»<sup>3</sup>. В свою очередь, нормы обычного права свободно признавались сообществом равных общинников, а сами обычаи, по мнению П. А. Кропоткина, динамично реагировали, развивались, применяясь к новым требованиям жизни<sup>4</sup>. Подтверждение этому исследователь находил с «глубокой древности» и до XVI в. — именно в этот период, по его мнению, обычное право не только сформировалось, но и стало господствовать в Европе.

Обычное право развивалось из общественной нравственности, которая, по мнению ученого, образовывалась тремя составными частями — унаследованной привычкой (инстинктом), понятием справедливости и чувством самопожертвования. Ключевым являлось понятие справедливости, выработанное первобытным человеком из общительности и взаимной поддержки, имевших место уже в животном обществе. При этом справедливость понималась П. А. Кропоткиным как синоним равенства (*aequum*), в отличие от понятия справедливости (*iustitia*), принятого в римском праве. Такая трактовка в целом характерна для левых социально-политических теорий того периода, провозглашавших равенство одним из краеугольных камней своих идеологий. Вместе с тем, анализируя концепцию базовой структуры нравственности, предложенную П. А. Кропоткиным, следует отметить ее безусловную новизну для своего времени — триединство структуры нравственности достаточно ярко контрастировала с бытовавшими в тот период взглядами на ее происхождение из единого источника.

Ярко выраженный эволюционизм этики П. А. Кропоткина сформировался на основе его увлечения биологическим эволюционизмом Г. Спенсера и активного участия в полемике о путях образования нравственности в человеческом обществе, которая имела место в научных и политических кругах того времени. Поводом к ней послужили труды Ч. Дарвина «Происхождение видов» и «Происхождение человека», причиной же — стремление к секуляризации и социализации нравственности, характерное

для определенных социальных групп. В рамках этой полемики П. А. Кропоткин активно оспаривал постулат Т. Гоббса о «войне всех против всех», который в целом подтверждался «Происхождением видов» Ч. Дарвина, а также позицию Т. Гоббса, выводившего нравственность из установленных властителями законов, и позицию Т. Гексли, предполагавшего ее сверхъестественную данность и тоже говорившего об «органическом зле», характерном для природных процессов. Впрочем, несмотря на увлечение теориями Г. Спенсера, П. А. Кропоткин не забыл отметить его непоследовательность при применении принципов синтетической философии к анализу общества в части, касающейся, например, вопросов частной собственности или роли государства в социуме.

Анархистские воззрения П. А. Кропоткина определили и его жесткую характеристику законотворчества власти: «руководители, герои или законодатели», представлявшие государство, в лучшем случае только оформляли и санкционировали обычаи, но чаще же всего «стремились все время либо уничтожить те из учреждений обычного права, которые мешали образованию личной власти, либо преобразовать их в своих личных интересах или в интересах своей касты»<sup>5</sup>. Следствием становилось то, что «все законы, от самых древних до наших дней, состояли всегда из следующих двух элементов: первый утверждал и закреплял известные обычные формы жизни, признанные всеми полезными, а второй являлся приставкой, часто даже простой, но хитрой манерой выразить словами существующий уже обычай; но эта приставка всегда имела целью насадить или укрепить зарождающуюся власть, господина, воина, царька и священника, укрепить и освятить их власть, их авторитет»<sup>6</sup>. С позиций анархо-коммунизма П. А. Кропоткин отвергал государственное нормотворчество, противопоставляя ему нормотворчество общины — нормы права вырабатывались «толпой без имени»<sup>7</sup>, состоящей из свободных и равных общинников. При этом эти нормы сохраняли «классическую» структуру «гипотеза—диспозиция—санкция», с тем лишь отличием, что

<sup>3</sup> Кропоткин П. А. Современная наука и анархия. С. 279.

<sup>4</sup> Указ. соч. С. 287.

<sup>5</sup> Указ. соч. С. С. 277.

<sup>6</sup> Указ. соч. С. С. 279.

<sup>7</sup> Указ. соч. С. С. 277.



санкция всегда была одна — исключение из общества<sup>8</sup>. Отношения же между отдельными членами общины определялись «взаимными соглашениями, свободно состоявшимися, равно как и привычками и обычаями, также свободно признанными». Эти нормы постоянно развивались, в соответствии с прогрессом науки и изобретений и «развитием общественного идеала, все более разумного, все более возвышенного»<sup>9</sup>.

Таким образом, правовая нормативность, согласно изложенному пониманию ее сущности и специфики в эпоху сформированной государственности, не имеет ничего общего с моральной нормативностью, более того, последняя видоизменяется под влиянием первой, зачастую теряя свой свободный творческий характер и дух первобытной (настоящей. — *Прим. автора*) нравственности, которая заменяется фарисейской нравственностью, когда имеет место насилие и порабощение одного человека другим. По сути своей, подлинная нравственность основана лишь на одной норме — взаимоподдержке, что содержательно отсутствует в правовой нормативности. Как справедливо отмечает П. А. Кропоткин, «нравственные понятия, присущие первобытным народам, не могут удержаться наряду с современной промышленностью, возводящей в закон порабощение крестьян и рабочих, хищничество и борьбу за наживу; они не могут ужиться с торговлей, основанной на обмане или на пользовании чужой неумелостью, и с политическими учреждениями, имеющими в виду утвердить власть немногих людей над всеми остальными. Нравственность, вытекающая из сознания единства между всеми людьми одного племени и из потребности взаимной поддержки, не может удержаться в таких условиях. В самом деле, какой взаимной поддержки, какой круговой поруки искать между хозяином и его рабочим? между помещиком и крестьянином? между начальником войск и солдатами, которых он шлет на смерть? между правящими сословиями и их подчиненными? Ее нет и быть не может»<sup>10</sup>. Можно предположить, что

правовая нормативность и нормативность моральная также принципиально различны, во-первых, по источникам и основаниям своего происхождения и, во-вторых, по цели, которую потенциально реализуют оба вида нормативности — в первом случае это поддержание общественного (суть государственного) порядка и того положения дел, которое сложилось на данный момент по отношению прежде всего к собственности, а во втором случае это укрепление и утверждение порядка братского взаимодействия между людьми.

Соотнося позицию П. А. Кропоткина с сегодняшними реалиями, нельзя не отметить созвучие его «общинного нормотворчества» «свободных и равных общинников» с культивируемым в современной России «гражданским обществом», призванным взять на себя целый ряд функций, ранее вошедших под эгиду советского государства. Однако это созвучие ни в коем случае не говорит о том, что идеологемы анархо-коммунизма находят отклик у российских руководителей. Данное совпадение случайно и обуславливается простым совпадением цели, которую ставил в свое время П. А. Кропоткин и ставят современные политики — ослабление роли государства с одновременным усилением роли «свободных и равных» граждан. Только если у известного анархиста речь шла о полной отмене государства как такового, то российские руководители говорят лишь о частичном уходе государства с низовых — «местных» — уровней социальной жизни. Однако, как опять-таки было в свое время чрезвычайно остро отмечено теоретиком отечественного анархо-коммунизма, ситуация реформ в случаях, когда общество охвачено враждебными настроениями, не решит проблем, а только углубит их. «В эпохи безумной погони за обогащением, лихорадочных спекуляций, кризисов и внезапных биржевых крахов, в эпохи, когда огромные состояния составляются в несколько лет и с такой же быстротой проживаются, — в такие эпохи люди начинают замечать, что экономические учреждения, от которых зависит производство и обмен, не отвечают своей цели. Они не только не обе-

<sup>8</sup> Кропоткин П. А. Хлеб и воля // Кропоткин П. А. Хлеб и воля. Современная наука и анархия. М. : Правда, 1990. С. 165.

<sup>9</sup> Указ. соч. С. 287.

<sup>10</sup> Кропоткин П. А. Мораль. Право. Политика // Кропоткин П. А. Анархия : сборник / сост. и предисл. Р. К. Баландина. М.: Айрис-пресс, 2002. 576 с.

спечивают обществу того благосостояния, которое должны были бы обеспечивать, но достигают результатов совершенно противоположных. Вместо порядка они производят хаос; вместо благосостояния — бедность и неуверенность в завтрашнем дне; вместо согласия — постоянную борьбу эксплуататора с производителем, эксплуататоров друг с другом и производителей между собой. Общество все резче и резче делится на два враждебных лагеря, подразделяясь вместе с тем еще на тысячи мелких групп, ведущих между собой ожесточенную борьбу. Тогда, утомленное этой борьбой и вытекающими из нее бедствиями, общество начинает искать новые формы устройства и громко требует полного изменения форм собственности, производства, обмена и всех вытекающих отсюда хозяйственных отношений», — написал Кропоткин более 100 лет назад<sup>11</sup>. На основании вышеизложенного следует отметить, что в части возможного нормотворчества здесь остается лишь один эффективный путь поддержания его свободного и справедливого духа — нормотворчество на основе действительного объединения равных людей с целью сближения с другими добровольными объединениями сограждан на основе общих интересов и потребностей.

Таким образом, анархо-коммунизм П. А. Кропоткина, отрицая всякую положительную роль государства в жизни общества и основываясь на прогрессивно-эволюционном развитии нравственности, отстаивал теорию, согласно которой наиболее эффективными регулятора-

ми общественных отношений являются нормы обычного права, выведенные из привычек (инстинктов), понятия справедливости и чувства самопожертвования. Ключевым являлось понятие справедливости, выработанное первобытным человеком из общительности и взаимной поддержки, имевших место уже в животном мире. При этом справедливость понималась П. А. Кропоткиным как синоним равенства. В таком содержательном ракурсе современные нормы права и нормы морали имеют мало общего с подлинной нравственностью, но возврат к подлинному смыслу нравственности, основанной именно на взаимной поддержке равных свободных индивидов на основе общего интереса и осознания, что счастье невозможно в одиночку и личное счастье строится на счастье всех, — все это определяет принципиально иной характер норм морали и их отличие от норм права. Более того, в творческом характере проявления нравственности вообще с трудом можно говорить о какой-либо четко выраженной нормативности. По сути, функция нормативной регуляции при таком подходе остается только у права, а сама нравственность при этом имеет принципиально иной характер и особый вектор и логику развития. Однако можно предположить, что в бесклассовом обществе будущего, где нравственность будет приближена к своей изначальной форме первобытной нравственности (вкуче с обычным правом) велика вероятность нового максимального сближения морали и права.

<sup>11</sup> Кропоткин П. А. Мораль. Право. Политика.

Л. Г. Антипенко\*

## ОЦЕНКА ЭТИКИ П. А. КРОПОТКИНА В СВЕТЕ ПАРАНЕПРОТИВОРЕЧИВОЙ (ВООБРАЖАЕМОЙ) ЛОГИКИ ВАСИЛЬЕВА

Этика П. А. Кропоткина, основанная на натуралистическом подходе к пониманию нравственности, представляет собой подходящий образец этического учения, аналитическая оценка которого может способствовать решению проблемы соотношения нравственности и права. По моему мнению, продвижение в решении этой проблемы может оказаться весьма результативным, если к намеченной оценке подходить с позиции паранепротиворечивой (не-классической, не-аристотелевской) логики. Тем более что генезис новой логической дисциплины мысли, разработанной Н. А. Васильевым (1880–1940), как раз опирается на бытийную онтологию добра и зла. (Под онтологией бытия вообще и бытия человека здесь понимается то, что выходит за пределы психического аспекта жизни.)

Предлагается следующий порядок рассуждений. Сначала — о сущности логики Васильева как о логическом инструменте, позволяющем судить о связи между *конечным* и *бесконечным*, о грани между бытием и небытием человека. Затем дается интерпретация данной связи во временном аспекте. Все суждения проводятся под эгидой практического (по Канту) разума. Так устанавливается и вместе с тем проходит проверку критерий, позволяющий дать соответствующую оценку этики Кропоткина.

Паранепротиворечивая логика возникает за счет расширения предметной области, на которой базируется классическая логика. Обычно указывают, что в ней не действует логический закон исключенного третьего, на место которого ставится закон исключенного четвертого. Если ограничиться только этими указаниями, то можно впасть в недоразумение, что и происходит с теми, кто полагает паранепротиво-

речивую логику одним из вариантов логики многозначной. На самом деле был бы ложным призыв: «Давайте жить и действовать, не подчиняясь закону исключенного третьего, поскольку новая предметная область логического дискурса нас от него высвобождает!» Закон исключенного третьего перестает действовать там, где предметная область рассудка претерпевает предел и выходит в запредельную область действительности. Но как узнать, что логический дискурс выносится за этот предел? Об этом судят по тому, что переход за него описывается, представляется посредством антиномии, по форме совпадающей с обычным логическим противоречием. А вот воображаемая логика Васильева оперирует с такими антиномиями-противоречиями, почему ее и называют паранепротиворечивой.

Итак, в новой логике для того, чтобы получить логически правильный вывод, нам придется делать выбор из трех позиций: А, не-А, А и не-А, четвертого не дано. Примером, где приходится делать такой выбор, служит античный парадокс Эпименида, кратко именуемый парадоксом Лжеца. Парадокс Эпименида оказался бы вовсе неразрешимым, если бы в логике Васильева не действовал еще один закон, точнее будет сказать: принцип — принцип абсолютного различия между истиной и ложью, запрещающий конъюнкцию предикатов (метапредикатов) *истинный* и *ложный*. В математической теории множеств не считается, например, ложным такое высказывание, в котором множество всех нормальных множеств квалифицируется как нормальное и ненормальное (антиномия Рассела). Но рассматривая такой объект, следует помнить о том, что к нему мы подходим как к пределу обычной (рассудочной) предметной области, соблюдая при вы-

© Антипенко Л. Г., 2016

\* Антипенко Л. Г., кандидат философских наук старший научный сотрудник Института философии РАН

воде антиномии Рассела все правила и законы классической логики.

Но что же находится за пределами данной области? На этот вопрос Васильев отвечает, что, подобно тому, как метафизика открывает нам внеопытное (внеэмпирическое) бытие, новая логика открывает внеопытное познание<sup>1</sup>. В нем, на языке логики, выражается идея бесконечности, точнее говоря — связь конечного и бесконечного<sup>2</sup>. Внеопытное — значит сверхчувственное. Антиномия, возникающая в нашем представлении на стыке чувственной и сверхчувственной реальности, требует своего разрешения. А разрешение ее возможно только при использовании принципа абсолютного различия между истиной и ложью. Сам принцип был открыт Васильевым при ориентации на христианский догмат об абсолютном различии между добром и злом (духом чистым и нечистым, Богом и дьяволом) и в том же ряду — между истиной и ложью. Логика Васильева переносит абсолют в различии бытия и небытия человека в духовно-нравственную сферу. На гамлетовский вопрос «быть или не быть?» (to be or not to be) она дает ответ в виде антиномии «быть и не быть». Эта антиномия-проблема находит, или должна находить, свое разрешение в процессе созидательной деятельности людей.

Теперь обратимся к задаче конкретизации математического содержания новой логики. К этому содержанию в конце XIX — начале XX столетия наметил путь Георг Кантор в своем учении о множествах<sup>3</sup>. Он ввел понятия конечных и бесконечных (трансфинитных) чисел. Чтобы сделать переход от конечного к бесконечному и выразить его на языке чисел, Кантор предложил взять за основу натуральный ряд чисел и рассматривать его в плане актуальной бесконечности. Ставилась задача представить последовательность объектов, заданную всеми своими членами, но вместе с тем не имеющую последнего члена. Кантор по-своему нашел выход из данного затруднения, полагая, что последовательность всех конечных чисел есть часть более обширной последовательности конечных и трансфинитных чисел, заполняющих соответственно первый и второй чис-

ловые классы. Классы эти он охарактеризовал так, что первый из них не имеет наибольшего конечного числа, а второй имеет наименьшее трансфинитное число (Кантор обозначал его символом  $\omega$ ). Кантор ставил задачу упорядочить посредством трансфинитных чисел континуум, т.е. множество всех рациональных и иррациональных чисел (множество всех точек на числовой оси). Задача эта, как выяснилось впоследствии, оказалась неразрешимой.

Причина неразрешимости заключается в том (на нее первым указал Н. Н. Лузин), что Кантор лишил континуум *временного* содержания. У него все точки континуума оказались «застывшими» на своих местах, исключенными из процессов движения и развития. Ведь свой идеальный универсум континуума Кантор строил по типу платонистского царства вечных и неизменных сущностей — идей, или эйдосов<sup>4</sup>. Лузин же отмечал, что геометрическая точка на прямой «есть не что иное, как бесконечная последовательность стягивающихся интервалов»<sup>5</sup>. Понятно, что образ бесконечной последовательности стягивающихся интервалов есть образ *процесса*, посредством которого и выделяется точка на прямой. А потому требовалось найти математический способ описания всех таких процессов, имеющих место в континууме.

Для меня было несколько неожиданным узнать, что на такой способ обратил внимание не профессиональный математик, а философ Алексей Федорович Лосев. В его книге «Миф — Число — Сущность» есть такой пассаж: «Существует действительность как *факт*, и вот это-то и не фиксируется теорией множеств, какой бы наглядностью она ни обладала и как бы ни была ближе к жизни, чем арифметика и геометрия. Факты должны быть зафиксированы в числе как факты, т.е. во всей их путаной случайности и неразберихе. Число вне оформления бытия как фактической действительности всегда несет с собою известную долю случайности и вероятности в отличие от чистого числа, которое далеко от конкретной действительности и потому максимально аподиктично. Следовательно, тут должна быть особая математическая

<sup>1</sup> Васильев Н. А. Воображаемая логика // Избранные труды. М. : Наука, 1989. С. 177.

<sup>2</sup> Васильев Н. А. Указ. соч. С. 123.

<sup>3</sup> Учение о множествах Георга Кантора // Новые идеи в математике. Сб. № 6. СПб., 1914.

<sup>4</sup> Указ. соч. С. 69.

<sup>5</sup> Лузин Н. Н. Современное состояние функций действительного переменного. М.-Л. : ГТТИ, 1933. С. 27.

наука и должна быть особая сфера числа. Это число есть математическая вероятность, и соответствующая наука есть *исчисление* вероятностей. Только на почве этой последней науки возможны все завершительные и выразительные формы математики...»<sup>6</sup>

Несмотря на наличие некоторых неточностей в этих суждениях, нельзя не согласиться с тем, что исчисление вероятностей должно стать частью оснований математики, наряду с теорией множеств. Чистой теории вероятности должно быть отведено место и в континууме. Если натуральный ряд чисел представляет собой математическую модель детерминированных событий во времени, то за его пределом располагается область *математического ожидания* — центрального понятия теории вероятностей. Открывается возможность управлять событиями со стороны будущего, но только вероятностным способом — посредством изменения величины математического ожидания. Такая возможность реализуется посредством вычислений, проводимых на квантовых компьютерах. (Если такие вычисления еще не задействованы в полной мере, то препятствием к тому служат чисто технические трудности.)

Математика, таким образом, снабжает нас моделью двойственного времени — времени на уровне сущего и времени на том идеальном уровне, который древние греки называли Логосом. Логос — царство будущего. Поступки человека мотивируются двумя факторами: действующей причиной и вынесенной в будущее целью. Резюмируя, можно сказать так, что все события, происходящие в сущем, в нашей жизни, находятся в двоякой зависимости от времени: функциональной и коррелятивной. Первая определяется действующей причиной, вторая — поставленной целью.

Понятие коррелятивной зависимости имеет в данном случае смысл вероятностной детерминации. Например, К. Ф. фон Вайцеккер связывает ожидание и предвидение будущего с возможностью и вероятностью во всех сферах, а не только в области квантовых процес-

сов, которые он специально изучал<sup>7</sup>. По его мнению, временная структура является условием всякого опыта. При этом если прошедшее интерпретировать в таких терминах, как действительно-фактическое, то будущее представится в категориях возможности. О будущих событиях можно судить только в форме вероятностных высказываний<sup>8</sup>.

Вероятностная ипостась времени позволяет соотнести с ней созидательные процессы, мера которых определяется убылью энтропии в функционирующих системах. Созидательное начало, исходящее от времени, есть добро, разрушительное начало представляет собой зло, если оно направлено на разрушение ради разрушения. Злая воля делает его таковым. Как показал А. С. Подолинский, два этих начала находят место даже в организации человеческого труда, отчего он подразделяется на два вида — труд созидательный и труд расточительный<sup>9</sup>.

Теперь открывается возможность посмотреть, в рамках описанной нами системы координат, на достоинства и недостатки этики Кропоткина. В своей этической установке Кропоткин пытается, разбирая вопрос о происхождении нравственности, пройти между Сциллой и Харибдой. Сциллой для него служит философское представление о *сверхприродном* происхождении нравственного чувства. Харибда же соотносится с *социал-дарвинистской* доктриной борьбы за существование — доктриной, в которой вообще нет места для нравственных норм поведения. Философы спекулятивные (ненаучные), пишет он, так упорно отрицали эмпирическое, естественное происхождение нравственного чувства, так изощрялись в тонких умозаключениях, чтобы приписать нравственному чувству сверхприродное происхождение, что возникла реакция против мифологических и метафизических понятий, сложившихся вокруг этого вопроса<sup>10</sup>. С другой стороны, современные эволюционисты, доказав существование в животном мире упорной борьбы за жизнь между различными видами, не могли допустить, чтобы такое гру-

<sup>6</sup> Лосев А. Ф. Миф — Число — Сущность. М. : Мысль, 1994. С. 434–435.

<sup>7</sup> Вайцеккер К. Ф. фон. Физика и философия // Вопросы философии. 1993. № 1. С. 125.

<sup>8</sup> Вайцеккер К. Ф. фон. Указ. соч. С. 125.

<sup>9</sup> Мыслители Отечества. Подолинский Сергей Андреевич. М. : Ноосфера, 1991. С. 79–82.

<sup>10</sup> Кропоткин П. Этика (сборник статей). Пг.—М., 1922. С. 17.

бое явление, которое влечет за собой столько страдания среди чувствующих существ, было выражением Высшего существа, а потому они отрицали, чтобы в нем можно было открыть какое бы то ни было этическое начало<sup>11</sup>.

Только теперь, высказывает он далее утешительную мысль, «когда постепенное развитие видов, а также разных рас человека, человеческих учреждений и самих этических начал начинает рассматриваться как результаты естественного развития; только теперь стало возможным изучать, не впадая в сверх-природную философию — различные силы, участвовавшие в этом развитии: в том числе и значение взаимной поддержки и растущего взаимного сочувствия, как природной нравственной силы»<sup>12</sup>. Отсюда тезис: «**Взаимопомощь, Справедливость, Нравственность** — таковы последовательные шаги восходящего ряда настроений, которые мы называем при изучении животного мира и человека. Они представляют **органическую необходимость**, несущую в самой себе свое оправдание, [и] подтверждаемую всем развитием животного мира, начиная с первых его ступеней (в виде колоний простейших животных) и постепенно поднимаясь до высших человеческих обществ»<sup>13</sup>.

К этому надо еще добавить, что Кропоткин ставит значение этического начала в жизни, пожалуй, выше научной истины. Любовь к истине, утверждает он, уже составляет добрую и лучшую половину всякого нравственного учения. Умные религиозные люди вполне это понимали. «Что же касается до понятия о “дobre” и до стремления к нему, то “истина” только что упомянутая, т.е. признание взаимопомощи живых существ, — без всякого сомнения, составляет вдохновляющую истину, которая когда-нибудь найдет достойное выражение в поэзии природы новую черту — черту гуманитарную»<sup>14</sup>.

Этические суждения Кропоткина перекликаются с этическими соображениями, изложенными в трактате Ж. М. Гюйо. Последний представляет интерес для нас в том отношении, что он более прямолинеен в выражении своих моральных сентенций, нежели Кропоткин, хотя подходы к этике у обоих почти одинаковы. Гюйо создает такое учение о нравствен-

ности, при котором она не нуждается в каких бы то ни было санкциях, будь то санкция естественная, моральная, метафизическая или религиозная. Если мы хотим, утверждает он, приблизиться к пониманию морали, то надо иметь в виду, что понимать, в сущности, есть то же самое, что чувствовать. Понимать других — это значит чувствовать себя в гармонии с ними. «Эта общность чувствований и идей находит, в известной мере, свое оправдание в плодovitости самой жизни, развитие которой находится в прямом отношении к ее интенсивности. Таким образом, основы нравственности мы должны искать в самой жизни»<sup>15</sup>.

И французский автор для подтверждения своей теории обнаруживает в жизни примерно то же, что составляет ядро нравственного учения Кропоткина. Согласно его теории идея санкции сливается с более моральной идеей *кооперации*, сотрудничества. Тот, кто творит благо, участвует в столь великом деле, что имеет право на содействие и поддержку со стороны всех существ, начиная с первичной монады и кончая наиболее высшими существами во вселенной. «Наоборот, тот же, кто причиняет зло, должен всюду встречать “отказ в содействии”, и этот отказ является для него своего рода отрицательным наказанием; такой человек должен чувствовать себя морально изолированным, тогда как творящий добро находится в общении со всей вселенной»<sup>16</sup>.

В целом этика Кропоткина немногим отличается от теории Гюйо. Поэтому и критические замечания, высказанные в адрес морали Гюйо автором предисловия к его книге Н. К. Лебедевым, можно с равным правом отнести к этике Кропоткина. Лебедев пишет, что в своей критике систем морали, основанных на долге и санкции, Гюйо был прав лишь отчасти. Отвергая долг и санкцию религиозной и позитивной морали, Гюйо хотел обосновать мораль вообще без категории *должного*, — и в этом, по мнению автора предисловия, слабая сторона теории Гюйо. «На самом деле, понятие *должного* логически и неразрывно связано с самой сущностью нравственности: нравственным мы называем именно все то, что мы переживаем и мыслим в форме *долга, долженствования*.

<sup>11</sup> Кропоткин П. Указ. соч. С. 17.

<sup>12</sup> Кропоткин П. Указ. соч. С. 17.

<sup>13</sup> Кропоткин П. А. Этика. Т. 1 : Происхождение и развитие нравственности. 2-е изд. Нью-Йорк, 1923. С. 27–28.

<sup>14</sup> Кропоткин П. А. Указ. соч. С. 20.

<sup>15</sup> Гюйо Ж. М. Нравственность без обязательств и без санкции. М. : Голос труда, 1923. С. 45.

<sup>16</sup> Гюйо Ж. М. Указ. соч. С. 135.

Этика предполагает, что человек ставит себе цели, идеал, но цель и идеал есть не то, что *существует*, а то, что должно существовать. Этика есть наука не о *сущем*, а о *должном*, вот почему она никогда не может быть естественнаучной дисциплиной»<sup>17</sup>.

Когда этика предполагает постановку цели и идеала, которые должны быть достигнуты, она, понятно, апеллирует к будущему времени. В таком случае возникает вопрос: откуда же она берет идеал, к которому надо стремиться? Есть два традиционных способа ответа на него: *христианский* и *прометеевский*. Христиане отсылают человека, жаждущего нравственной справедливости, к Царствию Небесному, к потустороннему миру. В нем, по их мнению, человек после смерти и подвергается санкции — одобрения или осуждения, в зависимости от того, как он вел себя в земном бытии. Сторонник прометеевского мировоззрения, каковым был, например, Петр Степанович Боранецкий (1900 — не ранее 1965), обращает свой умственный взор, при той же мотивации, не к тому, что должно быть привнесено извне в течение времени, а к самому *историческому* времени<sup>18</sup>. Но поскольку бытие человека начинается и заканчивается во времени, ему приходится задумываться над ответом на тот же самый гамлетовский вопрос «быть или не быть?». Как отмечалось выше, логика Васильева, в которой закон исключенного третьего заменяется законом исключенного четвертого и вводится принцип абсолютного различия между истиной и ложью, дает свой ответ в виде антиномии «быть и не быть». В ней снимается абсолют в различии бытия и небытия. Эта антиномия требует разрешения, что составляет отдельную задачу.

Конкретная оценка этики Кропоткина требует ответа на вопрос о том, каким смыслом наде-

ляется у него термин *сверхприродное* в тезисе, отрицающем сверхприродное происхождение нравственного чувства. Из изложенного выше должно быть ясно, что человек строит образ будущего в идеальном времени. В реальном времени происходит его воплощение в реальную жизнь. Но как обстоит дело в животном мире? Обладают ли животные коррелятивной связью с будущим? Если обладают, тогда следует спросить, на какой ступени эволюционной лестницы они обретают такую способность. Если же не обладают, тогда придется сделать вывод, что *природному* существу человека не достает именно той *сверхприродной* способности, на которую он обречен, будучи человеком.

Будем называть человека *нравственным*, если он согласует свою деятельность с антиэнтропийными процессами, происходящими в земной биосфере и вообще во всей Вселенной. *Безнравственным* — если его поступки вписываются в тенденцию роста энтропии, в тенденцию, направленную в сторону тепловой смерти Вселенной.

В интернет-ресурсах опубликована статья «Метаправо и социалистическое правосознание» автора данного эссе. В статье указывается, что метаправо призвано давать ответ на вопросы о *пределе* правовых норм, регулирующих общественно-государственную жизнь людей<sup>19</sup>. За этим пределом, естественно, располагается область норм нравственного поведения. Те и другие, надо полагать, находятся в отношении дополнительности. Имеется в виду принцип дополнительности, сформулированный Нильсом Бором: *contraria sunt complementa*. С этой точки зрения концепция этики Кропоткина нуждается в дополнении, ибо она принимает во внимание только одну сторону в неразрывном соотношении «нравственность — право».

<sup>17</sup> Лебедев Н. К. Теория морали Гюйо // Гюйо Ж. М. Нравственность без обязательства и без санкций. М. : Голос труда, 1923. С. 7.

<sup>18</sup> Боранецкий П. О новом общественном идеале // Третья Россия. 1935. № 6. С. 55.

<sup>19</sup> Антипенко Л. Г. Метаправо и социалистическое правосознание // URL: [http://www.titanage.ru/Science/HistorSociology/metapravo\\_1.php](http://www.titanage.ru/Science/HistorSociology/metapravo_1.php).

О. В. Малюкова\*

## КАТЕГОРИЧЕСКИЙ ИМПЕРАТИВ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ

Категорическим императивом профессиональной этики выступает ответственность за жизнь и здоровье другого человека или целой группы людей. По этому принципу ответственности существует классическая группа профессий, для представителей которой ответственность за жизнь и здоровье другого человека представлена в чистом виде. Это профессия врача (медика), поскольку врач напрямую ответственен за жизнь и здоровье пациента, зачастую беспомощного, плохо информированного и неявно представляющего себе последствия врачебного вмешательства (или невмешательства) в ход течения заболевания. В качестве представителя второй профессии выступает педагог, работающий с детьми в возрасте до 18 лет. Дети не несут ответственности за собственную жизнь и здоровье, в этом качестве выступают родители и учителя (последним государство и родители напрямую делегируют ответственность за жизнь и здоровье ребенка). Третьей классической профессией является профессия юриста. Представители судебных и правоохранительных органов должны нести ответственность за жизнь, здоровье и будущее всех тех граждан, которые попали в поле зрения этих органов не только в качестве подозреваемых, обвиняемых или осужденных, но и в качестве свидетелей или потерпевших.

Данная триада профессий — врач, педагог, юрист — начала складываться еще в античности. Свое классическое выражение она получила в деятельности средневековых университетов, где, как известно, было 4 факультета — философский (аналог педагогического), медицинский, юридический и богословский. Профессия богослова имеет своей основной функцией заботу о душе и спасении человека. Понятие души выступает аналогом человеческой жизни. Вплоть до настоящего времени

основные конфессии крайне отрицательно относятся к возможностям прерывания жизни, это касается как эвтаназии, так и вопроса о преждевременном прерывании беременности. Только в последнее время появилась информация о том, что Папа Римский разрешил священникам прощать грехи, связанные с абортными. Правда, следует учитывать, что такие строгие запреты обычно касаются лиц данной конфессии и далеко не всегда распространяются на еретиков и иноверцев.

Итак, ответственность за жизнь и здоровье другого человека есть основное моральное требование для целого ряда профессий. Процесс формирования такой ответственности является делом особой социальной значимости. В качестве основной проблемы на этом пути выступает противоречие между чувством самосохранения и необходимостью или принципиальной перспективой пожертвовать собой ради другого человека или изменить свою жизнь по той же причине. Ибо человек — это единственное живое существо на нашей планете, который осознает уникальность своего индивидуального существования, свою смертность, а также обладает свободой выбора различных возможностей существования. При этом человек является существом биосоциальным, и далеко не всегда биологическое (например, нрав или норы) может сниматься или подавляться путем воспитания в социуме. Эти обстоятельства необходимо серьезным образом учитывать при выборе профессии.

Процесс формирования ответственности за другого человека происходит в образовательной среде, т.е. в ходе получения высшего или среднего профессионального образования. Современная образовательная парадигма предполагает формирование соответствующих профессиональных компетенций. Компетен-

© Малюкова О. В., 2016

\* Малюкова О. В., доктор философских наук, профессор кафедры философских и социально-экономических дисциплин Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)



ция включает в себя знания, навыки и умения (так называемый подход ЗУН в образовании). Однако понятие компетенции включает в себя нечто большее, чем знания и умения. Компетентностный подход в образовании предполагает освоение учащимися умений, позволяющих действовать в новых, неопределенных, проблемных ситуациях. Главный признак компетентностного подхода — способность обучающегося к самообучению в дальнейшем. Основным результатом обучения — готовность использовать полученные знания и умения в незнакомой жизненной ситуации. Компетенция есть готовность человека к мобилизации знаний, умений для эффективной деятельности в конкретной жизненной ситуации.

Содержание и структура высшего и среднего профессионального образования в области педагогики, юриспруденции и медицины имеет своей конечной целью не только формирование профессионала, но и воспитание личности, глубоко чувствующей свою ответственность за другого человека. Идея ответственности встроена в само содержание основных и вспомогательных учебных дисциплин. В качестве основных дисциплин выступают психология и педагогика для педагогов, теория государства и права для юристов, лечебное дело для медиков. Кроме этого, параллельно, но в обязательном порядке изучаются правоведение и профессиональная этика применительно к получаемой профессии.

Профессиональная этика обозначает профессиональные моральные нормы — это в первую очередь «профессиональная этика юриста», «профессиональная этика педагога» и «профессиональная этика врача». Профессиональная этика представляет собой систему моральных принципов, норм и правил поведения специалиста с учетом особенностей его профессиональной деятельности и конкретной ситуации. Профессиональная этика является неотъемлемой частью подготовки любого профессионала, особенно в вышеуказанных областях.

Содержание любой профессиональной этики складывается из общих и частных требований общечеловеческой морали. Общие принципы профессиональной этики включают в себя профессиональную солидарность, профессиональное понимание своего долга и чести, а также профессиональную ответственность, обусловленную предметом и родом деятельности.

Частные принципы профессиональной этики вытекают из конкретных условий, содержания и специфики той или иной профессии и достаточно часто выражаются в моральных кодексах — своеобразных требованиях по отношению к специалистам. В настоящее время такие кодексы стали крайне популярны для самых разнообразных профессий, для их создания и принятия формируются профессиональные сообщества. Такие мероприятия, во-первых, повышают сам статус профессии, а во-вторых, напоминают самим специалистам об их профессиональной ответственности. Ибо создание и тиражирование подобных моральных кодексов не в последнюю очередь фиксирует то обстоятельство, что в любой профессии высокого уровня ответственности дела складываются далеко не лучшим образом, имеют место взяточничество, коррупция, кумовство и т.д.

Традиционно профессиональная этика формировалась и функционировала лишь в тех видах профессиональной деятельности, в которых всегда явно наличествовала серьезная зависимость людей от действий профессионала. Именно в медицине, педагогике и юриспруденции действия профессионала или последствия этих действий оказывают особое влияние на жизнь и судьбы других людей или человечества.

В настоящее время помимо традиционных видов профессиональной этики стали появляться относительно новые виды профессиональных кодексов, соответствующих как старым, так и новым видам человеческой деятельности. Данные профессиональные кодексы либо уже сформировались, либо находятся в процессе актуализации. Это явление можно наблюдать в следующих областях — инженерная деятельность, журналистская деятельность, экология, научные исследования во всех сферах, сфера бизнеса, управленческая деятельность, корпоративная культура, транспортная сфера, жизнь и деятельность военнослужащих. Существенное усложнение и дифференциация общественной жизни привели к возрастанию роли человеческого или субъективного фактора во многих сферах человеческой деятельности. Такое возрастание можно назвать аналогом известного «эффекта бабочки». Хорошо известно, что значительная часть техногенных катастроф связана именно с человеческим фактором, а именно с его безответственностью, малограмотностью, непрофессионализмом и т.д. В условиях информационной цивилизации некоторые виды деятельности резко усилили свое влияние на

общество, как в позитивном, так и в негативном аспектах. Речь идет об управленческой деятельности и работе СМИ, их место и роль в жизни общества меняются на глазах.

Профессионализм, компетентность, ответственное отношение к труду являются важными качественными характеристиками морального облика личности. Они имеют первостепенное значение в личностной оценке индивида с позиций как профессиональной этики, так и общей теории морали. Содержание, смысл и оценка этих качеств в различных типах обществ и на различных этапах исторического развития совпадали далеко не всегда. Существуют формы социального неравенства видов труда, противоположность умственного и физического труда, выделяются привилегированные и непривилегированные профессии, престижные и непрестижные формы получения профессионального образования, выгодные и невыгодные виды предпринимательства. В наше время статус профессии существенно зависит от ее раскрученности в СМИ и т. д.

Итак, к некоторым видам профессиональной деятельности общество предъявляет повышенные моральные требования. Существуют профессии, представители которых получают право распоряжаться жизнью других людей. Это врачи, учителя, работники правоохранительных органов, водители общественного транспорта, летчики гражданской авиации и др. Существуют профессии, в которых процесс труда основывается на высокой согласованности действий его участников, требуя от них солидарного поведения. Это представители строительных специальностей, медицинские работники, военнослужащие и др. Существуют профессии, представители которых имеют право распоряжаться или управлять значительными материальными или культурными ценностями. Это управленцы всех видов, банковские служащие, музейные работники и др.

Профессиональная этика не фиксирует различия в степени моральности различных профессиональных групп и не является ее следствием. Любая этика есть дисциплина нормативная. В профессиональной этике проблемой является не фактический уровень моральности (к сожалению, довольно низкий), а само долженствование (как должно быть). Такое долженствование, если оно остается нереализованным, может каким-либо образом, и даже достаточно существенно, воспрепятствовать полноценному исполнению профессиональных обязанностей.

Профессиональные виды этики фиксируют специфические особенности профессиональной деятельности, которые направлены непосредственно на человека в тех или иных условиях его жизни и деятельности в обществе. В результате складываются профессиональные моральные нормы, которые представляют собой руководящие начала, правила, образцы, эталоны поведения личности на основе профессионально-гуманистических идеалов.

В настоящее время профессиональная этика развивается как обобщение реальных поведенческих практик представителей каждой профессии. Эти обобщения воплощены как в практических кодексах поведения различных профессиональных групп, так и в форме теоретических выводов, что свидетельствует о формировании теоретического уровня профессиональной морали. Основными видами сформированной профессиональной этики являются: врачебная этика, педагогическая этика, этика ученого, юриста, предпринимателя (бизнесмена), инженера и т. д. Каждый вид профессиональной этики определяется своеобразием профессиональной деятельности, имеет свои специфические аспекты в реализации норм и принципов морали и в совокупности составляет профессиональный кодекс морали.

Основное назначение профессиональной этики состоит в том, что она обеспечивает реализацию общих моральных норм в условиях профессиональной деятельности людей, способствует успешному осуществлению профессиональных обязанностей. Профессиональная этика помогает специалисту избегать ошибок, выбирать наиболее правильную линию поведения в различных ситуациях трудовой деятельности. Знание профессиональной этики не может дать готовые рецепты на все случаи жизни, но может научить культуре профессионального мышления, а также дать надежные ориентиры для решения профессиональных проблем в стандартных и нестандартных ситуациях.

Одним из наиболее характерных видов профессиональной этики, имеющим особую социальную значимость, является этика юриста.

Профессиональная этика юриста, или юридическая этика, является специфической формой проявления морали в целом. Речь идет о совокупности конкретизированных общих нравственных принципов, норм применительно к правоохранительной и правоприменительной деятельности юриста. Они и составляют основное содержание этого вида этики.

Понятие профессиональной этики юриста характеризуется следующими признаками:

- это одна из отраслей профессиональной этики;
- предметом изучения является профессиональная мораль юриста;
- профессиональная этика юриста есть совокупность нравственного сознания, профессиональных практик и отношений;
- профессиональная этика определяет и профессиональный труд, и внеслужебное поведение юристов;
- профессионально-нравственное сознание включает в себя как нравственные принципы и нормы общепринятые, но действующие специфично в условиях юридического труда, так и особые нравственные нормы, порождаемые своеобразием ситуаций в практике профессионального труда и внеслужебного поведения юристов;
- особые нормы профессиональной морали юриста не могут противоречить системе общих нравственных принципов или ограничивать их действие;
- принципы и нормы профессиональной морали юристов в совокупности с правовыми принципами и нормами определяют содержание профессионального долга юристов и регулируют их отношения с гражданами, между собой и с обществом в целом.

Таким образом, профессиональная этика юриста представляет собой совокупность нравственных представлений и установок, находящихся свое проявление в поведении представителей определенной социальной группы общества — юристов. Наряду с общими нормами моральных отношений в любой профессиональной деятельности, юридическая этика формулирует дополнительные требования и нормы, вытекающие из качественного своеобразия профессии юриста.

Общественная полезность и характер деятельности профессиональных юристов, в том числе и сотрудников правоохранительных органов, важность сферы их деятельности (цель, средства и конечный результат) предполагают специфически профессиональные нравственные требования. Особенность профессиональной морали юристов является результатом специфического преломления общих принципов и норм морали в их служебной деятельности и неслужебном поведении и выражается в следующих чертах:

1. Ни в какой другой области жизни нормы поведения, морали не являются в макси-

мальной степени обязательными и определенными.

2. Моральные нормы юриста юридически оформлены, подкреплены законом, установлены государством.
3. Нормы и принципы профессиональной этики юриста носят повелительный характер и требуют исполнительности, обязательности выполнения.
4. Действия профессиональных юристов при всей их строгости должны быть справедливыми, не унижающими человеческое достоинство и вместе с тем непримиримыми к нарушителям законности.
5. Отношения профессиональных юристов с гражданами требуют индивидуального подхода и внутренней культуры и такта.
6. При применении права юристами необходимо ко всему подходить с точки зрения закона, отрешившись от своих личных симпатий и антипатий.

Из всех этих особенностей складывается во всей полноте профессиональная этика юриста, его нравственная культура в целом. Целями и задачами юристов являются: обеспечение личной безопасности граждан; предупреждение и пресечение преступлений, их раскрытие; охрана общественного порядка; оказание помощи гражданам, должностным лицам, частным и государственным предприятиям, организациям и общественным объединениям в осуществлении их законных прав и интересов.

Исходя из этого, формируется определенная социальная программа, которая должна быть выполнена в процессе профессиональной деятельности.

Однако в целом ряде случаев полученный результат может содержать нечто такое, что заранее не было предусмотрено, более того, результат может оказаться как позитивным, так и негативным. Такие отклонения между целью и результатом объясняются следующими причинами:

- противоречивость взаимодействия материальных и духовных сторон в профессиональной деятельности юристов, когда существуют заметные расхождения интересов и целей различных участников;
- недостаточность экономических средств, необходимых для решения задач;
- недобросовестность юристов для достижения результата, преобладание либерализма и благодушия или излишней подозрительности и придирчивости.

Критерием нравственности средств, используемых в профессиональной деятельности юристов, должна быть только законность, тогда и результат деятельности юриста будет справедливым и нравственным. М. С. Строго-

вич писал, что всякое решение, принимаемое государственными органами, «должно быть законно и справедливо; более того, законным может быть только справедливое решение, несправедливость не может быть законной»<sup>1</sup>.

## SCIENTIFIC LIFE

### INTERREGIONAL CONFERENCE "ETHICS OF PETER ALEXEYEVICH KROPOTKIN AND THE PROBLEM OF CORRELATION OF MORALITY AND LAW: RESULTS AND PERSPECTIVES"

**Review:** *Interregional Conference "Ethics of Peter Alexseyevich Kropotkin and the Problem of Correlation of Morality and Law: Results and Perspectives" took place at the Kutafin Moscow State University (MSAL) on September 25-26, September 30, 2015. The Conference is the result of cooperation between the two clubs, namely, the Moscow-Petersburg Philosophical Club headed by the Director of the Institute of Philosophy of the Russian Academy of Sciences, Academician, Doctor of Philosophy, Professor Abdusalam Huseynov, and the philosophy and law club "The moral dimension of law" presided over by Doctor of Philosophy, Professor of Philosophy and Social and Economic Disciplines of the Kutafin Moscow State Academy of Law (MSAL), Vyacheslav Artemov. The theme itself was initiated by Academician Abdusalam Huseynov, which could not but attract the attention of the philosophical community. The Conference was also influenced by the long-lasting cooperation with the Department of Ethics of the Faculty of Philosophy of the Lomonosov Moscow State University headed by Doctor of Philosophy, Professor Alexander Rasin. Our University hosted prominent scholars representing various branches of philosophy, ethics, law and other social sciences and humanities, experienced lecturers and authoritative public figures of Moscow and St. Petersburg. An atmosphere of creativity reigned in the main hall of the leading Russian law school. Vyacheslav Artemov opened and presided over the Conference sessions. The Vice-Rector for Research of the Kutafin Moscow State University (MSAL), Professor Vladimir Sinyukov made his opening speech that can be considered as an interesting report itself. In his opening speech Abdusalam Huseynov, having drawn attention to the fact of cooperation of clubs and sensitive theme of the discussion, showed his appreciation of the University Hosting the Conference for their freedom of thought and courage. It took one academician, twelve doctors, ten candidates, several young lecturers, graduate students and five students only three days to make 29 reports. The main purpose of the project to initiate joint search for philosophers, ethicists, sociologists, historians, lawyers and other professionals working in the direction of strengthening morality in law was successfully achieved. The club "The Moral Dimension of Law" is ready to engage more professors and lecturers, enter other research fields and carry out expert ethical review.*

**Keywords:** *interregional scientific conference, cooperation of clubs, philosophical community, ethical legacy of Peter Kropotkin, freedom of thinking, moral and philosophic review of law.*

<sup>1</sup> Проблемы судебной этики / под ред. М. С. Строговича. М. : Наука, 1974. С. 28.

## УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

*Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы»  
[http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific\\_journals/lex\\_russica/](http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/lex_russica/)*

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. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
  - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
  - лица, имеющие учёные степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один Автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
6. Статья направляется в редакцию. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. Для аспирантов и соискателей обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не требуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
  - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 15–30 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;
  - 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.

8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
10. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). 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, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
11. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

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**

Телефон редакции: (8-499)244-85-56.

Почтовый адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: [lexrus@msal.ru](mailto:lexrus@msal.ru)

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 15,81 усл.-печ.л., формат 60x84<sup>1</sup>/<sub>8</sub>. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 14.12.2015 г.

Редактор *М.В. Баукина*

Корректор *А.Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка *Т.В. Серёгина*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),  
123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

**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.