

Министерство образования и науки Российской Федерации
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Московский государственный юридический университет
имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»

LEX RUSSICA

№ 2, 2015 (февраль)

2015 (изд. с 1948 г.). НАУЧНЫЕ ТРУДЫ МГЮА. Том ХСІХ (№ 14)

Председатель Редакционного совета

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

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

ГАВРИЛОВА Ольга Андреевна — эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

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 Камилль 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, заведующая кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна — доктор юридических наук, профессор, заведующая 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.

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования

КОМОРИДА Акио — профессор Университета Канагава (Япония).

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

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

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

ПАН Дунмэй — кандидат юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.

ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич — доктор юридических наук, вице-президент Федеральной палаты адвокатов России, председатель Совета коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма «ЮСТ»».

РАДЬКО Тимофей Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.

РАРОГ Алексей Иванович — 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.

РАССОЛОВ Илья Михайлович — доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».

РЫБАКОВ Олег Юрьевич — 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.

ТУМАНОВА Лидия Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.

ФЕДОРОВ Александр Вячеславович — заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».

ХЕЛЛЬМАНН Уве — Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права, декан юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

ШУГРИНА Екатерина Сергеевна — доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, председатель Редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Актуальные проблемы российского права».

де ЗВААН Яап — профессор Роттердамского университета (Голландия), профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

2015 (Published in 1948)

RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That XCIX (№ 14)

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

GAVRILOVA, Olga Andreevna — 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.

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 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.

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

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

PILIPENKO, Yuri Sergeevich — 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».

RADKO, Timofey Nikolaevich — 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.

RAROG, Aleksey Ivanovich — 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.

RASSOLOV, Ilya Mikhailovich — 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».

RYBAKOV, Oleg Yurievich — Rybakov, Oleg Yurievich - 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.

TUMANOVA, Lidia Vladimirovna — 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.

FEDOROV, Aleksandr Vyacheslavovich — 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).

HELLMANN, Uwe — Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).

SHEVELEVA, Natalia Aleksandrovna — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of State and Administrative Law, the Dean of the Law Faculty of the St. Petersburg State University.

SHUGRINA, Ekaterina Sergeevna — Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Head of the Editorial Advisory Board of the Kutafin Moscow State Law University, the Editor-in-Chief of the journal «Topical Problems of Russian Law».

dE ZWAAN, Jaap Willem — Professor of the Rotterdam University (Holland), Professor of the Jean Monnet Chair (the EU).

СОДЕРЖАНИЕ

КОЛОНКА РЕДАКТОРА	7	СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ	
ВИЗИТНАЯ КАРТОЧКА		<i>Йоахим Грубер (Joachim Gruber)</i>	
<i>Рольф Граверт (Rolf Grawert)</i>		Ответственность адвоката в Германии	
Юриспруденция в Потсдаме:		и во Франции при рассмотрении дел,	
история основания	8	связанных с применением норм	
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА		зарубежного права или	
<i>Карола Шульце (Carola Schulze)</i>		при совместной работе	
Постметафизическое мышление		с зарубежными адвокатами	74
и переосмысление права разума			
(справедливость в восприятии Лумана,			
Хабермаса и Деррида)	16		
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА		ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ	
<i>Детлев В. Беллинг (Detlev W. Belling),</i>		<i>П.В. Головненков</i>	
<i>Антъе Херольд (Antje Herold),</i>		Уголовно-правовые последствия	
<i>Марек Кнайс (Marek Kneis)</i>		корпоративно-правового признания	
Действие основных прав		«компаний третьих стран»	
между частными лицами	26	при совершении преступных деяний	
ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ		в сфере несостоятельности	81
ОТРАСЛЕЙ ПРАВА			
<i>Хартмут Бауэр (Hartmut Bauer)</i>		<i>Уве Хелльманн (Uwe Hellmann)</i>	
Новые тенденции		Телефон как тайно	
административного права		применяемый инструмент	
в период приватизации	32	предварительного расследования	90
<i>Тобиас Леттл (Tobias Lettl)</i>			
Система правил		ИМЯ В НАУКЕ	
добросовестной конкуренции в Евросоюзе	47	<i>Штефан Гатцхаммер (Stefan Gatzhammer)</i>	
<i>Отмар Зойль (Otmar Seul),</i>		<i>Вольфганг Лошельдер:</i>	
<i>Анна-Лиза Гейне (Anna-Lisa Heune)</i>		ректор, профессор, доктор права	
Принцип subsidiarности		(1940–2013)	99
в трудовом праве Германии.		<i>Хартмут Бауэр (Hartmut Bauer)</i>	
Иерархия норм и принцип subsidiarности	57	<i>Вольфганг Лошельдер</i>	107
МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО		ИСТОРИЯ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ	
<i>Эккарт Кляйн (Eckart Klein)</i>		<i>Йенс Петерсен (Jens Petersen)</i>	
Страты международного права	65	Утопия права Вальтера Ратенау	109
		УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ	
		И ТРЕБОВАНИЯ	
		К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ	
		В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ	
		И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ	116

CONTENTS

EDITORIAL	7	COMPARATIVE LEGAL STUDIES	
VISIT CARD		<i>Joachim Gruber</i>	
<i>Rolf Grawert</i>		Responsibility of an advocate in Germany	
Jurisprudence in Potsdam:		and in France when dealing with	
foundation history.....	8	the cases concerning application	
		of the norms of foreign law	
		or when working together with	
		the foreign advocates.....	74
PHILOSOPHY OF LAW		FIGHTING CRIME	
<i>Carola Schulze</i>		<i>P.V. Golovnenkov</i>	
Post-metaphysical thinking		Criminal law consequences	
and rethinking the rights of the mind		of corporate legal recognition	
(justice in the perception of Niklas Luhman,		of the «third state companies»	
Jurgen Habermas and Jacques Derrida)	16	when committing insolvency crimes	81
HUMAN RIGHTS		<i>Uwe Hellmann</i>	
<i>Detlev W. Belling, Antje Herold, Marek Kneis</i>		Telephone as a secretly used appliance	
Application of basic human rights among		in preliminary investigation.....	90
the individuals	26	NAME IN SCIENCE	
THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW		<i>Stefan Gatzhammer</i>	
<i>Hartmut Bauer</i>		Wolfgang Loschelder:	
New tendencies		Rector, Professor, Doctor of Law	
in the administrative law		(1940-2013).....	99
at the time of privatization.....	32	<i>Hartmut Bauer</i>	
<i>Tobias Lettl</i>		Wolfgang Loschelder	107
System of rules for		HISTORY OF LEGAL THOUGHT	
the fair competition		<i>Jens Petersen</i>	
in the European Union	47	Legal utopia of Walter Rathenau.....	109
<i>Otmar Seul, Anna-Lisa Heyne</i>		PUBLISHING CONDITIONS	
Subsidiarity principle		AND THE REQUIREMENTS	
in the labor law of Germany.		TO THE MATERIALS	
Hierarchy of norms		FOR THE JOURNAL	116
and the principle of subsidiarity.....	57		
INTERNATIONAL LAW			
<i>Eckart Klein</i>			
Strata in the international law.....	65		

КОЛОНКА РЕДАКТОРА

Как отмечают многие специалисты, в современном мире усиливаются интеграционные процессы во многих сферах государственной и общественной жизни, в том числе и в области права. Особенно возрастает научный интерес к изучению и взаимному использованию опыта развития национальных законодательств, обмену правовой информацией и научными идеями.

Еще в начале XX в. Н.Д. Сергеевский писал, что наука «не может ограничиться положительным правом какого-либо одного народа (правом отечественным). В качестве необходимого материала должны быть привлекаемы определения права других государств... Международные влияния проникают во все сферы, и игнорировать их мы ее можем. Постоянные международные сношения имеют своим последствием развитие целого ряда, так сказать, общенародных институтов, которые нисколько не мешают самостоятельному развитию учреждений национальных, но для собственного своего приложения и понимания требуют знакомства с правом других стран»¹.

Мировое сообщество и государства признают важное значение общеправовых принципов и поддерживают сближение различных правовых систем. Возрастает интерес к изучению и взаимному использованию опыта развития национальных законодательств, обмену правовой информацией и научными идеями. В связи

с этим данный номер журнала полностью посвящен зарубежному праву, в особенности немецкому. Практически в целом он подготовлен нашими коллегами из Потсдамского университета. С этим вузом Университет имени О.Е. Кутафина поддерживает давние и тесные связи, в рамках которых проводится много различных мероприятий, в том числе семинаров, круглых столов и т.д. Кроме статей немецких ученых представлены материалы специалистов и иных стран (например, Франции).

Перевод статей осуществлен преподавателями кафедр иностранных языков Университета имени О.Е. Кутафина (они указаны применительно к каждой статье). Научное редактирование переводов осуществлено под руководством доктора права Павла Головненкова научными сотрудниками Потсдамского университета Евгенией Линк и Ольгой Прокопьевой.

Представленные в этом номере материалы – только часть из статей, которые мы планируем опубликовать. Ряд статей по актуальным проблемам государства и права редколлегия намеревается дать в третьем номере журнала. Надеемся, что указанные публикации заинтересуют не только читателя, изучающего зарубежное право, но и специалистов, занимающихся, например, сравнительным правоведением; они, на наш взгляд, будут полезны и юристам, чьи научные интересы лежат в сфере национального права.

¹ Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Пг.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1915. С. 2.

ЮРИСПРУДЕНЦИЯ В ПОТСДАМЕ: ИСТОРИЯ ОСНОВАНИЯ**

ius prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia
(Ульпиан. Dig. 1. 1. 10. 2)

I. Введение

Есть города, очарование которых больше связано с их образом, а не с их окружением. Веймар — это классика. Гейдельберг — это романтика. Потсдам — это место размещения прусского гарнизона. Может ли он быть городом науки?

Когда я в 1991 г. приехал в Потсдам, времена Вольтера и Лессинга были уже давно позади. Пруссия, в которой место захоронения Фридриха Великого посетили сначала Наполеон, а позже Гитлер с Гинденбургом, была отдана во власть домов-коробок и социалистической магистралей. Дворцовая площадь — пустота. Бассинплатц — нечто грязноватое. Новый дворец — окружен бараками. По дороге в Сан-Суси я наблюдал запущенные сады и разрушающиеся виллы. Генрих Гейне в своих «Путевых картинах» с ироничным уважением писал: «Таким памятником представляется нам, например, Потсдам; по его пустынным улицам мы бродим, как среди посмертных творений философа из Сан-Суси, он принадлежит к его *oeuvres posthumes* (посмертным произведениям); хотя Потсдам и оказался лишь каменной макулатурой, хотя в нем много смешного, все же мы смотрим на него с настоя-

щим интересом и время от времени подавляем в себе желание посмеяться, как бы боясь получить по спине удар камышовой трости старого Фрица».

Однако смех улечивается, когда мы узнаем, что Вильгельм фон Гумбольдт планировал основать университет в Потсдаме, резиденции двора, после победы Наполеона над Пруссией и потери Галле. И только королевская воля Фридриха Вильгельма IV, который стремился духовно обогатить Берлин, перенесла университет в 1810 г. на Унтер-ден-Линден. Тем не менее братья фон Гумбольдт в своих всемирно известных сочинениях упоминали Потсдам, где в 1767 г. родился старший брат Вильгельм, и почетным гражданином которого стал младший наиболее знаменитый Александр. Герман фон Гельмгольц (1821–1894) и Эрнст Генрих Геккель (1834–1919) также родом из этого города. Дом Эйнштейна находится неподалеку в Капуте, почти напротив дома Великого курфюрста. Кроме того, Потсдам ожидало естественнонаучное будущее.

Но касается ли это правовых наук? Бабельсберг я раньше знал только лишь как место размещения UFA и DEFA (немецкие киностудии) и шикарных вилл. И все-таки я знал, что берлинский средневековый зал суда в 1871 г. был перенесен на холм парка Ленне в Бабельсберг. По его нынешнему, довольно запущенному внешнему виду нельзя заключить, что он воплощает собой идею истинного права Ульпиана. Но тем

© Grawert R., 2015

* Граверт Рольф (Grawert Rolf) — Dr. iur. habil., emeritus профессор юридического факультета Рурского университета г. Бохум, почётный профессор Краковской академии (Akademia Krakowska Andrzeja Frycza Modrzewskiego). [Rolf.Grawert@ruhi-uni-bochum.de]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel Str., 89.

Автор настоящего эссе (предназначенного для тех читателей-студентов, которые двадцать лет назад еще ничего не знали о юриспруденции и ее преподавателях) до ухода на пенсию был заведующим кафедрой публичного права и истории конституции университета г. Бохум, исполняющим обязанности председателя экзаменационной комиссии Верховного суда федеральной земли, расположенного в г. Хамм, и судьей Верховного административного суда федеральной земли Северный Рейн-Вестфалия (наряду с должностью университетского профессора). Автор являлся деканом-основателем Юридического факультета Потсдамского университета.

** Ретроспектива была создана по просьбе главного редактора юридического журнала Потсдамского университета «Studere — Rechtszeitschrift der Universität Potsdam», господина Филипа Матушка (*Philip Matuschka*).

не менее юридический факультет Потсдамского университета, который в этом году празднует 20 лет со дня своего основания, не возник из ничего¹. Хотя ГДР спрятало Берлинский университет им. Гумбольдта за своей Стеной, в Потсдаме было открыто несколько третичных образовательных учреждений на его основе. В городе по направлению с запада на восток, то есть от Гольма до Бабельсберга, возникли: «Институт Министерства государственной безопасности» в Потсдам-Айхе, «Педагогический институт им. Карла Либкнехта» в коммуне Новый дворец² и в Бабельсберге, «Академия государства и права им. Вальтера Ульбриха» и (осторожно: закрытая зона!) «Юридический институт Министерства государственной безопасности», который в 1951 г. расположился в зданиях «Командира батальона связи ВВС»³, а после объединения Германии был безвозвратно расформирован, в то время как двум другим учреждениям было суждено послужить фундаментом для основания нового университета в Потсдаме. Для этого решения имелись политические и стратегические причины. Новое правительство Бранденбурга не хотело рубить с плеча. Оно даже восстановило университет во Франкфурте-на-Одере, который был основан в 1506 г., однако в 1811 г. был перемещен в Бреслау вслед за основанием Берлинского университета в 1810 г. Таким образом, Бранденбург смог позволить себе иметь два университета, специализировавшихся на юриспруденции, помимо технического университета в Котбусе, неподалеку от Дрездена. Несмотря на множество неблагоприятных прогнозов и близость Берлина, существованию институтов Бранденбурга ничто не угрожает, они осваивают не охваченные высшим образованием районы, продолжая политику Фридриха Великого.

В начале января 1991 г. я вошел с некоторым трепетом в здание на Грибницзее⁴. Оно было безлюдным, но импозантным: расположенное прямо на прежней границе между двумя немецкими государствами, элегантное здание Альберта Шпеера, с мраморными полами, облицованными дубом стенами, колонным залом,

простирающимся на два этажа. И я вспоминал: эти залы я видел в немецко-венгерском фильме «Мефисто»; Брандауэр играл Мефистофеля, прообразом которого был Густав Грюндгенс, по роману Клауса Манна, публикацию которого Федеральный Конституционный суд, однако, запретил в 1971 г. с целью посмертной защиты личности актера⁵. Ранее здесь была резиденция Немецкого Красного Креста. Я сидел в благородной анфиладе президентских комнат с двусторонними окнами высотой в этаж, социалистическими телефонами и мебелью, здесь я планировал основать юридический факультет. Так как мне, помимо всего прочего, вменялись в обязанность оценка и отбор профессуры и ассистентов, которые не были уволены сразу же после объединения, я начал знакомиться ближе с людьми, жизнь которых нужно было перевернуть и которых на Западе нас учили называть «братьями и сестрами». Я представлял себе Потсдам времен курфюрста, Фридриха и крупной буржуазии, а увидел я распадающееся общество, которое мешало безнадежность с надеждами. Первое решение, которое потребовалось от меня в холодном январе 1991 г., касалось отопления: кто-то должен был заказывать и оплачивать бурый уголь, который больше не выдавался бесплатно. Я принял спонтанное решение, что тепло нужно немедленно, а оплата может быть позже. Таким образом, к основанию факультета мы подошли, полностью снабженные энергией и теплом.

II. Реликты у истоков университета⁶

Открывался ли факультет повторно или это было новое основание факультета? На этот вопрос можно ответить с организационно-правовой точки зрения, а также с точки зрения исторической перспективы, и, «естественно»⁷, позиция и точка зрения при этом играют решающую роль. Основание университета в Потсдаме и его юридического факультета происходило в контексте соглашения о сотрудничестве земли Северный Рейн-Вестфалия с землей Бранденбург, подобного аналогичным соглашениям между землями после объединения Германии⁸. Пре-

¹ Эта «элегантная» формулировка превратилась в штамп; я неохотно повторяю ее.

² Об истории этого учреждения с точки зрения историографии ГДР см.: Autorenkollektiv. Kurzer Abriss der Geschichte einer Lehrerausbildungsstätte, Teil I: 1948–1961, Teil II: 1961–1970, Teil III: 1971–1981, Potsdam — (несмотря на ценное издание без указания даты публикации).

³ В одном из нескольких пустующих барачных зданий я провел свою первую ночь в Потсдаме. Относительно практики образования и защиты в этом учебном заведении — с 1951 г. «Институт министерства государственной безопасности», с 1965 г. «Юридический институт» см.: Bleek W., Mertens L. DDR-Dissertationen. 1984. S. 220 и далее. (здесь ошибочно указана дата основания — 1961 г.).

⁴ В качестве приложения: Jaszinski R., Wicke M., Der Universitätsstandort Griebnitzsee. Ein historischer Überblick, 1988. URL: www.vicia.de/files/Griebnitzsee_drk.pdf.

⁵ BVerfGE 30, 173 — Mephisto-Entscheidung — (Решение по делу «Мефистофеля»). Здесь лица, интересующиеся правом, также могут узнать, что означает мое фамильное выражение «запретить», с позиции конституционного процессуального права.

⁶ Для не владеющих латынью, чтобы избежать упрека в ненаучности или коварстве: понятие «реликт» этимологически происходит от лат. «relinquere» = «оставлять» и таким образом имеет связь с понятием «Reliquie», которое означает «пережитки», см. об этом: Grimm's Deutsches Wörterbuch, 8. Bd. 1893. Sp. 804.

⁷ Любимое слово австрийского поэта Томаса Бернхарда (Thomas Bernhard), чей 80 день рождения праздновался 9 февраля 1931 г., то есть также в этом году.

⁸ См. об этом сотрудничестве: Grawert R. Hochschulentwicklung im west-ost-deutschen Spagat // RUBIN (Wissenschaftsmagazin der Ruhr-Universität Bochum). 1992. № 2. S. 1.

подаватели земли Северный Рейн-Вестфалия и служащие министерства считали, что в Потсдаме происходит нечто совершенно новое, мало связанное с предшествующими событиями. И наоборот, жизненные и профессиональные интересы местных жителей были связаны с прошлым. Между тем в официальных и частных сообщениях закрепилось промежуточное мнение, и я полагал, что оно лучше всего отвечает различным обстоятельствам и процессам в Потсдаме. Новое начинание на исторической почве⁹.

Самым нижним послевоенным слоем этой «почвы» послужила Немецкая академия управления, основанная в 1948 г. по поручению главы советской военной администрации в Форст Цинна (округ Лукенвальде) и перенесенная в 1952 г., спустя три года после основания ГДР, в Бабельсберг. Позже, после объединения с Институтом Юстиции и Немецким институтом права, она была преобразована в «Немецкую академию государственных и правовых наук им. Вальтера Ульбрихта». Имя Ульбрихта она носила до 1972 г.¹⁰ Её первым президентом был профессор, доктор Артур Баумгартен¹¹. Позже от слова «Немецкая» в названии отказались, так что Академия попала в водоворот перемен 1989 г. только как одна из «ГДРовских», на тот момент она была разделена на несколько институтов или секций¹².

В историю права Академия вошла прежде всего в связи с пользующейся печальной известностью Бабельсбергской конференцией, которая проводилась в апреле 1958 г. под эгидой Вальтера Ульбрихта¹³. Он прочитал основной

доклад (подготовленный для него), в котором подверг критике непартийную правовую науку, призвал Академию к «ориентации на более сильную марксистско-ленинскую базу в области государственных и правовых наук» и в связи с этим подчеркнул необходимость «оценки государственных и правовых воззрений граждан с позиции партии»¹⁴. Конференция поставила крест на научных началах правового государства, связанных с административным правом и юрисдикцией, которые когда-то были заложены Фридрихом Великим благодаря разделению власти и права¹⁵.

В Академии работало большое количество профессоров¹⁶, доцентов, ассистентов и сотрудников, которые обеспечивали интенсивное обучение и исключительную квалификацию студентов. По окончании полного курса обучения они становились дипломированными юристами. Однако изучение правовых наук сменило «Учение о государстве». Подвергнутое в докладе Ульбрихта формальной критике специальное юридическое образование было поглощено муштрой марксизма-ленинизма в течение нескольких семестров. В Академии было возможно получение степени «Dr. jur.» (А-степень), а также получение степени «Dr. jur. habil.» (В-степень) после защиты диссертации. В рамках линии партии Академия стала образовательным и исследовательским центром.

Падение ГДР положило конец и Академии. В феврале 1990 г. реформированный после воссоединения Германии Совет министров ГДР принял решение о ее преобразовании в «Институт права и управления», что должно было способствовать возврату к свободной правовой науке на основе принципов гражданского государства. Ректором этого института стал профессор аграрного права, доктор Рольф Штединг. Под его эгидой институт пережил частичные, но болезненные преобразования не только в структурном плане, но и, прежде всего, в плане смены состава. Однако, согласно ст. 13, абз. 1 Соглашения об объединении от августа 1990 г.¹⁷ и согласно решению нового правительства земли Бранденбург от 31 декабря 1990 г., институт был расформирован за исключением двух юридических секций: «Теоретические основы права

⁹ См. мое предисловие в качестве декана-основателя: Universität Potsdam. Juristische Fakultät, Studienführer für das Wintersemester 1992/93. S. 5 и далее, которое была переиздано в «Обзоре курсов летнего семестра 1993 г.» и далее в измененной и сокращенной форме. См. среди прочего: Universität Potsdam. Die Juristische Fakultät stellt sich vor. 2008. S. 6; ср. далее описания: Grawert R. Bilanz einer Abwicklung und Neugründung: Die Juristische Fakultät Potsdam // Die Mitbestimmung. Monatszeitschrift der Hans-Böckler-Stiftung des Deutschen Gewerkschaftsbundes. 1991. H. 11. S. 53 и далее; Schwerdtfeger R. Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam // JuS. 1992. S. 531 и далее; Eckert J. Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam // JuS spezial. Beil. zu 1994. H. 7. S. XXXIII и далее; Mitzner R. Neubeginn am historischen Ort // Die Universität Potsdam. Geschichte — Bauten — Umgebung. 2001. S. 45–46, для пользователей Интернета: URL: www.jura.uni-potsdam.de/fakultaet/geschichte/

¹⁰ Ульбрихт под давлением Брежнева ушел в отставку в мае 1971 г. и был замещен Хонекером.

¹¹ В 1884–1966 гг.; профессор уголовного права и философии права в Женеве, Кёльне, Базеле; в 1933 г. эмиграция в Швейцарию; после войны переселение в ГДР; ректор института земли в Потсдаме и президент немецкой академии в Бабельсберге.

¹² Об истории подробнее: Autorenkollektiv. Die Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR 1948–1987. Abriss, 1988 — (некоторых членов коллектива я знал еще в 1990 г. как активных преподавателей); Bernhardt U. Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft «Walter Ulbricht» 1948–1971. 1997; Stolleis M. Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR. 2009, S. 121 и далее.

¹³ Об этом среди прочего см.: Eckert J. (Hrg.), Die Babelsberger Konferenz vom 2/3 April 1958–1993; Gipping S. Die Be-

deutung der «Babelsberger Konferenz» für die Verfassungs- und Wirtschaftsgeschichte der DDR. 1997.

¹⁴ См.: Autorenkollektiv. Op. cit. S. 58.

¹⁵ Относительно процесса Мюллер-Арнольд, который определенно имеет «в запасе» каждый студент Потсдама, см. (все еще образцовый): Schmidt E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 1947. S. 262 и далее.

¹⁶ Самой известной сотрудницей института с 1967 г. была внушающая страх министр юстиции Хильде Бенджамин, «Кровавая Хильда», см.: Feth A. Hilde Benjamin. Eine Biographie. 1997. S. 227 и далее; Brentzel M. Die Machtfrau. Hilde Benjamin. 1902–1989. 1997. S. 330 и далее; об этом же рецензия Rolf Grawert: DER STAAT. 2000. № 39. S. 314 и далее.

¹⁷ От 31.08.1990 (BGBl. II S. 889).

и публичное право», а также «Частное право». Образовательная деятельность была приостановлена, однако, вновь возобновилась к 15 января 1991 г.¹⁸ Судьба почти 500 студентов и около 680 сотрудников¹⁹ зависела от этого; судьба небольшой группы изолированных учащихся из Мозамбика также оставалась неопределенной, кроме того, в большой поточной аудитории сидело около 100 бывших офицеров ГДР, которых необходимо было каким-то образом «перевоспитывать» и для этого разработать концепцию юридического образования. Просьба о помощи в организации факультета дошла до меня в декабре 1990 г. В тот момент я являлся проректором по структуре, планированию и финансам Рурского университета г. Бохум, вел там свои лекции и семинары, но решил попробовать помочь. Будучи урожденным берлинцем довоенного времени, который, разумеется, был свидетелем разделения Берлина и Германии, я по этой причине спонтанно последовал (разрешите признаться здесь, без опасения рассмешить Гейне?) эмоциональному порыву. 2 января 1991 г. я уже был в Потсдаме.

К тому моменту «Педагогический институт» был преобразован в «Институт земли Бранденбург». Обе секции бывшей Академии, включая профессорско-преподавательский и вспомогательный персонал, а также библиотека права и управления стали ядром сформированного по приказу министра Эндерлейна 1 января 1991 г. «Отделения правовых наук». Пока я блуждал по прохладным коридорам Гренбницзее, я узнал, что во флигеле, в котором сегодня размещается современный лекционный зал, находилась специальная библиотека, доступ в которую по пропускам имел только избранный персонал, в ней можно даже было заглянуть в «Der Spiegel». В подвале, куда временами можно было войти только в резиновых сапогах, хранилась пришедшая в негодность литература. Сразу за зданием Шпеера еще недавно стояла Стена, о которой знакомый коллега вспоминал, покачивая головой, так как однажды в советские времена ему угрожал возле нее оружием советский солдат. В бабельсбергском парке находились учебные помещения, а также студенческая столовая. Эти холодные помещения к настоящему моменту были снесены. Прогулка вновь не прошла напрасно.

III. Процессы основания

Основание «Отделения правовых наук» Института земли Бранденбург началось с назначе-

ния министерством сроком на два года учредительной комиссии, членами которой, помимо меня как декана-основателя и председателя, являлись судья Федерального административного суда доктор Бонк, профессор, доктор Хоммельхофф (Гейдельберг: гражданское право и публичное право), Крузе (Бохум: налоговое право), Шлютер (Мюнстер: гражданское и публичное право), Штединг (Потсдам: аграрное и кооперативное право), а также Варда (Бохум: уголовное и уголовно-процессуальное право). Комиссия функционировала как ученый совет отделения и как апелляционная комиссия. В ней были собраны опытные профессионалы, которые были способны целенаправленно аргументировать и принимать быстрые решения без излишней болтовни. Недавно созданное Министерство науки во главе с министром Эндерлейном позволило нам — и это необходимо подчеркнуть — с этого момента действовать автономно, поддерживало нас конструктивно, так что мы смогли без бюрократических преград за короткий срок поставить отделение на ноги. Сжатые сроки основания Отделения, первого в Потсдаме и вообще в новых землях, на тот момент явились рецептом успеха, окрылившего также на основании Потсдамского университета²⁰. 15 июля 1991 г., благодаря закону о высших школах Бранденбурга от 24 июня 1991 г., «Отделение» — модный термин во времена многочисленных реформ высшей школы — выросло до размеров «Факультета».

К работе в деканате я смог привлечь госпожу доктора Швердтфегер в качестве ассистента декана, господина Хомей²¹ в качестве заместителя декана по учебной работе и госпожу Хофманн в качестве секретаря деканата. Когда я вспоминаю о том непривычном и необычном времени, я все еще удивляюсь образцовой, полной доверия, эффективной совместной работе, которой «нам четверым» удалось добиться за краткий срок, несмотря на глубокие различия в условиях жизни, биографии и невзирая на предрассудки. Так как я летал в Потсдам и обратно, чтобы исполнять свои должностные обязанности в Бохуме, а также работать в качестве приглашенного профессора в Кракове, я должен был полагаться на свою команду, что и мог делать без колебаний. Работа зачастую шла допоздна, но временами заканчивалась приятным ужином в Сессилиенхоф.

Для того чтобы перерыв в обучении не превратился в бездонную пропасть, студенты Бабельсберга фиктивно были зачислены уже с 1 января 1991 г. в Институт земли Бранденбург. Сокращенный таким образом зимний семестр 1991 г. можно было, как обычно, начать с 15 января 1991 г. Между тем мы организовали обучение

¹⁸ Я повторяю здесь *собственную* использованную мной в 1992 г. немного непрофессиональную формулировку (см. сн. 9), которая была заимствована Экертом (Eckert J. Op. cit.) и другими авторами.

¹⁹ Собственные записки автора; см. также: Schwertdfeger R. Op. cit. S. 531.

²⁰ Уже ректор-основатель и позже первый ректор Университета. См.: Mitzner R. Op. cit. S. 56.

²¹ Господин Хомей, прежде капитан, сейчас на пенсии.

по образцу юридического факультета Бохума. Семестр длился до 23 марта 1991 г., для того чтобы последующий летний семестр был приведен в соответствие с общенемецкими датами. Однако образовательный процесс проходил не так просто. Формально предыдущее обучение зачисленных студентов было разной продолжительности; также необходимо было учитывать индивидуальные различия: я провел множество дневных и вечерних часов за разъяснением неуверенным студентам в ходе длинных личных бесед реалий чуждого им «коммерческого мира Запада» и профессиональной деятельности, зависящей от вероятностей и конкуренции. В ходе этих бесед я научился лучше, чем до этого, понимать этот «мой», для меня очевидный и поэтому не требующий объяснений мир ФРГ и мои собственные представления о нем; коллега по ректорату родом из Саксонии однажды назвал меня в шутку «Wossi» — для молодежи разъясняю: это смесь западного и восточного немца, и я воспринял тогда эту шутку как похвалу, ведь он тем самым намекал, что я пытался понять так называемых бывших братьев и сестер²² и сопереживать их судьбе.

В любом случае 576 бывших студентов из Бабельсберга было зачислено на первый, а 87 — на пятый семестр. Студенты, которые до этого учились на втором курсе Института права и управления, получили возможность присоединиться к первому или пятому семестру. На последнее отважилось 11 студентов²³. Для пятого семестра был организован особый порядок обучения, который позволял сдать первый государственный юридический экзамен и стать «дипломированным юристом». Если я правильно помню, один студент воспользовался этой альтернативой, чтобы занять приготовленную для него должность; господин Штединг и я успешно проэкзаменовали его без бюрократических проволочек, помня выражение Фонтане: «В Пруссии (как в Китае) без экзамена ты никто!»²⁴. Остальные студенты, зачисленные на пятый семестр, должны были усвоить «материал», то есть: до сих пор им неизвестное право ФРГ примерно за полто-

ра года²⁵. У многих из них уже были семьи. То, что им, насколько мне известно²⁶, почти всем удалось достигнуть своей цели, является чрезвычайным успехом в чрезвычайных обстоятельствах, что свидетельствует о правильно сделанном, несмотря на идеологические предпосылки, предварительном выборе. Я надеюсь, они это еще признают.

Образовательный процесс был возможен, так как некоторое время «приглашенные» преподаватели и ассистенты, преимущественно из Рурского университета Бохума, безвозмездно²⁷ осуществляли преподавание в качестве совместителей и при поддержке «местных» преподавателей интегрированного Института права и управления. Им также пришлось серьезно изучать право ФРГ, и они делали это с большим энтузиазмом, несмотря на то, что это не гарантировало им получение рабочего места. Также удалось удовлетворительно решить проблему учебников, сборников законов и решений судов и т.д. В тот момент требовалась импровизация, и каждый сотрудник был к ней готов.

Будущую структуру юридического факультета я разработал заранее в «Структурном плане», который получил «благословение» Министерств науки Северной Рейн-Вестфалии и Бранденбурга, а также учредительной комиссии. План предусматривал привлечение минимум 15 профессоров уровня С 4 («С 4» вообще-то обозначал наименование оклада; однако здесь имелись в виду основные запланированные кафедры — ранее: должность ординарного профессора, заведование кафедрой). Так как я при этом являлся представителем учредительного сената и ректората Потсдамского университета, в структурный план университета удалось вписать только 5 профессоров С 3, чтобы придать завершенность образовательному предложению, сделать его более весомым и обеспечить возможность сдачи экзаменов. В настоящем эссе мы не приводим план²⁸. Он хранится с внесенными изменениями до сих пор и хорошо известен (я надеюсь на это) всем нынешним студентам.

²² В ссылке, вероятно, можно признать, что я искал этого проникновения путем чтения многочисленной так называемой художественной литературы; «дух» этой литературы часто был иным, чем у учебников и учебных пособий по праву того периода, которые, избегая индивидуального авторства, создавали «авторские коллективы». Сегодня у меня есть несколько «метров» романов, рассказов и стихотворений от Бруно Апица (Bruno Apitz) «Nackt unter Wölfen» (Обнаженные среди волков) до Кристы Вольф (Christa Wolf) «Kassandra» (Кассандра) и Альфреда Велльма (Alfred Wellm) «Morisco» (Мориско) — все это довольно качественная литература.

²³ Я заимствую эти данные: Schwerdtfeger R. Op. cit. S. 531.

²⁴ Fontane T. Wanderungen durch die Mark Brandenburg. Dritter Teil: Havelland. Die Landschaften um Spandau, Potsdam, Brandenburg. 1991. S. 437: о «Нью-Голтов»; следующее за цитатой описание вспомогательной школы для кандидатов на сдачу экзамена интересно и показательно.

²⁵ Примечание для сегодняшних студентов: я знаю, что репетиторы обещают столь же короткие сроки «муштры» (в Верховном административном суде земли Северный Рейн-Вестфалия я отвечал, среди прочего, и за экзамены на юридическую степень); однако стоит понимать, что даже вынужденный готовиться к экзаменам «западно-немецкий» студент имел соответствующее мировоззрение или даже определенное знание юридической системы правового государства и правового мышления ФРГ, но не был вынужден изучать его отдельно и устранять нехватку знаний!

²⁶ Экзамены проводились экзаменационным управлением, находящимся в ведении Министерства юстиции и, как обычно, принимались смешанными комиссиями. Некоторые экзамены удалось принять мне самому.

²⁷ Тогда это было само собой разумеющимся.

²⁸ См. прежде всего: Universität Potsdam. Juristische Fakultät. Studienführer für das Wintersemester 1992/93. S. 6 и далее.

До 1 октября 1991 г.²⁹ было оформлено сначала шесть кафедр, а затем и все остальные на всей территории ФРГ. Также и принятые в Потсдаме доценты могли — и должны были — подавать заявление. Так как юридический факультет Потсдамского университета смог первым в новых федеральных землях оформить эти должности, образовалась отличная почва для конкуренции. Время от времени я получал и комичные, и несерьезные звонки и письма. Однако апелляция комиссия, отвечающая за Потсдам, обеспечивала качественный выбор. Успеха добивались ценные кандидаты из Западной Германии³⁰. Первыми назначенными профессорами были, и это стоит повторить для нынешних студентов, так как сегодня некоторых представителей прежних поколений — основателей факультета уже не встретишь за кафедрой³¹, профессор, доктор Беллинг (гражданское право, трудовое и социальное право), Эккерт (гражданское право и история европейского права)³² и многие другие предшественники «западных университетов»; этот «первый призыв» Университета (!) можно с удовольствием и гордостью лицезреть на групповой фотографии юбилейного сборника от 2001 г.³³ Кроме того, членами факультета были профессор, доктор Поль (административное право)³⁴, Шульце (государственное право, история конституции) и Штединг (сельскохозяйственное и публичное право)³⁵, а также доценты, доктор Андре, позже назначенная профессором (гражданское право, международное частное право)³⁶, Хайн (трудовое право)³⁷, Кампа (международное публичное право)³⁸ и доцент, доктор Йэнкель — позже профессор (право охраны окружающей среды)³⁹. Эти доценты перешли из Института права и управления; их удалось принять на работу, а некоторых назначить на должность С 3; я считаю, что юридический факультет Потсдамского университета был одним из очень и очень немногих факультетов в новых федеральных землях, который принял на работу в

федерально-республиканскую систему высшего образования аттестованных доцентов из бывшего ГДР⁴⁰. Внештатные преподавателиполнили профессорско-преподавательский состав.

Если серьезно воспринимать органологическое понятие «орган», который должен представлять факультет, собственно организационная задача состояла в том, чтобы способствовать интеграции и единству действий этого учебного персонала и студентов. Это не происходило само по себе. Очень разные судьбы, характеры, ментальности и ожидания сталкивались друг с другом. Абстрактно говоря: Восток и Запад, Сохранение и Испытание, Опыт и Амбиции, Надежда и Недоверие. Интеграция — это не внезапное событие, она не происходит без осложнений. Но она происходит постепенно и «естественным образом»⁴¹, является постоянной задачей. В связи с этим обзором я с радостью и удивлением узнал, что сегодняшние студенты даже издают и редактируют собственную «Правовую газету» с амбициозным названием «Studere»: молодцы! В то время юридический факультет должен был стать привлекательным со временем также и для иногородних студентов, и ему удалось это удивительно быстро, несмотря на «конкуренцию» с крупным городом Берлином или благодаря ей. Так как первоначально имеющийся фонд помещений и библиотеки был ограничен, изначально была предусмотрена структурная *numerus clausus* (ограничительная квота).

К истории основания факультета также относится история научных институтов, которым предстояла необходимость более четкого определения их пока не сформировавшегося профиля: Института муниципальных наук (KWI) и Центра прав человека. KWI задумывался не только как исследовательский центр, но и, прежде всего, как мост между наукой и практикой, и в таком виде

²⁹ Основные положения учебного плана и процесса обучения следующие: 3 должности в гражданском праве, 2 должности в публичном праве, 1 должность в уголовном праве.

³⁰ См.: Stolleis M. Op. cit. S. 163. Делает слишком общие выводы, когда оценивает «ликвидацию» доцентов ГДР как слишком огульную и новые назначения западно-немецких соискателей связывает с западно-немецким кумовством.

³¹ См.: Schwerdtfeger R. Op. cit. S. 532.

³² Профессор, доктор Эккерт позже принял приглашение из Килия; он скончался в молодом возрасте.

³³ См.: Die Universität Potsdam / Görtemaker M. (Hrsg.). S. 61.

³⁴ Госпожа профессор, доктор Поль сейчас на пенсии.

³⁵ Профессор, доктор Штединг сейчас на пенсии.

³⁶ Госпожа профессор, доктор Андреа позже была приглашена на одноименную кафедру; в данный момент она на пенсии.

³⁷ Госпожа доктор Хайн сейчас на пенсии.

³⁸ Госпожа доктор Кампа вскоре по собственному желанию покинула сферу высшего образования.

³⁹ Профессор, доктор Йэнкель сейчас на пенсии.

⁴⁰ Также и это указание нуждается в исправлении у: Stolleis M. Op. cit. S. 163. Резолюцией министра Эндерлейна от 03.01.1991 г. я был назначен «председателем независимой экспертной комиссии согласно § 52 абзацу 5 предложению 2 Временного положения о высших школах»; задача комиссии заключалась в том, чтобы «консультировать его (министра) по вопросам освобождения от обязанностей штатных преподавателей высшей школы в случае неизбежного исключения профессиональной области Секций 1 и 2 бывшего Института права и управления»; в эту комиссию, имеющую отношение к профессиональной деятельности, помимо меня входили профессора, доктора Хюффер (гражданское право, публичное право) и Теттингер (публичное право), оба из Рурского университета г. Бохум. Позже я председательствовал также в комиссии по делам ранее не трудоустроенного персонала бывшего Педагогического института им. Карла Либкнехта, принимавшей решения почти по 600 человек. Экспертиза проводилась инородными экспертными комиссиями исключительно по научным критериям; только в этом мы, юристы, были компетентны; проверка возможной принадлежности к службе Государственной безопасности проходила в другом месте; об отрицательных результатах сообщалось руководству высшей школы; за последующие решения в отношении персонала, разумеется, ответственность несло исключительно Министерство.

⁴¹ См. сн. 8.

он функционирует и по сей день. Он вошел в смету Университета в тот момент как общефакультетский институт, так как он был призван объединить интересы юристов, социологов и экономистов, а также историков. Позднее обновленный структурный план Университета, насколько я знаю, вернул Институт в лоно факультетов, размещенных в Грибницее. Известность, которую между тем приобрел KWI юридического факультета, идет на пользу Университету. На сегодняшний день Совет директоров KWI поочередно нанимает преподавателей юридического, социального и экономического факультетов. Материальную базу центра с самого начала и бесценно обеспечивает госпожа доктор Бюхнер. Центр прав человека я смог представить только как замысел или, как сегодня говорят, — видение, и предложить его Университету в качестве одного из институтов на международной конференции под председательством Президента Европейского суда по правам человека Роли Риссдала (1914–1998). Эта конференция приобрела столь же колоссальную огласку в СМИ, как само основание факультета. Тем самым, как и было задумано, она способствовала формированию имиджа факультета. Юрист-международник, профессор, доктор Эккарт Кляйн⁴² позднее внес вклад в основание, эффективную работу и признание Института. То, что Центр существует до сих пор, я узнал в прошлом году, когда в выходной день проходил в одиночестве по длинному, пустому, гулкому коридору Потсдамского юридического факультета, и навстречу мне вышла молодая сотрудница и спросила, не может ли она чем-нибудь мне помочь.

Время моего пребывания в Потсдаме вышло по истечении двухлетнего срока учредительной фазы. Факультет существовал. Задача была выполнена. Поначалу временный Совет факультета 15 февраля 1993 г. избрал профессора, доктора Лошельдера деканом факультета, а профессора, доктора Кюплера заместителем декана. После того как они смогли выполнять свои обязанности сначала на временной, а затем на постоянной основе, они начали действовать автономно после принятия первого устава Университета и после первых выборов Ученого совета в декабре 1993 г. Студенты, доценты, административный персонал — имелось все необходимое. Юридический факультет стоял на собственных ногах.

Мои ноги по истечению срока несли меня в Бохум, но тем не менее в 1993 г. я был назначен членом учредительного сената: Учредительного комитета⁴³ и Учредительного ректората Универ-

ситета. Исполняя эти функции, я главным образом был занят разработкой первого «Устава», который вступил в силу удивительно быстро, в отличие от Билефельда и Бохума, и потом действовал какое-то время. Кроме того, я входил в комиссию земли Бранденбург по высшим школам и научно-исследовательским институтам, которая должна была разрабатывать рекомендации для «генерального строительства» трех университетов, профессиональных институтов и прочих научно-исследовательских институтов, а также работать над «долговременной концепцией планирования сектора высших школ и науки в земле Бранденбург»⁴⁴. Однако эта деятельность описывается в другой работе и выходит за пределы основания факультета как института в более узком смысле. За его пределы выходят также и тончайшие нити, связывающие факультет с юридической практикой г. Потсдама, которая в тот момент также находилась в зачаточном состоянии. Юридическая общественность Потсдама была охвачена общими «видениями». В «моё» время об этом, однако, можно было говорить только гипотетически, так как на первом плане стояло основание факультета и Университета.

При этом «основание» — это только бледный, организационно-правовой эвфемизм. Кафедры, факультеты и институты — это живые организмы. Они создаются действиями людей и их представлениями, они постоянно изменяются со сменой студентов и доцентов и, к сожалению, находятся в зависимости от имеющихся средств, а также политических представлений. Каждый новый декан может рассказать об этом собственную повесть.

IV. Перспектива

Когда римский юрист Домиций Ульпиан (170–223) около 220 г. н.э. запечатлел на бумаге приведенное в начале эссе определение *iuris prudentia*, он объединил для своего времени божественное и человеческое право. Является ли это объединение актуальным до сих пор? Путь ли это к светскому, дисперсионному обществу или к светскому государству? Я вспоминаю: Учредительный сенат Потсдамского университета посчитал неуместным основание теологического факультета, который со средних веков возглавлял факультеты. Тем не менее этот сенат предусмотрел так называемый «институт правосудия». В настоящий

⁴² Профессор, доктор Кляйн из Университета Майнца относится к следующему поколению преподавателей, принятых на работу; также и он ушел на покой.

⁴³ Из находящегося в моих частных бумагах письма ректора-основателя «Института земли Бранденбург» (как первоначально назывался Университет), профессора, доктора Рольфа Митцнера от 20.06.1991 г. можно узнать, что я

«24.05.1991 г. ... в связи с проведением пресс-конференции Министерства науки, исследования и культуры земли Бранденбург был назначен членом учредительного комитета Университета»; назначение произошло, конечно, не в связи с пресс-конференцией, а в связи с резолюцией, с которой я, безусловно, согласился, об улучшении сотрудничества между учредителями отделения Правых наук/Юридического факультета. В эту комиссию я входил до сентября 1993 г.

⁴⁴ Резолюция Министерства от 20.07.1992 г. Заключительный отчет этой комиссии датирован апрелем 1993 г.

момент его заменил «Институт устройства жизни, этики и учения о религии» (LER), который в своем апрельском совещании 2010 г. попытался «приблизиться к понятию правосудия»⁴⁵. С юриспруденцией это очевидно не имеет ничего общего. В своих основных научных направлениях Потсдам сегодня все больше стремится к естественнонаучному Гольму.

Однако все еще большой вес имеют два побочных связанных с юриспруденцией института на базе Университета, непосредственно к которым прилегал юридический факультет и которые посвящены церковному праву: Евангельский институт церковного права и Канонический институт, в котором даже существует возможность защиты степени Dr. iur. utr. (доктор права и церковного права). В основании этих учреждений особо деятельное участие принял профессор доктор Беллинг. Хотя церковное право не то же, что божественное право, и поэтому в светском государстве со времен Реформации не имеет больше обязательной силы, однако оно упорядочивает отношения в обоих видах традиционной христианской религии, статус которых как общественно-правовых организаций отдельно признает Основной закон (ст. 140 Основного закона ФРГ абз. 5 предл. 1 Веймарской Конституции Германии). Римлянин Ульпиан сегодня скорее всего рассуждал бы о связи права и морали. То, что юриспру-

денция должна быть «iusti atque iniusti scientia», наукой о справедливом и несправедливом, касается каждого студента, рутинные дела и решения которых в большой мере носят догматичный характер. Юридический факультет Потсдамского университета, однако, определенно дает почву для дальнейших размышлений.

Мои реминисценции — это лишь легкий багаж для таких размышлений. Для сегодняшних студентов, которые двадцать лет назад в той или иной степени находились на пути к самим себе, они, вероятно, покажутся вышедшими из средневековья. Возможно, мой обзор не только передаст им атмосферу времени основания, которое для современников было тревожным и волнующим, но и раскроет особенности их учебного заведения, и, между строк, трудности воссоединения Германии «с места событий»: проблемы людей того времени, ментальность и институты. Сегодня царит норма, которая не исключает конфликты, но позволяет решать их нормативным образом. Бюрократия рассеяла эйфорию. Но это тоже нормально. Солдат в Потсдаме сменили студенты. Благодаря этому он приобрел новую форму. Останется ли он, помимо столицы земли, еще и средоточием духа и науки, зависит от совместных усилий сотрудников высших школ. Поэтому, как говорят в Бохуме: Glück auf!⁴⁶

Библиография:

1. Grawert R. Hochschulentwicklung im west-ost-deutschen Spagat // RUBIN (Wissenschaftsmagazin der Ruhr-Universität Bochum). — 1992. — № 2. — S. 1–25.
2. Mitzner R. Neubeginn am historischen Ort // Die Universität Potsdam. Geschichte — Bauten — Umgebung. — 2001. — S. 45–56.
3. Schwerdtfeger R. Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam // JuS. — 1992. — S. 45–56.

*Перевод с немецкого Н.А. Царенковой,
старшего преподавателя кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

JURISPRUDENCE IN POTSDAM: FOUNDATION HISTORY

Grawert, Rolf — Dr. iur. habil., emeritus Professor of the Law Faculty of the University of Ruhr, Bochum, Germany, Honorara Professor of the Akademia Krakowska Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Poland. Fondihg Dean of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.
[Rolf.Grawert@ruhi-uni-bochum.de]
14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel Str., 89.

⁴⁵ Информация о Потсдамском университете № 098/10.
URL: www.uni-potsdam.de/pressemit/2010/pm098_10.htm

⁴⁶ Желаем удачи! (нем.)

КАРОЛА ШУЛЬЦЕ (Carola Schulze)*

ПОСТМЕТАФИЗИЧЕСКОЕ МЫШЛЕНИЕ И ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ ПРАВА РАЗУМА (справедливость в восприятии Лумана, Хабермаса и Деррида)

Аннотация. Данная статья должна показать, что постметафизическое мышление представляет собой разнонаправленное движение к предметной практической философии и связано с восстановлением правовой этики. Изначально разрабатываются общественные условия для нового мышления в области философии права, находящие свое отражение в современности. После этого обнаруживается центральная проблема метафизического мышления в измененных условиях современного общества: гарантия контингентности содержания права, изменяющегося по-разному. На примере трактовки понятия справедливости у Никласа Лумана, Юргена Хабермаса и Жака Деррида проводятся параллели между постметафизическими мышлениями. Для всех трех представленных концепций справедливости типично то, что они соединяют естественное право и позитивизм, право и справедливость, достоверность и действительность, рациональность процесса и содержание справедливости. Все они критиковали права разума и метафизику, но хотели внести свой вклад в современную этику права.

Ключевые слова: юриспруденция, философия права, постметафизическое мышление, восстановление правовой этики, постметафизические концепции справедливости, формула контингентности справедливости Лумана, теория дискурса Хабермаса, бесконечная справедливость Деррида.

С самого зарождения философского мышления критика метафизику преследует ее как тень, и в этом параллелизме мало что изменилось вплоть до сегодняшнего дня¹ (Герхард Гамм)

Вступительное слово

Философское мышление в XX в. обнаруживает такие же надломы развития, как живопись, музыка и литература². При этом философия в целом открылась духу современности, основанному на инновациях, эксперименте

¹ Gamm G. Perspektiven nachmetaphysischen Denkens // Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis / A.Kern, C. Menke (Hg.) Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl., 2002. S. 103; см. также: Walter R. Hans Kelsens Rechtslehre. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges, 1999. S. 18, где подчеркивается, что можно говорить о духе современности, в котором имеется место и для нового правового мышления.

² См.: Habermas J. Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1988. S. 11.

и акселерации³, и то же можно утверждать в отношении правовой философии как практической науки⁴.

Символичным для развития философского и в конечном итоге философско-правового мышления является, с одной стороны, то, что мета-

³ Если следовать ориентированному по Гегелю отсчету Юргена Хабермаса относительно того, что представляет собой проект современности, то сюда относятся:

- **индивидуализм** — всеобъемлющее раскрытие всех индивидуальных оригинальных особенностей,
- **право на критику** — никто не обязан признавать то, что он сам не считает правомерным,
- **автономия действий**,
- и наконец, идеалистическая, или, как сказали бы сегодня, конструкционистская философия как таковая. Ср.: Reese-Schäfer W. Postmoderne Gerechtigkeitsdiskurse im Spannungsfeld von Universalismus und Kulturrelativismus // Konzeptionen der Gerechtigkeit / H. Münkler, M. Llanque (Hrsg.), 1999. S. 264.

⁴ См.: Hassemer W., Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik // Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie. 1999. B. 44. S. 143.

© Schulze C., 2015

* Шульце Карола (Schulze Carola) — Dr. iur. habil., emeritus профессор юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

[dehanatyurat@ruhi-uni-bochum.de]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

физика⁵, в которой брали начало естественное право и право разума, безвозвратно канула в прошлое⁶, и этим был завершён разрыв с естественной и логико-правовой традицией⁷. С другой стороны, сведение правовой философии к теории права, чему изначально следовали сторонники правового позитивизма⁸, было решительно отвергнуто; также наблюдается противоположное стремление к предметной философии, связанное с возрождением практической философии и правовой этики⁹.

Общественные предпосылки метафизического мышления

Предпосылки нового философско-правового мышления в современном обществе могут быть, прежде всего, освещены и разъяснены в четырёх аспектах:

(1) Становится ясно, «что догматика через рынки объединённого общества больше не укладывается в нормативное понятие права и тем более не исчерпывается рамками априорно разработанной правовой системы. Всякая попытка раз и навсегда теоретически вывести основы частного и публичного права из высших принципов обречена на неудачу ввиду многогранности общества и истории. Теории договора недостаточно учитывали мобилизацию жизненных условий и недооценивали давление адаптации, обусловленное капиталистическим ростом и модернизацией общества»¹⁰.

(2) Современное общество характеризуется разнообразием укладов жизни¹¹. Сюда относятся разнообразие коллективов и индивидуумов, многообразие культур, религий, мнений, ценностей и этик, множество культурных традиций и т.д. В связи с этим интегрированные картины мира и коллективно-обязывающие этики в плюралистическом обществе распадаются, а оставшиеся посттрадиционные моральные нормы совести больше не представляют достаточной основы для естествен-

ного права, некогда основанного на метафизике¹². Остаются этический релятивизм¹³, отвергающий теоретическую область действия концепций справедливости и их претензию на универсальность, и мировоззренческий релятивизм, являющийся основной предпосылкой демократии¹⁴. С учётом этих аспектов ещё более важным представляется требование равенства шансов, объединяющее два аспекта, которые одинаково глубоко коренятся в моральных убеждениях человека: идея о равенстве всех людей, при условии их подчинения общим законам, и высокое значение персональной ответственности¹⁵.

(3) Мораль, которую раньше можно было возвести к единому для всех корню, в современном обществе кажется «растворившейся во множестве моралей, вера в определённый мировой порядок теряется. Авторитеты теряют свое признание, традиции стираются в ускоренном круговороте событий. Поэтому истощаются обязывающие смыслы, которые могли бы служить легитимации права. К тому же кажется, что мобилизация жизненных обстоятельств в принципе противоречит идее содержательного масштаба»¹⁶. Отсюда следует вывод, что содержательно связанной морали, которую можно было бы привлечь для легитимации права, более не существует, однако это не умаляет необходимости легитимации и требует ответа¹⁷. Представление об иерархии законов, в которой позитивное право по содержанию ориентируется на вышестоящую мораль, относится к эпохе до современного права¹⁸. В качестве альтернативы к данному естественно-правовому подчинению права морали «предлагается трактовать реализуемое в судебном порядке позитивное право как функциональное дополнение к морали»¹⁹.

(4) В конечном итоге исторические влияния, приходящие в метафизику извне, осложнили метафизическое мышление и потрясли метафизическую форму мышления. *Хабермас* при этом указывает на следующие аспекты²⁰. Вместе с крахом исторического сознания в XIX в. масштабы конечности приобретают большую убе-

⁵ Изначально понятие «метафизика» обозначает лишь собрание трудов Аристотеля, объединённых в часть, следующую за его трудами по физике. «В итоге метафизикой стала называться отдельная философская дисциплина с тех пор как философия стала четко организованной научной системой» (Henrich D. Was ist Metaphysik — was Moderne? Zwölf Thesen gegen Jürgen Habermas // Henrich D. Konzepte, Essays zur Philosophie in der Zeit, 1987. S. 11).

⁶ См.: Braun J. Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. München: Beck, 2001. S. 231.

⁷ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verlag, 1998. S. 92.

⁸ См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. Aalen: Scientia-Verl, 1994.

⁹ См.: Von der Pfordten D. Rechtsethik. München: C.H. Beck, 2001. S. 3.

¹⁰ Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 92.

¹¹ См.: Krause S., Malowitz K. Zum Begriff der Gerechtigkeit in der Diskursethik von Jürgen Habermas // Konzeptionen der Gerechtigkeit / H. Münkler, M. Llanque (Hrsg.). S. 286.

¹² См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 137, 662.

¹³ См.: Rippe K.-P., Rüscher D. Relativismus. Seine Grenzen — seine Geltung, 1993.

¹⁴ См.: Llanque M. Die politische Differenz zwischen absoluter Gerechtigkeit und relativem Rechtsstaat bei Hans Kelsen // Konzeptionen der Gerechtigkeit / H. Münkler, M. Llanque (Hrsg.). S. 228.

¹⁵ См.: Ladwig B. Erweiterte Chancengleichheit // Konzeptionen der Gerechtigkeit / H. Münkler, M. Llanque (Hrsg.). S. 365.

¹⁶ Braun J. Op. cit. S. 231. В этом смысле, пожалуй, можно понять Менке, который развил толкование Гегелем современности как «трагедии нравственных», см.: Menke C. Spiegelungen der Gleichheit, 2004. S. 13.

¹⁷ См.: Braun J. Op. cit. S. 232.

¹⁸ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 137.

¹⁹ Ibid. S. 667, 137.

²⁰ См.: Ibid. S. 42–43.

длительность, по сравнению с идеалистически «возвышенным», неопределенным разумом. Это положило начало детрансцендентализации завещанных основных понятий. Обобщающее мышление, направленное на Одно и Целое, ставится под сомнение рациональностью методов, которые с XVIII в. утверждаются также в моральной и правовой философии. Естественная философия и естественное право поставлены перед необходимостью нового обоснования, которое ставит под сомнение привилегию познания²¹. В итоге классический примат теории над практикой уступает пониманию релевантности обычных контекстов действия и коммуникации²².

Антиметафизическое мышление

Антиметафизическое мышление развивалось в начале XX в. как ответ на условия современного общества. Это — радикальная критика метафизики, в частности, критика естественно-правового учения с целью его преодоления, а вместе с ним и метафизической формы мышления. Классический представитель антиметафизического мышления — сторонник позитивного права Ганс Кельзен.

Кельзен отчетливо указывает на то, что основной метафизический характер, который был присущ философии в период господства естественного права, проявляется в особенности в том, что она опирается на трансцендентное понятие права, в соответствии с которым право есть проявление естественной, божественной или разумной справедливости, и, применяя данный масштаб, признает право как справедливое либо дисквалифицирует как несправедливое. Справедливость представляется как порядок, отличный от позитивного права и стоящий над ним²³. Этим Кельзен поясняет, что вся метафизика дуалистична: это дуализм трансцендентного порядка, не установленного человеком и стоящего над ним, устанавливающего абсолютную норму справедливости, и порядка, установленного человеком, то есть позитивного реального порядка²⁴.

Апогеем кельзенской критики метафизического учения о естественном праве является утверждение о том, что если рассматривать позитивное право в соотношении с более высоким порядком, то справедливость представляется идеологией, которая претендует на соответствие ей позитивного права, в отношении к — как-либо задуманной — справедливости²⁵.

Чистая теория права Кельзена — это учение, которое последовательно критически преодо-

левает учение естественного права. Оно, с его антиидеологической тенденцией и антиметафизической позицией, пытается изолировать представление о позитивном праве от всех видов естественно-правовой идеологии справедливости²⁶. Возможность действия порядка, стоящего над позитивным правом, остается вне пределов дискуссии²⁷. Чистая правовая теория ограничивается позитивным правом и таким образом препятствует тому, чтобы юридическая наука выдавала его за высший порядок, либо выводила из него оправдание права²⁸.

Постметафизическое мышление

Постметафизической можно назвать отрезвленную в конце XX в. технической цивилизацией и скептически ориентированную «позицию, согласно которой на главные вопросы метафизики — Откуда и Куда, Зачем и Как мы существуем, на вопросы о Боге, свободе и бессмертии — больше нет конечных, обязательных для всех ответов»²⁹. Утрата веры в основополагающие понятия метафизической традиции и в содержание естественно- и разумно-правового мышления ведет к тому, что направление философских вопросов изменилось само собой. «Интерес представляет не столько то, что мы можем знать и познавать посредством глобальных понятий, а то, как мы можем их применять и использовать»³⁰. В конечном итоге метафизическое мышление характеризуется прежде всего давно наметившимся переходом к прагматико-практическим взглядам³¹. Если изначально постметафизическое мышление, как показано, было направлено против всякой нормативной теории и поглощено критикой права разума и метафизики в радикальных формах, то с конца 80-х гг. XX в. и по сей день оно вновь все больше обращается к вопросам этики и справедливости. Теория морали для представителей постмодернизма стала, по сути, сферой дальнейшего развития их теории³². Хабермас формулирует эту тенденцию развития в том смысле, что нормативная субстанция этики, опирающейся на религиозные и метафизические традиции, пропускается сквозь фильтр посттрадиционных

²¹ См.: Habermas J. Op. cit.

²² См.: Ibid.

²³ См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. Aalen: Scientia-Verl, 1994. S. 16, 19.

²⁴ См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre. Wien: Deuticke, 1960. S. 403.

²⁵ См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre, 1994. S. 38.

²⁶ См.: Ibid.

²⁷ Однако ошибочно заключать из этого, что позитивистское правоповедение Кельзена утверждает отсутствие справедливости. Более того, оно утверждает, что фактически существует несколько различных, возможно, противоречащих друг другу норм справедливости, и настаивает на том, ценности позитивного правопорядка имеют весьма относительный характер. (См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre, 1960. S. 404).

²⁸ См.: Kelsen H. Reine Rechtslehre, 1994. S. 38.

²⁹ Gamm G. Op. cit. S. 103.

³⁰ Ibid. S. 114.

³¹ См.: Ibid. S. 118.

³² См.: Honneth A. Das Andere in der Gerechtigkeit, 2000. S. 133.

обоснований, и тому, что остается, свойственно естественно-правовое содержание³³. С этой точки зрения можно было бы усмотреть значение постметафизического мышления, критикующего метафизику, в том, что оно, «согласно Платону и Канту, словно бы в третий раз спасает метафизику современными теоретическими средствами»³⁴. Современная правовая философия достигает этого критикой разумно-правового мышления и его метафизики, а также переформулированием права разума в условиях современности. Эти процессы связаны с такими элементами и мотивами постметафизического мышления, как рациональность методов³⁵, лингвистический поворот, дефляция за пределами повседневности³⁶ и метод деконструкции метафизики³⁷. Наблюдающие за процессом интенсивного рассмотрения в современной философии вопросов этики и права уже говорят по этому поводу об этическом перевороте³⁸ или ренессансе практической философии³⁹.

Центральная проблема, с которой при этом сталкивается постметафизическое мышление правовой философии в изменившихся условиях современного общества, — это гарантия контингентности содержания всех произвольно изменяемых прав⁴⁰. По *Хабермасу*, этот вопрос можно обсудить в двух аспектах: «С одной стороны, моральные основы позитивного права более не могут объясняться в духе вышестоящего права разума. С другой стороны, они не ликвидируются бесследно, не забрав у права существенно присущий ему момент отсутствия»⁴¹.

Постметафизическое мышление и его концепции справедливости следует сравнительно представить на примере трех великих мыслителей в области права конца XX в. Характерным для трех выбранных концепций справедливости постметафизической природы является то, что они стремятся найти компромисс между естественным правом и позитивизмом, правом, законом и справедливостью, достоверностью и значимостью, рациональностью методов и содержанием справедливости. Далее будут представлены концепции справедливости *Никласа Лумана*, *Юргена Хабермаса* и *Жака Деррида*.

³³ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 129.

³⁴ Gamm G. Op. cit. S. 124.

³⁵ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 598; также см.: Braun J. Op. cit. S. 233.

³⁶ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 16.

³⁷ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. Der «mystische Grund der Autorität», 1991. S 18 и далее, S. 30 и далее

³⁸ См.: Honneth A. Op. cit. S. 133.

³⁹ См.: Von der Pfordten D. Op. cit. S. 3.

⁴⁰ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 594.

⁴¹ Ibid.

Концепция справедливости Лумана

Никлас Луман при помощи системной теории пытается раскрыть понятие справедливости в рамках социологической теории позитивного права⁴². При этом он окончательно расстается со старыми представлениями естественного права в моральном смысле и с традиционной концепцией справедливости⁴³ как материальной правильности права. Так как «природа не является справедливой ни в каком понимаемом смысле»⁴⁴, и из «естественного» не следует «справедливое», то место и содержание справедливости в правовых системах современного общества⁴⁵ должны быть заново определены им. Для этого *Луман* делает попытку построить свою теорию справедливости на основе позитивного права⁴⁶. Его теория рассматривает справедливость как идею, подобную этике, ввиду чего оказывается вынужденной инкорпорировать в себя этику⁴⁷. Таким образом, по *Луману*, справедливость изначально «ставится в соотношение с позитивным правопорядком, который более не обязан своим существованием содержательному соответствию более высоким, абсолютным ценностям и нормам, но основывается исключительно на социальных установках, которые каждый раз могут выстраиваться по-новому»⁴⁸. Следовательно, *Луман* приблизится к вопросу о справедливости в праве «с оглядкой на эволюцию права»⁴⁹. Право более не основывается на естественном миропорядке, то есть на окружающей среде общественной системы, а создается в самой общественной системе. Одновременно с этим изменяется причина действия права: оно действует уже не из-за свойственных нормам качеств, но потому что оно могло быть изменено, то есть ввиду своей контингентности⁵⁰. Позитивизация права в современном мире практикуется в форме изменений права⁵¹.

Исходя из этого *Луман* констатирует, что традиционное понятие справедливости юриста в современных общественных условиях подвластно политике, в которую сам юрист более не верит⁵².

⁴² См.: Osterkamp T. Juristische Gerechtigkeit. Tübingen: Verl. Mohr Siebeck, 2004. S. 121.

⁴³ См.: Dreier R. Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie, 1974. S. 194.

⁴⁴ Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl., 1993. S. 239.

⁴⁵ См.: Luhmann N. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft // Rechtstheorie, 1973. Bd. 4. S. 131.

⁴⁶ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 122.

⁴⁷ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 216.

⁴⁸ Osterkamp T. Op. cit. S. 122.

⁴⁹ Huber Th. Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns. Baden-Baden: Nomos, 2007. S. 108.

⁵⁰ См.: Luhmann N. Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft. S. 131.

⁵¹ См.: Ibid.

⁵² См.: Ibid. S. 134.

По определению *Лумана*, понятие справедливости в рамках позитивистской теории справедливости означает исключительно репрезентацию единства системы в системе⁵³. В этом смысле справедливость определяется как внутрисистемная контингентность⁵⁴. Внутри системы контингентность устанавливается как неоспоримая формулировка; однако лишь сторонний наблюдатель может говорить о справедливости как о формуле контингентности и признавать ее в качестве таковой. Она заменяет многие общие понятия в определении справедливости, такие как добродетель, принцип, идея и ценность, и этим дает возможность критиковать действующее право и проводить свойственный праву самоконтроль правовой системы без обращения к естественно-правовым концепциям⁵⁵. Как описание контингентной формулы справедливости предлагается обозначение справедливости как равенства и как адекватной комплексности решений⁵⁶.

При определении справедливости как равенства *Луман*, вопреки всем предпринятым нарушениям традиции, опирается на взаимосвязь справедливости и равенства, которая следует из долгой традиции моральной философии. Равенство при этом понимается как формальный момент, который содержит все понятия справедливости и означает не что иное, как правильность или консистентность⁵⁷. Если обобщить сказанное, принцип равенства как правильность означает необходимость рассматривать равное как равное и неравное как неравное так, чтобы выразить единство различий между равным и неравным⁵⁸. При этом *Луман* рассуждает прежде всего о строгой формализации равенства, абстрагированного от всякого материального содержания. Равенство определяется, насколько этого требуют контингентные формулы, как принцип, легитимирующий сам себя. С другой стороны, равенство, по *Луману*, означает, что вопрос об индивидуальной справедливости перетекает в вопрос о консистентном соотношении различных случаев.

Справедливость в системно-теоретической реконструкции, в сущности, формулируется поновому как **адекватная комплексность консистентного решения**⁵⁹. Адекватность следует из **комплексности** правовой системы по отноше-

нию к общественной системе. А именно то, что в этой связи обозначается как справедливость, охватывает адекватную **комплексность** правовой системы в двух аспектах⁶⁰:

- с одной стороны, правовая система должна учитывать многие разнообразные и постоянно меняющиеся общественные интересы и в соответствии с этим выстраивать адекватную **комплексность (внешняя справедливость)**;
- помимо этого, правовая система должна также обеспечивать консистентность своих решений, чтобы сохранять внутреннюю стабильность (**внутренняя справедливость**)⁶¹.

Последнее может иметь место лишь в силу порядка согласованности своих решений, постоянной проверки правомерности своих законов и прецедентного действия судебных решений, но, прежде всего, в силу развития своей догматики⁶². Система сама должна давать характеристику справедливости, из которой должна явно усматриваться необходимость справедливости⁶³. Внутри этого контингентного порядка справедливость в системно-теоретическом определении должна характеризоваться так, «чтобы система идентифицировалась со справедливостью как с идеей, принципом или ценностью»⁶⁴. Правовая система сама, вне зависимости от фактов, стремится к справедливости⁶⁵. По формулировке *Лумана*, система является справедливой тогда, когда она обеспечивает единство правомерности и неправомерности. Следовательно, не только суждения о неправомерности, но и суждения о правомерности должны быть справедливыми⁶⁶. Однако здесь терпит крушение традиционное толкование справедливости как совершенства. Правовая система как единство правомерности и неправомерности не может быть совершенной.

В итоге следует заключить: по формулировке *Рёллеке* относительно концепции справедливости *Лумана*, справедливость «стала одной из многих жертв вивисекции *Лумана*», либо, по мнению *Хорстера*⁶⁷, *Луман* подчиняет все ограничения старой европейской традиции староевропейскому гуманизму, и то, и другое может быть подвергнуто сомнению⁶⁸. Так или

⁵³ См.: von der Pfordten D. Op. cit. S. 122.

⁵⁴ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 373.

⁵⁵ См.: Huber Th. Op. cit. S. 117.

⁵⁶ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 223, 225.

⁵⁷ См.: Ibid. S. 223.

⁵⁸ См.: Ibid. S. 224. Для Менке равенство является приоритетной нормативной идеей современности, которая предполагает равное уважение всех (Menke C. Spiegelungen der Gleichheit. 2004, S. 23).

⁵⁹ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 224.

⁶⁰ См.: Ibid. S. 224, 225.

⁶¹ См.: Luhmann N. Positivität als Selbstbestimmung des Rechts // Rechtstheorie. 1988. Bd. 19. S. 26.

⁶² См.: Luhmann N. Positivität als Selbstbestimmung des Rechts. S. 26 и далее.

⁶³ См.: Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 219.

⁶⁴ Ibid. S. 219.

⁶⁵ См.: Ibid. S. 217.

⁶⁶ См.: Ibid. S. 141.

⁶⁷ См.: Roellecke G. Wende der deutschen Rechtsphilosophie // ARSP Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland. Beiträge zur Standortbestimmung / hrsg. v. R. Alexy, R. Dreier, U. Neumann. Beiheft № 44. 1999. S. 297.

⁶⁸ См.: Horster D. Niklas Luhmann. München: C.H. Beck, 1997. S. 106 и далее.

иначе, при анализе концепции справедливости Лумана нужно в любом случае учитывать, что он переформулировал все основные понятия традиционной правовой философии и обесценил их функции. Таким образом, неизменным осталось только само слово «справедливость», но его смысл более не имеет ничего общего с исходным понятием справедливости⁶⁹. Из этого следует, что даже если согласиться с содержанием высказываний Лумана о справедливости, то они все же далеки от традиционного понятия справедливости⁷⁰. Тем не менее, по мнению Ди Фабио, речь идет не о том, чтобы поспешно отвергать лумановскую характеристику справедливости как контингентную формулу единства, но скорее о том, чтобы еще более подробно развить эту мысль⁷¹.

Концепция справедливости Хабермаса

Здесь речь пойдет главным образом о концепции Хабермаса начала 80-х гг. XX в., со времени его обращения к философии языка. «На ее примере проще всего на доступном уровне истолковать такие его основные понятия, как коммуникативное действие, “жизненный мир” и система, его отрицание философии сознания и метафизики, и, в принципе, сделать понятной его дискурсивную этику»⁷². Хабермас представляет, как он сам ее называет, «когнитивную этику», то есть такую, когда упор делается на «возможную истинность практических вопросов»⁷³. При этом он осознанно причисляет себя к традиции Иммануила Канта, а в современной моральной философии видит себя рядом с такими теоретиками, как Джон Ролз, Эрнст Тугендхат и Карл-Отто Апель⁷⁴. Это проявляется в том, что Хабермас, подобно Канту, представляет позицию Просвещения, но применяет ее относительно современности с учетом запрета метафизики в духе Ролза⁷⁵. Это в рамках его правовой теории ведет к дискурсивно-теоретической переформулировке права разума⁷⁶.

Хабермас исходит из того, что современное общество больше не располагает содержательно понимаемой моралью, которая может быть

привлечена с целью легитимации, и потребность в легитимации права при современных условиях может быть удовлетворена только при помощи постметафизических аргументов⁷⁷. Он исходит из предположения, что коммуникативная рациональность приходит на смену метафизически обоснованным теориям рационального познания, рациональной морали и вместе с ними рациональному праву. При этом естественное право редуцируется до процедур с целью открыть больше пространства для свободы⁷⁸. То есть легитимность нормы устанавливается только после подтверждения ее верности процессуальным путем. Это означает, что позитивное право может обрести легитимность только в процессе предположительного разумного формирования мнения и воли, но оно более не выводимо, как ранее, из вышестоящего морального права⁷⁹. Таким образом, дискурсы создают пространство для формирования разумной воли, и легитимность права в конечном итоге опирается на коммуникативный аргумент⁸⁰. При этом провозглашается принцип, согласно которому именно нормативные правила и способы действия могут претендовать на легитимность, если все задействованные участники рационального дискурса могут с ними согласиться⁸¹. Дискурсивно структурированный процесс формирования мнения и воли реализуется в коммуникационных формах, в которых на вопрос: «Что нам следует делать?» — может и должен быть дан разумный ответ в различных аспектах. В то время как «досовременный» принцип обоснования норм поведения изначально формировался не в диалоге, а в монологе⁸², в наше время предлагаются только две возможности обоснования норм: решение реального обладателя власти, что, однако, ведет к потере автономии, и обоюдное согласие заинтересованных лиц⁸³. Итак, на смену метафизически-обоснованной безусловности приходит коммуникативное общество адресатов норм, на смену авторитарному решению — основанный на аргументах дискурс. Именно это, по Хабермасу, является способом «достичь обоснования норм, свободного от метафизики»⁸⁴.

Таким образом, дискурсивная теория может быть охарактеризована как «теория справедли-

⁶⁹ См.: Dreier R. Luhmanns systemtheoretische Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems // Rechtstheorie, 1974. S. 194 и далее.

⁷⁰ См.: Dreier R. Op. cit. S. 194 и далее.

⁷¹ См.: Di Fabio U. Das Recht offener Staaten. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. S. 148 и далее.

⁷² Reese-Schäfer W. Jürgen Habermas. Campus-Einführungen. Campus, Frankfurt a/Main, 2001. S. 9.

⁷³ Habermas J. Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln. Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl, 1983. S. 53.

⁷⁴ См.: Reese-Schäfer W. Jürgen Habermas. S. 54.

⁷⁵ См.: Rawls J. Gerechtigkeit als Fairness: politisch und nicht metaphysisch // Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften / A. Honneth (Hrsg.). 1995. S. 18 и далее.

⁷⁶ См.: Kupka Th. Jürgen Habermas' diskurstheoretische Reformulierung des Vernunftrechts // Kritische Justiz, 1994. S. 461.

⁷⁷ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 94.

⁷⁸ См.: Hösele V. Moral und Politik. München, 1997. S. 778.

⁷⁹ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 49.

⁸⁰ См.: Ibid. S. 134.

⁸¹ См.: Ibid.

⁸² См.: Kant I. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis // Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie, 1988. S. 260, 265.

⁸³ См.: Braun J. Op. cit. S. 247.

⁸⁴ Ibid. S. 247–248.

вого процесса создания правовых норм»⁸⁵, основу которой составляет тезис о рациональности процесса. Эта легитимация через легализацию нормотворческого процесса отдает предпочтение происхождению, а именно: корректному процессу позитивизации принятия решений перед рациональным содержанием смысла норм. Легитимация правопорядка в целом смещается к началу⁸⁶. Следовательно, демократический процесс несет на себе всю ношу легитимации. Он должен одновременно гарантировать частную и общественную автономию субъектов права⁸⁷.

При реконструкции права, сущность которого, по *Хабермасу*, представляет собой легитимная законность⁸⁸, он развивает функциональные взаимодополняющие отношения между разумной моралью и позитивным правом, которое соответствует современному праву⁸⁹. Это означает, что на уровне постметафизического обоснования правовые и моральные нормы одновременно выделяются из традиционной нравственности и выступают как два различных, но дополняющих друг друга вида норм действия⁹⁰. Взаимодополняющее соотношение права и морали следует из того, что моральные нормы, вследствие их направленности на подчиненное мировое сообщество, обнаруживают высокий уровень абстракции, в то время как правовые нормы, по сравнению с ними, предназначаются для конкретного правового общества⁹¹, вследствие чего прагматические и этико-политические дискурсы включаются в обоснование правовых норм. Одновременно правовые нормы, в противоположность автономной морали, приобретают фактические средства давления при их реализации⁹². Поэтому мораль, не стабилизируемая более традиционной нравственностью, вынуждена опираться на позитивное право⁹³. Установление правовой формы необходимо, чтобы сгладить недостатки, возникающие с упадком традиционной нравственности⁹⁴. Таким образом, правовая форма является продуктом распада традиционной нравственности на постконвенциональном уровне⁹⁵. По *Хабермасу*, демократический

процесс выработки права представляет собой единственный метафизический источник легитимности. Итак, традиционная справедливость, связанная с содержанием права, в современности превращается, по определению *Хабермаса*, в процессуальную справедливость. Содержательная часть дискурсивной этики — это специфическая этика коммуникации. Нормативное содержание является верным в том случае, если оно стало результатом определенной процедуры, а именно — рационального дискурса⁹⁶. Так, при помощи дискурсивной этики должен быть реконструирован только моральный аспект, исходя из которого можно решить вопросы права честным и объективным способом. Таким образом, дискурсивная этика представляет собой «попытку абсолютного обоснования морали через разум»⁹⁷.

Существует ряд возражений против дискурсивной этики *Хабермаса*. Они носят, прежде всего, практический характер. По формулировке *Рютерса*, «не подчиненный власти дискурс представляет собой мероприятие исключительно хороших людей, не стесненных во времени»⁹⁸, что является «явной утопией. Возможность бесконечной дискуссии может быть академической фантазией, но не практической возможностью»⁹⁹. Сюда добавляются теоретические возражения, указывающие на слабые места правовой теории *Хабермаса*¹⁰⁰. К этому относится и возражение *Лумана* о том, что аргументация, даже при величайшей сообразительности, «не может гарантировать, что всегда одно конкретное решение проблемы выдержит испытание как безусловно лучшее и тем самым приведет к единственно правильному решению. Непосредственно на практике судебного консультирования часто оказывается, что различные решения могут быть примерно одинаково хорошо обоснованы <...>. Тогда решение может и должно быть найдено через вторичные критерии <...>. Дискурсивная теория (подобная теории *Юргена Хабермаса*), которая это игнорирует, не будет ни соответствовать высокоразвитому своеобразие юридических средств убеждения, ни достигнет своей цели»¹⁰¹. *Шельский*, в свою очередь, критикует *Хабермаса* за то, что он возводит юридическую реальность в ранг идеи, в чем уже потерпел неудачу *Густав Радбрух*¹⁰².

⁸⁵ Horster D. Habermas zur Einführung. Hamburg: Junius, 1995. S. 100.

⁸⁶ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 274.

⁸⁷ См.: Ibid. S. 664.

⁸⁸ См.: Ibid. S. 49.

⁸⁹ См.: Beer R. Zwischen Aufklärung und Optimismus. Vernunftbegriff und Gesellschaftstheorie bei Jürgen Habermas. 1992. S. 102.

⁹⁰ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 135.

⁹¹ См.: Beer R. Zwischen Aufklärung und Optimismus. S. 102.

⁹² См.: Ibid. S. 102.

⁹³ См.: Ibid. S.

⁹⁴ См.: Habermas J. Faktizität und Geltung. S. 145.

⁹⁵ См.: Günther K. Diskurstheorie des Rechts oder liberales Naturrecht im diskurstheoretischen Gewand? // Kritische Justiz, 1994. S. 478.

⁹⁶ См.: Alexy R. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. Beiheft, 1991. S. 178.

⁹⁷ Rütters B. Rechtstheorie. München: C.H. Beck, 1999. S. 324.

⁹⁸ Ibid. S. 341.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ См.: Horster D. Rechtsphilosophie zur Einführung Hamburg: Junius, 2002. S. 115.

¹⁰¹ Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. S. 401, 402.

¹⁰² См.: Schelsky H. Die Soziologie und das Recht // Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht. Institutionen und Planung. 1980. S. 143.

Но наиболее резко дискурсивную этику критикует Хёсле. Он подчеркивает: «Либо нечто действует (в нормативном смысле), поскольку оно принято обществом, — но тогда индивидуум по отношению к коллективному безумию всегда по определению останется неправым. Либо нечто должно быть признано, поскольку оно действует, поскольку оно рационально, — но тогда нам требуются материальные критерии, позволяющие нам отличать разумное согласие от неразумного»¹⁰³.

Несмотря на все эти возражения против дискурсивной теории, она остается значительной теорией справедливости, тесно связанной с развитием демократического правового государства.

Концепция справедливости Деррида

Критический разбор метафизики Деррида представляет собой длительный процесс оценки западной метафизической традиции начиная с Платона¹⁰⁴, а также систематическое разрушение европейской метафизики. Его концепция является попыткой открепления критического мышления от институционализированной философии¹⁰⁵ и освобождения от требований метафизики¹⁰⁶. Его программой является деконструкция метафизики. Его девиз звучит так: как можно думать отлично от традиции, если собственно мышление пронизано ею, если можно оперировать только понятиями, вышедшими из этой традиции¹⁰⁷. При этом цель Деррида состоит в том, чтобы поставить под сомнение обычную (традиционную) модель науки. Его метод думать по-новому — это метод деконструкции. Это специфический вид и способ чтения текстов, который дает понять, что есть принципиальный конфликт между тем, что автор подразумевает в тексте, и тем, что объявляет собственно текст¹⁰⁸. Метод деконструкции требует вывести из равновесия унаследованные контрасты и сформулировать устоявшиеся категории более парадоксальным и вместе с тем успокаивающим образом¹⁰⁹. Это ведет не только к согласию, но и к конфликту, и к разногласию¹¹⁰. Деконструктивная постановка вопросов во всей ее широте —

это постановка вопросов, затрагивающих право и справедливость, которая при этом не является собственно обосновывающим процессом¹¹¹. Непреодолимые противоречия как мыслительная безысходность, как невозможность решить философскую проблему являются предпочтительным пространством деконструкции, именно в этом заключается дисбаланс, которому отдает предпочтение деконструкция¹¹². Деррида размышляет над уже существующим в западной философии противопоставлением права и справедливости. Оно выражается еще в стремлении Платона к безусловной справедливости без права, к справедливости как добродетели, которая может продолжить существование и в условиях современности¹¹³. Так, Вальтер Беньямин формулирует острое противостояние права и справедливости в формуле, по которой установление законов, власти и справедливости является принципом божественной постановки цели¹¹⁴. Также Теодор Адорно приходит к утверждению о том, что справедливость теряется в праве¹¹⁵. По Деррида, право и справедливость находятся в отношениях непреодолимого противоречия, невозможности решить философский вопрос¹¹⁶. Он практикует критику права и юридической справедливости в духе справедливости права и через право в связи с утопическим обществом, свободным от права. Эта критика права ровно настолько оправдана и необходима, насколько она преподносится во имя бесконечности, которая неразрывно связана с идеей справедливости. Она — не что иное, как артикуляция бесконечной идеи справедливости¹¹⁷.

Право, по Деррида, определяется, по существу, двумя критериями: элементом регулярности либо расчета, который связан с универсальностью закона, и элементом фактической реализации (force)¹¹⁸. Не существует права, которое не включало бы в себя априори возможность применяться «enforced», то есть с применением или на основании силы¹¹⁹. Это справедливо только в том случае, если право существует¹²⁰. Из противопоставления права и справедливости, по Деррида, следует определение справедливости¹²¹.

¹⁰³ Höse V. Die Krise der Gegenwart und die Verantwortung der Philosophie. 1997. S. 248 и далее.

¹⁰⁴ Предисловие Деррида, см.: Philosophie Lexikon. Personen und Begriffe der abendländischen Philosophie von der Antike bis zur Gegenwart / hrsg. v. A. Hugli und P. Lübcke. 1991. S. 124 и далее; Kimmerle H. Derrida zur Einführung. 1991. S. 139 и далее.

¹⁰⁵ См.: Zima P. V. Die Dekonstruktion. Einführung und Kritik, 1994. S. 1.

¹⁰⁶ См.: Kimmerle H. Op. cit. S. 138.

¹⁰⁷ См.: Philosophie Lexikon. S. 124.

¹⁰⁸ См.: Предисловие «Деконструкция», см.: Metzler Philosophie Lexikon. Begriffe und Definitionen / hrsg. v. P. Prechtl, F.-P. Burkard, 1999. S. 98 и далее.

¹⁰⁹ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 17; также см.: Osterkamp T. Op. cit. S. 265.

¹¹⁰ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 20.

¹¹¹ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 17.

¹¹² См.: Ibid. S. 44.

¹¹³ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 251, 254.

¹¹⁴ См.: Benjamin W. Zur Kritik der Gewalt. 1921. S. 57.

¹¹⁵ См.: Adorno T.W. Negative Dialektik. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1966. S. 304 и далее.

¹¹⁶ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 44 и далее.

¹¹⁷ См.: Menke C. Für eine Politik der Dekonstruktion. Jacques Derrida über Recht und Gerechtigkeit // Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida-Benjamin / A. Haverkamp (Hrsg.), 1994. S. 280–281.

¹¹⁸ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 33–34; также см.: Osterkamp T. Op. cit. S. 255.

¹¹⁹ См.: Derrida J. Gesetzeskraft. S. 12.

¹²⁰ См.: Ibid. S. 34.

¹²¹ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 255.

(Чистая) справедливость — это нечто непредсказуемое, нерегулярное. Она требует ожидания непредсказуемого¹²². Это значит, что она охватывает как невероятный, так и необходимый опыт справедливости, то есть те моменты, когда решение между справедливым и несправедливым не гарантировано и не подстраховано никаким правилом¹²³. Она всегда ориентируется на особенное, на особенность другого, независимо от претензий на универсальность¹²⁴. Она представляет бесконечное внимание к особенности другого — без правил, расчета и сравнения. Поэтому в качестве насильственного и несправедливого может быть охарактеризовано любое действие, которое пренебрегает индивидуальностью, поскольку выражено языком, подходящим для среднестатистических случаев и лиц, но не для индивидуума и отдельного случая¹²⁵. Но ввиду своей бесконечности «справедливость не “сводится” к чему-либо, не выводится из критериев и правил: право не является справедливостью»¹²⁶.

Чистая справедливость как вера в определяющую несомненность современной справедливости исходит из идеи справедливости, идеи бесконечной справедливости. Эта справедливость, которая является не правом, но требованием справедливости, представляет движение деконструкции¹²⁷; она действует в области права или истории права¹²⁸. С этой точки зрения, справедливость, согласно *Деррида*, существует только тогда, когда может случиться что-то, что в качестве события превосходит расчеты, правила, программы. То, что деконструкция *Деррида* не может быть поставлена в один ряд с этическим нигилизмом, как ее часто характеризуют, но представляет собой утверждающее мышление возможной этики, активности, выходящей за рамки вычисляемой техники¹²⁹, становится особенно ясным, когда *Деррида* формулирует основное противоречие между справедливостью и правом. И в этом конфликте он принимает сторону справедливости¹³⁰.

В отношении права *Деррида* заявляет, что деконструкция права не является катастрофой, но шансом на исторический прогресс. «Но если существует нечто такое, как справедливость как таковая, справедливость вне или по ту сторону права, то она не поддается деконструкции. В такой же ма-

лой степени, как собственно деконструкция, если нечто подобное существует. Деконструкция — это справедливость»¹³¹. То, чем занимается деконструкция — «адресация» проблемы справедливости¹³² без того, чтобы прийти к разработанной моральной философии¹³³. Бросается в глаза то, что *Деррида* рассматривает справедливость как «квазитрансцендентальную форму рефлексии»¹³⁴, которая уводит в мистику, но в сущности своей характеризуется как нечто нерешаемое. В этом смысле справедливость (фактически) «недостижима, но тем не менее существует; ей не может быть дано исчерпывающего определения, так же как нельзя сказать ни о каком действии, что оно справедливо»¹³⁵. Пересечение метафизики и критики метафизики у *Деррида* проявляется в этой проблеме особенно четко.

Деррида, вопреки сомневающимся, тем, кто рассматривает деконструкцию как движение без принципов, в котором растворяется все стабильное, «и в конце царит одна из духовных ночей, в которой, как известно, стираются все философские понятия»¹³⁶, попытался показать, что деконструкция оперирует понятиями «ответственность», «демократия», «дружба», «политика» и «справедливость» таким образом, что эти понятия обретают очертания¹³⁷.

Заключение

Концепции справедливости *Лумана*, *Хабермаса* и *Деррида*, несмотря на указанные особенности, специфическим образом отражают постметафизическое мышление, которое в современных условиях необратимо¹³⁸. Это связано с прекращением универсальных претензий разума как неприкосновенного прежде источника легитимации наук, включая правовую науку.

Общим для всех трех концепций справедливости, помимо их явной критики права разума и метафизики, является то, что они вносят конкретный вклад в современную этику права. Это наглядно демонстрирует, что сфера моральной теории, которая для представителей постструктурализма «до последнего времени была лишь особенно ярким примером принудительного универсализма современности, стала средой для дальнейшего развития современ-

¹²² См.: Derrida J. *Gesetzeskraft*. S. 33 и далее.

¹²³ См.: Ibid. S. 34, 49.

¹²⁴ См.: Ibid. S. 256.

¹²⁵ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 256, 257.

¹²⁶ Menke C. *Für eine Politik der Dekonstruktion*. S. 281.

¹²⁷ См.: Derrida J. *Gesetzeskraft*. S. 52.

¹²⁸ См.: Ibid. S. 52.

¹²⁹ См.: Rötzer F. *Französische Philosophen im Gespräch*. 1987. S. 77.

¹³⁰ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 258.

¹³¹ Derrida J. *Gesetzeskraft*. S. 30.

¹³² См.: Ibid. S. 21.

¹³³ См.: Osterkamp T. Op. cit. S. 258.

¹³⁴ Gamm G. Op. cit. S. 118.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Bertram G.W. *Die Dekonstruktion der Normen und die Normen der Dekonstruktion // Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis / A. Kern, C. Menke (Hg.)*. S. 290.

¹³⁷ См.: Ibid. S. 290.

¹³⁸ См.: Honneth A. Op. cit. S.136.

ных теорий»¹³⁹. Это они вносят свой специфический вклад в реабилитацию практической философии и правовой этики. Однако в то же время эти теоретические концепции ясно показывают, что сегодня правовая этика уже не может до-

стичь метафизических высот¹⁴⁰. Исключительно трезвые, секулярные обоснования, по возможности свободные от метафизики, а еще лучше — постметафизические, — заслуживают того, чтобы быть принятыми всерьез¹⁴¹.

Библиография:

1. Braun J. Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit. — München: C.H. Beck, 2001. — 328 s.
2. Gamm G. Perspektiven nachmetaphysischen Denkens // Philosophie der Dekonstruktion. Zum Verhältnis von Normativität und Praxis / A. Kern, C. Menke (Hg.) — Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl., 2002. — S. 103–124.
3. Habermas J. Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. — Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl., 1998. — 704 s.
4. Habermas J. Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze. — Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1988. — 213 s.
5. Horster D. Niklas Luhmann. — München: C.H. Beck, 1997. — 220 s.
6. Kelsen H. Reine Rechtslehre. — Aalen: Scientia-Verl., 1994. — 236 s.
7. Luhmann N. Das Recht der Gesellschaft. — Frankfurt a/Main: Suhrkamp Verl., 1993. — 597 s.
8. von der Pfordten D. Rechtsethik. — München: C.H. Beck, 2001. — 575 s.
9. Walter R. Hans Kelsens Rechtslehre. — Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 1999. — 35 s.

Перевод с немецкого О.В. Бурмистровой,
доцента кафедры иностранных языков

Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

POST-METAPHYSICAL THINKING AND RETHINKING THE RIGHTS OF THE MIND (justice in the perception of Niklas Luhman, Jurgen Habermas and Jacques Derrida)

Schulze, Carola — Dr. iur. habil., Emeritus Professor of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.
[dehanatyurat@ruhi-uni-bochum.de]
14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *This article is meant to show that post-metaphysical thinking is a variously directed motion towards the objective practical philosophy and it is related to the restoration of the legal ethics. Initially, the social conditions for the new thinking in the sphere of philosophy of law are being developed, and they are reflected in the modernity. After this stage, the central problem of metaphysical thinking in the changed conditions of the modern society is revealed: guarantees of the contingency of the contents of law, which change variously. Taking examples of interpretations of justice by Niklas Luhman, Jurgen Habermas and Jacques Derrida, the author draws parallels among the post-metaphysical ways of thinking. It is typical for all three of the above-mentioned concepts of justice, that they combine natural law and positivism, law and justice, authenticity and validity, rationality of the process and contents of justice. They criticized the rights of the mind and metaphysics, but they did want to make their impact upon the modern legal ethics.*

Keywords: *jurisprudence, philosophy of law, post-metaphysical thinking, restoration of legal ethics, post-metaphysical concepts of justice, formula of contingency of justice of Luhmann, discourse theory of Habermas, endless justice of Derrida.*

¹³⁹ Ibid. S. 133.

¹⁴⁰ См.: von der Pfordten D. Op. cit. S. 3.

¹⁴¹ Ibid. S. 3.

ДЕТЛЕВ В. БЕЛЛИНГ (Detlev W. Belling)*

АНТЬЕ ХЕРОЛЬД (Antje Herold)**

МАРЕК КНАЙС (Marek Kneis)***

ДЕЙСТВИЕ ОСНОВНЫХ ПРАВ МЕЖДУ ЧАСТНЫМИ ЛИЦАМИ****

Аннотация. В данной статье рассматривает вопрос, действуют ли в Германии и каким образом основные права в системе частного права. При этом наглядно и на исторических примерах представляются различные теории. Вначале будет показано, что основные права действуют в основном только вертикально, в отношениях «гражданин — государство» и, таким образом, воспринимаются как право на защиту от посягательства государства. Затем проясняются терминологические вопросы так называемого опосредованного действия основных конституционных прав за пределами отношений государства и личности. Отмечается, что следует различать отношение частных лиц между собой от их отношения с гражданско-правовым законодательством и судебной практикой. Поскольку законодательная и судебная власти связаны с основными правами, последние влияют опосредованно на частное право с помощью неопределенных правовых понятий. Догматический подход в обосновании воздействия основных прав в частном праве впоследствии будет рассмотрен в обязательстве государства по защите граждан от посягательств третьей стороны, следующего из Основного Закона. В итоге будет показано, каким образом судебная, законодательная и исполнительная власти реализуют данное обязательство по защите граждан государством, не ставя под сомнение частную автономию отдельного человека.

Ключевые слова: основные права, опосредованное (косвенное) действие основных прав, права третьих лиц (*mittelbare Drittwirkung*), непосредственное (прямое) действие основных прав (*unmittelbare Drittwirkung*), право на защиту от посягательства государства, учение о защите прав граждан, объективная система ценностей, общие оговорки, неопределенные правовые понятия, частная автономия.

© Belling D.W., 2015

* Беллинг Детлев В. (Belling Detlev W.) — Dr. iur. habil., профессор, Dr. h.c. (SZTE), M.C.L. (U. of Ill.), заведующий кафедрой гражданского, трудового и социального права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

© Herold A., 2015

** Херольд Антье (Herold Antje) — научный сотрудник, ассессор права.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

© Kneis M., 2015

*** Кнайс Марек (Kneis Marek) — научный сотрудник, ассессор права.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

**** Под основными правами понимаются права человека, закрепленные в Основном Законе ФРГ.

Введение

Учитывая опыт национал-социалистического периода с 1933 по 1945 гг., конституционный законодатель Федеративной Республики Германия закрепил *основные права на видном месте*, а именно: в самом начале Основного Закона ФРГ. Основные права были призваны, прежде всего, служить правом на защиту гражданином собственных прав от посягательства государства и гарантировать свободу гражданина от посягательств публичной власти¹.

В скором времени после вступления в силу Основного Закона в 1949 г. в немецком правоведении разгорелся спор на тему «*Действия основных прав на права третьих лиц*», который, кроме прочего, касался вопроса, действуют ли *основные права* также и *между частными лицами*.

Речь идет о горизонтальном действии основных прав в отношении граждан друг к другу — в отличие от вертикального действия основных прав в отношении граждан к государственной власти. Так, в отличие от отношения «гражданин — государство», в соотношении «гражданин — гражданин» обе стороны выступают носителями основных прав.

Вначале споры касались требования равной оплаты труда для мужчин и женщин в частноправовых трудовых договорах². В данном вопросе Федеральный Трудовой Суд одобрил непосредственное действие основных прав на права третьих лиц³. Согласно нынешней судебной практике Европейской Судебной палаты, непосредственное горизонтальное действие проявляется в Положении о равной оплате труда мужчинам и женщинам при выполнении одинаковой или равноценной работы (ст. 157 Договора о режиме работы Европейского Союза (AEUV))⁴.

I. Непосредственное действие основных прав на права третьих лиц

В Германии основные права в целом действуют непосредственно только в отношении «гражданин — государство». В виде исключения в Основном Законе прямо закреплено непосредственное действие основных прав на права третьих лиц. Так, согласно ст. 9 (абз. 3

предл. 2) Основного Закона ФРГ⁵ недействительными признаются сделки (имеются в виду *гражданско-правовые сделки*), направленные на ограничение свободы объединений или препятствующие таковым. Более того, непосредственное действие основных прав на права третьих лиц будет все больше проявляться в отношении защиты человеческого достоинства, закрепленного в ст. 1 (абз. 1 предл. 1) Основного Закона ФРГ⁶.

В остальном *только* государство в лице трех ветвей власти *непосредственно* связано, согласно ст. 1. (абз. 3) Основного Закона ФРГ, основными правами. Следовательно, каждый — в первую очередь имеется в виду физическое (частное) лицо — может подать жалобу в Федеральный Конституционный Суд⁷, (*только*) на том обосновании, что он был ущемлен *публичной властью* в одном из основных прав или же в правах, равных основным.

Непосредственное действие основных прав на права третьих лиц также среди частных лиц привело, напротив, к ущемлению свободы отдельного человека, вместо того чтобы усилить защиту прав на свободу и равенство. *Непосредственное действие основных прав на права третьих лиц угрожает частной автономии*. В связи с этим в Германии, большей частью справедливо, отвергается учение о непосредственном действии основных прав на права третьих лиц между частными лицами⁸.

II. Опосредованное действие основных прав на третьих лиц**1. Решение Федерального Конституционного Суда («Приговор Люта»)**

Федеральный Конституционный Суд должен был в 1958 г. вынести так называемый приговор Люта⁹ по делу из гражданско-правового обязательства вследствие причинения вреда. Председатель частного пресс-клуба Эрих Люта призвал в 1950 г. к бойкотированию фильма «Бессмертная возлюбленная», поскольку режиссер фильма, Файт Харлан снял при национал-социализме антисемитский фильм «Еврей Зюсс», и потому — дословная цитата — был «одним из самых ярких представителей ужасного гонения нацистов на ев-

¹ BVerfGE 7, 198, 204; 50, 290, 337; 68, 193, 205; Guckelberger A. JuS. 2003. S. 1151, 1152.

² См.: Nipperdey H.C. RdA 1950, 121, 124 и след.

³ Непосредственное действие основных конституционных прав за пределами отношений государства и личности привело Федеральный Суд по рассмотрению трудовых споров (E 1, 258, 262) в данном случае к тому, что тот принял трудовой договор о тарифных ставках как законодательство в соответствии сст. 1 ч. 3 GG. К непосредственному действию основных конституционных прав за пределами отношений государства и личности до этого: BAG I, 185, 193.

⁴ EuGH (по делу Defrenne II). NJW. 1976. 2068 к ст. 119 EWGV ст. ред.

⁵ В отношении непосредственного действия нормы в отношении третьих лиц см.: BAG NJW 2007, 622, 623; BAGE 104, 155, 171.

⁶ См., напр.: Guckelberger A. Op. cit. S. 1151, 1152; BAG NJW 1957. 1688, 1690.

⁷ Согласно ст. 93 (абз. 1 № 4а) Основного Закона ФРГ в сочетании с § 90 (абз. 1) Федерального закона о Федеральном Конституционном Суде ФРГ.

⁸ См.: BVerfG GRUR-RR. 2011. S. 217, 218; BVerwG DÖV. 1971. S. 861; BAG NJW 2010. S. 104, 106; LAG Berlin-Brandenburg. NZA-RR 2011. S. 359, 361; AG Mannheim NJW. 2008. S. 3442, 3444; Guckelberger A. JuS. 2003. S. 1151, 1153; de Wall/Wagner JA. 2011. S. 734, 736 и далее; в недалёком прошлом, пожалуй, только: Lücke J. JZ. 1999. S. 377 и далее.

⁹ BVerfGE 7, 198 и далее.

реев». Продюсер и прокатчик фильма подали иск на невоспрепятствование в связи с умышленным безнравственным причинением вреда и выиграли процесс в земельном суде Гамбурга. Федеральный Конституционный Суд отменил приговор суда по гражданским делам, так как он нарушил основное право *Люта* на свободу слова (ст. 5 абз. 1 Основного Закона Германии)¹⁰. Так, Основной Закон не может быть системой нейтральных ценностей. В главе, закрепляющей основные права, установлена *объективная система ценностей*. Эта система ценностей должна служить конституционно-правовой основой при принятии решения во всех областях права. Законодательные, административные и судопроизводственные органы черпают из данной системы ценностей ориентирующую линию поведения и импульсы. Следовательно, она также влияет на гражданское право. Никакая гражданско-правовая норма не может ей противоречить. Любая норма должна быть истолкована в духе данной системы ценностей.

По сути, при толковании понятия «общепринятые нормы морали» суд по гражданским делам должен учитывать содержание основного права на свободу слова в подаваемой на проверку норме права требования (§ 826 ГК Германии). Гражданский кодекс должен быть рассмотрен в свете важности этого основного права и так интерпретирован, чтобы было сохранено особое содержание ценности основного права, гарантирующего свободу слова в свободном демократическом обществе¹¹.

Решение по делу *Люта*, принятое Федеральным Конституционным Судом, можно считать «*часом рождения*» учения о так называемом опосредованном действии основных прав на права третьих лиц. Согласно этому учению, действие основных прав при разрешении частноправовых конфликтов распространяется косвенно «с помощью норм, непосредственно господствующих в конкретной области права»¹². Средством распространения действия основных прав на гражданское право являются такие неопределенные правовые понятия в гражданско-правовых оговорках, как, например, «безнравственность», «добросовестность при исполнении обязательств» и «справедливое усмотрение», действующие как требование соблюдения принципа соразмерности¹³. Поэтому они также обозначаются как «места пролома основных прав в гражданское право»¹⁴. Таким образом, понятие «безнравственность», к примеру, определяется по содержанию не только меняющимися в обще-

стве взглядами¹⁵, но, прежде всего, представлением о ценностях, соответствующих по содержанию основным правам.

2. Критика учения об опосредованном действии основных прав на права третьих лиц

Между тем учение об опосредованном действии основных прав на права третьих лиц также не свободно от догматических неточностей. Зачастую отсутствует достаточно четкое разграничение между *отношением частных лиц друг с другом*, с одной стороны, и *частным правом в форме законодательства и судебной практики*, с другой стороны¹⁶.

а) Связанность судов по гражданским делам основными правами

Также при применении гражданского права в судебной практике четкой дифференциации часто не проводится. Установлено, что наряду с законодательством, судопроизводство тоже связано, на основании ст. 1 ч. 3 Основного Закона, основными правами. Насколько оно применяет публичное право — например, в порядке применения процессуального законодательства¹⁷, — настолько же оно, разумеется, непосредственно связано основными правами. Если суды применяют гражданско-правовые нормы, то есть занимаются интерпретацией, толкованием и развитием права и т.п., то судебная практика в равной степени непосредственно связана основными правами. Судья действует, подобно законодателю, устанавливая определенные предписания, которые он, однако, сам же и применяет. Итак, в случаях активного посещения на основные права посредством применения права и обременения одной из сторон, основные права проявляются в своей классической форме, а именно: в праве на защиту собственных прав, не допуская, чтобы регрессное право требования сводилось лишь к использованию неопределенного понятия «действия права в отношении третьих лиц» (*Ausstrahlungswirkung/Drittwirkung*). Поэтому гражданин может, согласно ст. 93 ч. 1 № 4а Основного Закона, подать напрямую конституционную жалобу. Но такая жалоба будет успешной только в том случае, если в решении суда обнаружатся ошибки в толковании закона, которые базируются на принципиально ложном понимании значения основного права¹⁸.

б) Собственно опосредованное действие основных прав на права третьих лиц

От законодательства и правоприменения судьями, которые непосредственно реализуют основные права, следует строго разграничивать

¹⁰ BVerfGE 7, 198 и далее.

¹¹ BVerfGE 7, 198, 207 и далее.

¹² BVerfGE 7, 198, 205.

¹³ BVerfGE 81. S. 242, 256.

¹⁴ BVerfGE 7, 198, 205 с ссылкой на Dürig G. // Die Grundrechte. Bd. II. S. 525.

¹⁵ См. также: BVerfGE 7, 198, 207.

¹⁶ См.: Canaris C.-W. AcP 184. S. 201, 210.

¹⁷ См. также: BVerfG NJW. 2013. S. 290 и след.

¹⁸ BVerfGE. 81. 242, 253.

случаи, при которых *частное лицо ограничивает основные права другого лица*, например, посредством договора, осуществления права на изменение юридического положения (к примеру, увольнения) или действия, направленного на причинение ущерба. Только в этом случае можно говорить об опосредованной связанности основными правами. Таким образом, только в такой ситуации, согласно концепции Федерального Конституционного Суда, основные права могут «распространяться» на материальное гражданское право посредством гражданско-правовых общих оговорок.

III. Основные права как требования защиты

1. Догматическое обоснование

«*Действие распространения*» между тем не является догматической базой опосредованного действия основных прав, а является только образным описанием представления о действии основных прав между частными лицами.

Действие распространения можно догматически обосновать следующим образом: порядок ценностей, закрепленный основными правами, изначально представлявший собой право на защиту частного лица от посягательства государства, требует от государства не только недопущения посягательств на основные права. Система ценностей также обязывает государство защищать *гражданина от противоправного вмешательства*, которое ему угрожает со стороны третьего лица¹⁹. Источником государственной мысли об обеспечении защиты граждан является «сама сущность государственности»²⁰. Задача государства — позаботиться о безопасности граждан и общественном порядке в сфере его влияния²¹. Отказ от «права человека на защиту, данного от природы»²², может быть признано гражданами только в том случае, если они знают, что их *правовые ценности обеспечены государством*.

Исполнение государственного долга по защите граждан является основной задачей законодательства. При этом ему предоставлена широкая свобода действий относительно реализации данной защиты. Не только частноправовые нормы могут способствовать осуществлению обязательства по защите граждан; при высокой угрозе возможных нарушений правовой ценности граждан, законодательная власть также может вмешиваться посредством публичного или — как в случае с абортom — уголовного права. Тем не менее гражданское право представляется во многих случаях более подходящим инструментом, поскольку действует мягче и способствует

уравниванию сторон в процессе, нежели средства уголовного или публичного права²³.

2. Развитие в судебной практике Федерального Конституционного Суда

а) Приговор по абортom

Государственный долг по обеспечению защиты граждан Федеральный Конституционный Суд впервые признал в своем приговоре по абортom от 1975 г.²⁴ Обязанность государства по защите развивающейся в утробе матери жизни следует из ст. 2 (абз. 2 предл. 1) и ст. 1 (абз.1 предл. 2) Основного Закона ФРГ, которая, в свою очередь, является высшей ценностью Конституции²⁵. Ст. 2 (абз. 2 предл. 1) Основного Закона требует от государства предстать защитником этой жизни и способствовать ее развитию, что означает прежде всего охрану жизни от посягательств на нее — через мать — со стороны других лиц. Но взвешивание основных прав еще не рожденного ребенка, с одной стороны, и будущей матери, с другой²⁶, приводит к выводу, что для женщины существуют пределы допустимого, того, что она может вынести. Эта граница считается достигнутой, когда возложенное на женщину бремя требует от нее такой степени жертвования собственными жизненными ценностями, что такое жертвование невозможно от нее ожидать²⁷. Только в этом случае на женщину не возлагается правовая обязанность по вынашиванию ребенка. Согласно немецкому праву, прерывание беременности на ранней стадии остается ненаказуемым только в том случае, если беременная женщина прошла консультацию, целью которой является в первую очередь поощрение женщины сохранить беременность²⁸. Тем самым — в деликатной форме — (якобы) решается задача по защите еще не рожденного ребенка.

б) Судебная практика в вопросе поручительства

Поскольку законодатель исполняет свой долг по защите граждан не фактически, а путем создания в гражданском праве, посредством общих оговорок, возможности содействия гражданам в борьбе с нарушениями основных прав со стороны третьих лиц, поэтому задача, направленная на осуществление государственных обязательств по защите граждан, фактически отводится судам по гражданским делам²⁹.

Около 20 лет назад большое внимание привлекла так называемая судебная практика о по-

¹⁹ К обязательству государства по защите граждан Belling D.W. ZfA 1999. S. 547, 572 и след.

²⁰ См.: Oldiges M. Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht // FS für Friauf. Heidelberg, 1996. S. 281-299.

²¹ См.: Hager J. JZ. 1994. S. 373, 378; Isensee J. Handbuch des Staatsrechts. Bd VI. § 111, Rn. 83 и след.

²² См.: Klein E. NJW 1989. S. 1633, 1636.

²³ Аналогично Hager J. Op. cit. S. 373, 378.

²⁴ BVerfGE 39, 1.

²⁵ BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164.

²⁶ Ст. 1 (абз. 1), 2 (абз. 2) Основного Закона и ст. 2 (абз. 1) в сочетании со ст. 1 (абз. 1) Основного Закона.

²⁷ BVerfGE 88, 203, 256 вкл. (так называемый второй приговор по абортom Федерального Конституционного Суда ФРГ).

²⁸ См.: § 218a (абз. 1), 219 Уголовного уложения ФРГ.

²⁹ См., напр.: BVerfGE 96, 56, 64.

ручительстве. В практике обеспечения банков, при выдаче кредитов предприятиям среднего бизнеса, стало принято заключать с членами семьи договор поручительства на значительную сумму (то есть свыше 100.000 марок). Поручителями нередко были люди не старше 21 года, без профессионального образования, а также неквалифицированные рабочие, трудящиеся на фабрике³⁰.

Несмотря на это, Верховный Федеральный Суд регулярно удовлетворял иск на выплату солидарного поручительства³¹. Считалось, что договоры поручительства не могли рассматриваться как *безнравственные*, потому что задолженность, к которой они приводили, предполагалась заранее. Банк якобы мог исходить из того, что взрослый человек, берущий на себя обязательство поручительства, осознавал значение и возможные последствия своих действий и самостоятельно оценивал риск, на который шел³².

Федеральный Конституционный Суд отменил подобное решение Верховного Федерального Суда в 1993 г. По мнению Федерального Конституционного Суда, Верховный Федеральный Суд при толковании и применении общих оговорок Гражданского кодекса нарушил свою обязанность следить за тем, чтобы договоры как средство юридической несамостоятельности не были бы использованы в преступных целях. Если содержание договора было непривычно отягчающим для одной из сторон и явно несоответствующим компромиссу интересов противоположных сторон, то суды не вправе были бы довольствоваться определением: «Договор есть договор!». Более того, суд по гражданским делам должен выяснить, явилось ли положение следствием структурно неравной переговорной силы и, при необходимости, вмешаться и внести поправки в рамках общих оговорок гражданского права³³.

Оценив вступление договора в силу, а также содержание договора поручительства без обра-

ния к общим оговоркам, и не приняв во внимание нарушенное равенство сторон договора, Верховный Федеральный Суд не смог уравнивать противоположные основные права поручителя и банка. Вследствие этого поручителю было отказано в защите его основного права на свободное развитие личности (ст. 2 абз. 1 Основного Закона). Поручителю было дано Конституцией право потребовать такую защиту перед судом, чтобы избежать пожизненной «долговой ловушки».

IV. Заключение

Основные права защищают отдельного человека не только от несоразмерного вмешательства государства, но и от нанесений ущерба другими частными лицами его индивидуальной сфере. Данную задачу по обеспечению защиты гражданина выполняют законодательная, судебная и исполнительная власти — именно тогда, когда между частными лицами, прежде всего, преобладает структурное неравенство³⁴. Государственные власти при этом имеют широкую свободу организации действий: законодатель может гарантировать объективную систему ценностей Основного Закона посредством общих оговорок и неопределенных правовых понятий. Он также может реализовать данную систему ценностей с помощью отдельных законов. В качестве примера можно назвать Всеобщий закон о соблюдении равенства. При общих оговорках и неопределенных правовых понятиях требуется судебная практика особого рода, способствующая действию конституционно-правовых оценок.

Обязательство государства по защите граждан не освобождает, впрочем, человека от ответственности мирным образом самостоятельно отстаивать свою индивидуальную сферу. Государство остерегается навязывать отдельному человеку свою защиту. Чрезмерная защита основных прав приводит к патернализму и ограничивает свободу человека.

Библиография:

1. Guckelberger A. Die Drittwirkung der Grundrechte // Juristische Schulung: JuS. — 2003. — S. 1151–1157.
2. Hager J. Grundrechte im Privatrecht // Juristen Zeitung: JZ. — 1994. — Vol. 49. № 8. — S. 373–383.
3. Oldiges M. Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht // Festschrift für Friauf. — Heidelberg: Müller, 1996. — S. 281–299.

*Перевод с немецкого А.В. Филипповой,
преподавателя кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

³⁰ См., напр.: BGHZ 106, 269; BGH NJW 1989. 1605.

³¹ См.: BGH NJW 1989. 1605.

³² См. напр.: BGHZ 106, 269, 271 и след.

³³ BVerfGE 89, 214, 234; 81, 242, 254 и след.

³⁴ См., напр.: BGH NJW 2013, 1519, 1521.

APPLICATION OF BASIC HUMAN RIGHTS AMONG THE INDIVIDUALS

Belling, Detlev W. — Dr. iur. habil., Professor, Dr. h.c. (SZTE), M.C.L. (U. of Ill.), Head of the Department of Civil, Labor and Social Law of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Herold, Antje — Scientific Researcher, Legal Assessor.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Kneis, Marek — Scientific Researcher, Legal Assessor.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *The article concerns the issue of application of basic rights in the system of private law of Germany. The authors present various theories based upon historical examples. Firstly, it shall be shown that the basic human rights are applied mostly at the horizontal level in the relations “individual — state”, thus, they are regarded as means of protection against encroachments by the state. Then, the authors clarify the terminological issues of the so-called indirect application of basic constitutional rights outside the scope of the relations between individuals and the state. It is noted that a distinction should be made between the relations among the individuals and their relations with the civil legislation and judicial practice. Since both legislative and judicial branches of government are related to the basic human rights, the latter have the indirect impact upon private law via undefined legal terms. The dogmatic approach towards substantiation of influence of basic human rights in the sphere of private law shall be reviewed from the standpoint of obligations of the state to protect the citizens from the encroachments by the third parties, following from the Fundamental Law. Finally, it shall be shown how judicial, legislative and executive branches of government implement this obligation to protect citizens by the state, while not challenging the private autonomy of an individual.*

Keywords: *basic rights, indirect (mediated) application of basic rights, rights of third parties (mittelbare Drittwirkung), direct (immediate) application of basic rights (unmittelbare Drittwirkung), right to protection from encroachments by the state, teachings on the protection of human rights, objective system of values, general reservations, undefined legal terms, private autonomy.*

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

ХАРТМУТ БАУЭР (Hartmut Bauer)*

НОВЫЕ ТЕНДЕНЦИИ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА В ПЕРИОД ПРИВАТИЗАЦИИ**

Аннотация. Статья посвящена проблемам административного права, обусловленным процессом приватизации, проходящей в Германии. Она структурирована следующим образом: вначале автор вводит читателя в проблему, а затем подробно рассматривает вопросы понятия приватизации, ее сферы и мотивов, раскрывает задачи, поставленные перед приватизацией, исследует типологию приватизации, смешанные формы, различия и промежуточные состояния (в частности, приватизацию имущества, организации, задач и функциональную приватизацию). В статье выделяются важные моменты нормативного управления процессами приватизации; приватизация рассматривается как процесс. Показаны тенденции будущего: деэтизация и демунципализация, переход от приватизации к деэтизации и демунципализации. **Ключевые слова:** Германия, приватизация, сферы, мотивы, задачи приватизации, типология приватизации, приватизация как процесс, проблемы административного права, деэтизация, демунципализация.

Введение в основную проблематику

По сути, процессы приватизации для Германии представляют собой особое явление и в то же время не являются чем-то новым¹. С определенного периода их значение заметно возросло. Это, очевидно, не в последнюю очередь происходит благодаря тому вниманию, которое уделяется приватизации юриспруденцией: данной теме посвящено множество вторых докторских диссертаций², многочисленные докторские диссертации и бесчисленные статьи. Сюда же следует отнести уже давно не поддаю-

щееся пересчету множество научных конференций, среди которых две прошедшие конференции преподавателей государственного права³ и День юриста Германии⁴.

По времени начало последней волны приватизации совпадает с воссоединением Германии. После попыток приватизации, наблюдавшихся уже в 1980-х гг., новая волна начинает набирать

¹ История приватизации, которая старше самого понятия, см.: Kämmerer J. A. Privatisierung. 2001. S. 61. и далее.

² См.: Burgi M. Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. 1999; Weiß W. Privatisierung und Staatsaufgaben. 2002; Gramm C. Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben. 2001; Remmert B. Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren. 2003.

³ См.: по теме обсуждения «Приватизация государственных задач» ежегодного собрания за 1994 г. доклады Hengstschläger J., Osterloh L., Bauer H., Jaag T. // VVDStRL. 1995. № 54; по теме обсуждения «Участие частного сектора в восприятии общественных задач и государственной ответственности» ежегодного собрания за 2002 г. отчеты Heintzen M., Vofskuhle A. // VVDStRL. 62. 2003. В данном контексте также следует рассмотреть тему «Исполнение задач управления силами частного сектора» ежегодного собрания, прошедшего в далекий 1970 г., с докладами Ossenbühl F., Gallwas H.-U. // VVDStRL. 29. 1971.

⁴ Сюда же следует отнести: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben — Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag. 2008.

© Bauer H., 2015

* Бауэр Хартмут (Bauer Hartmut) — Dr. iur. habil., профессор, заведующий кафедрой европейского и германского конституционного права, административного права, социального права и публичного экономического права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

[hbauer@uni-potsdam.de]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

** Автор выражает благодарность своим ассистентам доктору Кай-Хольмгеру Кречмеру и Лидии Хайяш за поддержку в процессе подготовки настоящей статьи.

обороты⁵ лишь в 1990-х гг. Подобное совпадение не случайно. Важные импульсы для поощрения «процессов приватизации на Западе»⁶ создаются масштабными процессами приватизации государственных предприятий ГДР Ведомством по управлению государственной собственностью⁷ в результате включения частного сектора в процессы обновления разрушенной инфраструктуры на территории Восточной Германии. Прежде всего, четким политическим сигналом стал дефицит государственного бюджета⁸, значительно увеличившийся в результате воссоединения. «Диктатура пустых касс» настоятельно потребовала для возврата долгов и уменьшения кредитного бремени государства отчуждения материальных ценностей и отказа государства от задач, ранее поставленных перед ним. Тенденция к приватизации была усилена структурно-политическими соображениями и общими политическими течениями, в которых возможные последствия приватизации могли сыграть важную роль для обеспечения будущего Германии и ее роли как предпринимательского места⁹. Первыми шагами в процессе становления приватизации стали реформы и реструктуризация Федеральной почты Германии¹⁰ и Немецких железных дорог¹¹, а также мероприятия по приватизации в области коммунального хозяйства.

По крайней мере, на первый взгляд, эта тенденция сохранилась. Хорошим доказательством является законодательное улучшение рамочных условий для создания частно-государственных объединений¹². С этим некоторые связывают существующее

на всех уровнях (на уровне федерации, федеральных земель и муниципальных образований), общее для партий, а также заметное на европейском уровне¹³ «основополагающее согласие» обеспечить поддержку частно-государственным объединениям¹⁴. Аналогично ориентировано запланированное обновление административно-процессуального права, благодаря которому соглашения о кооперации между организациями, регулирующими процессы создания и деятельность подобных частно-государственных объединений, должны быть поставлены на надежную законодательную основу¹⁵. Поощрение частно-государственных объединений соответствует тенденции приватизации, существующей в течение вот уже более 20 лет, что, в свою очередь, позволяет говорить о целой «эпохе приватизации».

Тем временем на сегодняшний день можно говорить о том, что эпоха приватизации прошла свой зенит и уже идет к своему логическому завершению. Однако в любом случае в Германии отмечаются признаки кардинального изменения настроений и перелома тенденций¹⁶.

Так, например, в случае с крупным проектом «Немецкие железные дороги» приватизация дала сбой¹⁷. Упомянутое ранее обновление административно-процессуального права на данный момент сдает свои позиции¹⁸, и в остальном в нашей стране все чаще говорят о деэтизации и демунципализации, а также о «модной тенденции»¹⁹ или «тенденции будущего»²⁰, а именно: о ремуниципализации²¹.

⁵ См.: Schoch F. Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben // Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung. 2010. S. 91.

⁶ Программно для своего времени: Kreis K. Privatisierung auch im Westen. 1993.

⁷ В процессе «трансформации плановой экономики, в основе которой лежит народная собственность и государственное управление, в рыночную экономику, в основе которой лежит частная собственность и свобода индивидуальности» (BVerfGE. 95. 267) особую роль сыграло Ведомство по управлению государственной собственностью. На его плечи легла геркулесова задача структуризация и приватизация на конкурсной основе прежних государственных предприятий. Включая почти 8 000 предприятий, 40 000 производств и 6 млн сотрудников, оно считалось крупнейшим холдингом в мире (Ossenbühl F. Eigentumsfragen // HStR IX. 1997. § 212 Rn. 8).

⁸ Вскоре после воссоединения необходимо было считаться почти с двукратным увеличением государственного долга на сумму свыше 2 трлн немецких марок; информацию о финансово-политических сценариях того времени см.: Bauer H. Die finanzverfassungsrechtliche Integration der neuen Länder // HStR IX. 1997. § 206 Rn. 1–41.

⁹ Более подробная информация о политической атмосфере начала 1990-х гг. см.: Schoch F. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben // DVBl. 1994. S. 962–965.

¹⁰ См.: Masing J., Post und Telekommunikation // HStR IV. 3. Aufl. 2006. § 90 Rn. 16.

¹¹ См.: Uerpman-Witzack R. Verkehr // HStR IV. 3. Aufl. 2006. § 89 Rn. 5–41.

¹² Закон об ускорении реализации частно-государственных объединений и об улучшении законодательных рамочных условий для частно-государственных объединений от 01.09.2005 (BGBl I S. 2676).

¹³ См.: Bauer H. *Verwaltungsverträge // Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Bd. II. 2. Aufl. 2012. § 36. Rn. 42.

¹⁴ См.: Uechtritz M., Otting O. Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz: Neuer Name, neuer Schwung für «öffentlich-private Partnerschaften»? // NVwZ. 2005. S. 1105, 1111.

¹⁵ См.: Schmitz H. Die Verträge sollen sicherer werden. Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag // DVBl. 2005. S. 17 и далее.

¹⁶ Ср.: Schäfer R. *Rekommunalisierung: Modetrend oder neues Politikphänomen?, Öffentliche Finanzen // Sonderbeilage zur FAZ vom 19.6.2008*. S. 3. В качестве индикатора изменения тенденций рассматривается «событие в рамках заседания». Демунципализация в течение последних лет была темой и предметом ряда научных конференций с межрегиональными и немецкими участниками, например, в октябре 2010 г. на базе Немецкого университета административных наук в Шпейере, в апреле 2011 г. на базе Муниципально-научного института при Потсдамском университете, в июне 2011 г. в рамках Гальского форума по административному праву и в ноябре 2011 г. на базе Института общинного права при Университете Оснабрюк. Информация по всем этим и прочим многочисленным мероприятиям Вы можете найти в Интернете.

¹⁷ См.: Stamm S. *Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung*. 2010. S. 234.

¹⁸ Повторное обновление до сих пор не использовалось; оно по-прежнему находится в пространстве, но в виду другого намерения, иначе чем прежде структурированного, в отношении последующего развития административного права было отложено (см.: Schmitz H. *Kooperationsverträge // Verwaltungskooperation*. 2008. S. 51–58).

¹⁹ См.: Bauer H. *Verwaltungskooperation // Verwaltungskooperation*. 2008. S. 9–22.

²⁰ Ibid.

²¹ См.: Collin P. *Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse // JZ*. 2011. S. 274; Brüning C (Re-)

«В целом в настоящее время кажется, что вера в рыночные силы исчезает, и после приватизационной эйфории <...> ощущается потребность в возрождении классической государственности»²². К этой теме мы еще вернемся (VI).

Однако сначала следует представить специфические тенденции развития, типичные для немецкого административного права. В связи с широтой области дискуссии и широтой спектра проблем²³ речь может идти о более или менее проработанных понятиях приватизации, а именно: о понятии приватизации, сферах приватизации и мотивах приватизации (II), типологии приватизации и формах проявления (III), ключевых моментах для нормативного управления процессами приватизации (IV) и отправных точках догматически-систематического понимания действительности приватизации, в частности в праве, регулирующем сотрудничество с государством (V).

I. Понятие приватизации, сферы приватизации и мотивы приватизации

1. Понятие приватизации и задачи, поставленные перед приватизацией

Несмотря на довольно редкое использование в законодательных текстах²⁴, понятие «приватизация» связано с феноменом перенесения компетенций, ранее ассоциирующихся с государством, в частный сектор и сектора, занимающие промежуточное положение между государством и частными лицами²⁵. В соответствии с этим понятие «приватизация» рассматривает процессы перераспределения задач между государственным и частным секторами: приватизация подразумевает процессы перераспределения задач и смещение обязательств «по направлению к частному сектору». Подобное понимание понятия не объясняет, «пользуется ли администрация для исполнения своих задач исключительно гражданско-правовой организационной формой (например, GmbH (общество с ограниченной ответственностью), акционерное общество) или выполняется ли задача посредниками или помощниками администрации, и вообще осуществля-

Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand. Maßstäbe und Grenzen // *VerwArch* 100. 2009. S. 45; Röber M. Privatisierung adé?, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements. *Verwaltung & Management*, 2009, S. 227 и далее.

²² Stober R. Privatisierung öffentlicher Aufgaben // *NJW*. 2008. S. 2301.

²³ См.: Burgi M. *Privatisierung* // *HStR* IV. 3. Aufl. 2006. § 75.

²⁴ В § 7 (абз. 1) Положения о федеральном бюджете: «При составлении и исполнении бюджетного плана» необходимо соблюдать принципы экономичности и экономности. Эти принципы обязывают проверять, насколько могут быть выполнены государственные задачи или деятельность, служащая выполнению общественных целей, путем выделения и денационализации или приватизации, а также соответствующие положения о бюджете страны».

²⁵ См.: Schröder R. *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*. 2007. S. 148; *Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben*. *Jura* 2008. S. 672 и далее; Kämmerer K. *Op. cit.* S. 16.

ется ли смещение задач по направлению к частному сектору (имеет ли место денационализация)»²⁶.

Подобная открытость типична для всех задач государства. Споры, в которых несколько однобоко рассматриваются лишь «границы приватизации»²⁷, давно показали, что, с точки зрения задач государства, вообще не существует таких задач, которых бы совершенно не касались мероприятия по приватизации. Более того, перечень задач государства «с конституционно-правовой точки зрения, в принципе открыт»²⁸. В Германии принято ориентироваться на формальное понимание задач государства²⁹, в соответствии с чем государственными задачами являются те общественные задачи³⁰, которые государство и относящиеся к нему организационные единицы выполняют согласно правовым указаниям или в порядке, предусмотренном законом³¹.

Подобное понимание раскрывает значительный потенциал приватизации, который также охватывает и те направления, которые требуют «особо деликатного подхода»³². Наглядным примером является сектор безопасности, который не относится исключительно к сфере государственных задач и не исключает возможности включения частного сектора в обеспечение внутренней безопасности³³ — так, например, при охране объектов, при контроле стоящего и движущегося транспорта и т.д. Аналогично складывается ситуация в области задач обеспечения надлежащего уровня жизни³⁴, так как эти задачи являются государственными лишь при наличии дополнительных определенных условий. В этом сегменте, например, стремления Федерального Административного Суда отнести задачи водоснабжения к «жизненно важным и в конечном итоге не приватизируемым государственным задачам»³⁵ были остановлены Федеральным Конституцион-

²⁶ См.: Schoch F. *Op. cit.* S. 95, с более подробным изложением для понятийной понятности.

²⁷ По отношению к процессу приватизации структурированные основные задачи по организации (Бундесвер, управление полицией и порядком, управление юстицией и процессом исполнения наказаний, управление финансами) см.: Schulze-Fielitz H. *Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung* // *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Bd. I. 2006. § 12. Rn. 95. (со ссылкой на неустойчивые к эффекту приватизации пограничные области).

²⁸ Различные подходы для материального определения перечня необходимых не подлежащих приватизации государственных задач см. докторские диссертации: Gramm S. *Op. cit.* S. 23; и Weiß W. *Op. cit.* S. 53 и далее; критический взгляд: Burgi M. *Privatisierung*. § 75.

²⁹ *BVerfGE* 12. 205 (243); Burgi M. *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe* S. 41 и далее.

³⁰ В качестве общественных задач рассматриваются задачи, «исполнение которых находится в сфере интересов коммуны» (*BVerfGE* 38. 281–299).

³¹ См.: Burgi M. *Privatisierung*. § 75; Schoch F. *Op. cit.* S. 96.

³² Stober R. *Privatisierung öffentlicher Aufgaben* S. 2301.

³³ *Ibid*, с дальнейшими ссылками на источники и с многочисленными примерами по включению частных служб безопасности в исполнение задач по обеспечению безопасности.

³⁴ Burgi M. *Privatisierung*. § 75.

³⁵ *BVerwGE*. 106, 64 (77).

ным Судом³⁶. Федеральный Административный Суд обосновывал свое решение тем, что при решении задач водоснабжения речь идет об «удовлетворении в пользу целого региона столь важных общественных интересов, как сохранение и защита воды (наземных и грунтовых вод)».

Примеры показывают, что общие высказывания о недоступных для приватизации целых областях права не могут быть обоснованы; а на практике предпосылкой для вывода о возможности приватизации конкретных проектов является дифференцирующая интерпретация соответствующих правовых норм.

В соответствии с этим стремление к приватизации отмечалось и по-прежнему отмечается во многих сферах, с которыми население сталкивается ежедневно³⁷: почта, телекоммуникации, обеспечение безопасности полетов, железная дорога, больницы, исполнение наказаний, судебное делопроизводство, утилизация отходов, отвод сточных вод, обеспечение водой, обеспечение электроэнергией, учреждения социальной и культурной сфер (детские сады, бассейны, театры и т.д.), выставки, рынки и народные мероприятия, а также предотвращение опасностей.

2. Мотивы приватизации

С приватизацией связаны разные ожидания. По случаю Дня юриста, проведенного в г. Эрфурте, в обобщенном виде были вновь представлены ожидания и описаны сопутствующие им опасения³⁸. В качестве мотивов приватизации следует прежде всего назвать следующие: использование и привлечение возможностей частного сектора, частная инициатива, частный потенциал управления и частный капитал, иные источники формирования капитала и экономии, а также все более сильная ориентация на стили поведения и успешные стратегии ведения дел частным сектором экономики. Им противопоставлены тем не менее важные опасения, они предполагают неисполнение или некачественное исполнение, недостаточное законодательное ограничение и заниженный демократический контроль за более высокими расходами для лиц, получающих услуги от ответственных за выполнение государственных задач, как оборотная сторона ориентации частного сектора на извлечение выгоды, что также предполагает риск возникновения олиго- и монопольных экономических структур.

Подобное противопоставление «за» и «против» показывает, что обобщенные политико-правовые высказывания были бы ошибочны.

³⁶ BVerfGE. 107. 59 (93 и далее) с дополнительными ссылками на столь же важные задачи, как, например, утилизация отходов, обеспечение электроэнергией.

³⁷ См.: Schoch F. Op. cit. S. 97 и далее; для сравнения из более раннего периода см.: Verwaltungsrecht II. 7. Aufl. 2010. § 89. Rn. 30 и далее.

³⁸ Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D. 24 и далее.

Вместо этого при принятии решения относительно конкретного проекта по приватизации предлагается проведение отдельного анализа, ориентированного на задачи, предмет и ситуацию, в соответствии с которым компетентные органы при реализации проектов по приватизации должны находиться в характерных для их области правовых рамках.

II. Типология приватизации, смешанные формы, различия и промежуточные состояния

1. Типологические формы проявления

Принятие решений в области приватизации облегчено³⁹ благодаря классификациям, которые на практике управления возвращают феномены приватизации к базовым формам⁴⁰. В соответствии с этим, согласно одной из классификаций, основанной на объектах приватизации, различают 4 базовые формы, а именно: приватизацию имущества, приватизацию организации, приватизацию задачи и так называемую функциональную приватизацию.

а) Приватизация имущества

В случае приватизации имущества отдельные объекты имущества или имущественные ценности, принадлежащие государству, то есть, например, земельные участки, совокупная собственность на предприятия или даже целые промышленные предприятия передаются частному сектору. Названный термин охватывает и так называемую приватизацию собственности, представляющую собой продажу столового серебра и являющуюся источником капитала для публично-правового сектора. Однако приватизация такого вида имеет одноразовый эффект, потому что соответствующая имущественная ценность после ее приобретения частным лицом больше не явля-

³⁹ Подобные послабления в ходе чрезмерных споров о приватизации тем не менее приобретают относительный характер, потому что в их рамках вновь и вновь фактически и якобы для дискуссии предлагаются новые типы. В отличие от типологии, предложенной в тексте, в спорах о приватизации принято различать от девяти до десяти типов приватизации (см.: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. S. 24 и далее). Лидеры в этом направлении в настоящее время отмечают не менее 13 (!) типов приватизации (см.: Kirchhof G. Rechtsfolgen der Privatisierung // AöR 132. 2007. S. 215-230).

⁴⁰ Подобные типологии долгое время искали доступ к учебной литературе по общему административному праву, тем не менее с неоднородными отличиями. Представленное в данной статье представление ориентируется на сравнение следующих источников: Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 60 и далее, которое соответствует распространенной в Германии типологии. От нее, однако, отличается, напр.: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 32 и далее, где представлен «новый подход» и предлагает для ориентированной на проблемы и европейское право типологии с четырьмя возможностями приватизации ([1] приватизация обязательств, [2] частно-государственные объединения на договорной основе и другие формы функциональной приватизации, [3] институционализированные частно-государственные объединения, а также [4] передача в залог и аккредитация для оценки соответствия).

ется государственной собственностью. В связи с этим приватизация имущества, на первый взгляд, не таит в себе «каких-либо особых административно-правовых проблем» и не предвещает «в частности, таких проблем в будущем»⁴¹.

b) Приватизация организации

В случае приватизации организации, называемой также «формальной приватизацией», соответствующая задача сохраняется за прежним субъектом-исполнителем (федерация, федеральная земля, муниципальным объединением и т.д.). Субъект-исполнитель создает для реализации соответствующей задачи административно-правовую организацию в качестве юридически самостоятельного муниципального предприятия⁴². Правовыми формами, распространенными на практике, являются, прежде всего, общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество, которые выполняют предписанные им задачи, как правило⁴³, в соответствии с гражданско-правовыми формами осуществления деятельности. Приватизация организации, по сути, в муниципальном праве имеет длительную историю и в контексте эпохи приватизации, даже в случае снабжения и утилизации (питьевая вода, энергия, сточные воды, мусор и т.д.), пережила особый подъем. В качестве преимуществ этой формы приватизации следует назвать более высокую гибкость гражданского права, освобождение от обязательств, связанных с бюджетом и заработной платой, и ограничение ответственности⁴⁴.

c) Приватизация задач

В случае приватизации задач, также называемой «материальной приватизацией», государство, а именно прежний субъект-исполнитель (федерация, федеральная земля, муниципальное образование и т.д.) полностью отказывается от исполнения задачи и передает ее частному сектору, частным субъектам экономики, действующим на рынке в условиях конкуренции. Для приватизации задач существуют свои широкие сферы использования, среди которых в качестве примера можно назвать культурные и социальные учреждения (театры, библиотеки, детские сады, спортивные

залы и т.д.). С приватизацией связана надежда на финансовую разгрузку государственного бюджета, кроме того, есть «ожидание, что задача в условиях свободной конкуренции будет выполняться лучше, эффективнее и рентабельнее»⁴⁵.

d) Функциональная приватизация

В случае функциональной приватизации, иногда именуемой также исполнительной приватизацией⁴⁶, речь, в принципе, идет о частичной приватизации части задач. При этом задача хоть и остается в ведении государственного субъекта-исполнителя (федерации, федеральной земли, коммуны и т.п.), последний все же включает в выполнение задания частное лицо. Выполняющий большую или меньшую часть из всего объема подлежащих исполнению задач (например, планирование, финансирование, строительство, эксплуатацию и содержание в надлежащем состоянии зданий, прилегающих территорий, улиц и т.п.) частный подрядчик действует, как правило, как помощник администрации в соответствии с гражданско-правовыми нормами⁴⁷. Для этого используются разнообразные модели реализации государственных проектов с привлечением частного капитала, которые были привлекательными на протяжении долгого времени⁴⁸. Целью подобного сотрудничества является не только экономия финансовых средств, но и извлечение пользы от компетентности, собственной инициативы и оснащенности частного предприятия; при этом обратной стороной медали являются специфические и частично крайне сложные, возникающие с течением времени проблемы при обеспечении надлежащего исполнения заданий посредством частного посредника. Однако к этой проблеме мы еще вернемся.

2. Смешанные формы, дифференциации и гибридные переходные формы

Четыре основные формы приватизации облегчают ориентацию в дебрях приватизации, но в силу своего идеального и несколько сокращенного представления имеют лишь ограниченную познавательную ценность. Потому что в практике приватизации часто можно встретить смешанные формы, дальнейшие дифференциации и гибридные переходные формы. Эти явления могут быть разъяснены в рамках данной статьи лишь в качестве примеров.

С эмпирической точки зрения, *приватизация имущества* ни в коем случае не является «абсо-

⁴¹ Maurer H. Op. cit. § 23. При более точном рассмотрении практики приватизации имущества и в рамках этого сегмента приватизации обнаруживаются свои проблемы. Это касается не только случаев приватизации имущества, но и приватизации в рамках договоров гарантий общественно-благосостояния; для сравнения см. III.2.

⁴² Так называемые юридически самостоятельные муниципальные предприятия находятся исключительно в государственной собственности, в то время как в так называемых смешанных предприятиях в качестве акционеров принимают участие и субъекты частного права; строго говоря, в связи с участием частных акционеров сами по себе смешанные предприятия представляют собой смешанную форму.

⁴³ На практике возможно также такое положение дел, когда субъекту частного права поручается исполнение определенных работ, находящихся в компетенции государственных органов.

⁴⁴ См.: Maurer H. Op. cit. § 23.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ В положениях о предоставлении ссуды частный сектор располагает государственными полномочиями, которые переданы ему по закону или в соответствии с законом.

⁴⁸ Для сравнения по этой теме и для включения частно-государственных объединений в категорию функциональной приватизации: Tettinger P. J. Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen — ein Sachstandsbericht // NWVBl. 2005. S. 1.

лютно простым» процессом, как это может показаться на первый поверхностный взгляд. Несмотря на то, что речь часто идет исключительно о частичной приватизации собственности⁴⁹ и, кроме всего прочего, сохраняется ответственность за последствия приватизации, в практике управления существуют такие ситуации, когда после передачи имущества органы государственной власти посредством получения выручки от продажи достигают выполнения, например, целей социального плана. Примером, который в равной степени является как наглядным, так и политически острым, служит попавший в затруднительное положение «Дрезденский социальный устав», с помощью которого столица федеральной земли Саксонии Дрезден хотела обеспечить устойчивое социальное развитие процесса приватизации коммунального жилищного фонда⁵⁰. Город Дрезден продал в 2006 г. свою долю ООО «WOBA Dresden GmbH» американскому инвестиционному обществу. Продажа, ставшая предметом пристального внимания на всей территории Германии, принесла в городскую казну около 982 млн евро, большую часть которых Дрезден направил на погашение долгов коммунального бюджета; таким образом, город в одночасье оплатил все свои долги. Защиту съемщикам до этого момента принадлежащих городу квартир должен был обеспечить включенный в соглашение с частным инвестором «Социальный устав»⁵¹.

⁴⁹ Это, в частности, касается того положения дел, когда отчуждается лишь часть изначально на 100 % принадлежащего государству имущества, и по этой причине возникают предприятия с частным и государственным капиталовложением со всем их множеством внешних проблем в сфере управления, но и того положения дел, когда процессы приватизации организаций связаны с возможностями последующей (частичной) приватизации имущества (очевидно, для железной дороги государства ст. 87 (абз. 3) Конституции ФРГ).

⁵⁰ Более подробная информация об этом, а также о Решении Городского совета от 22.09.2005 о продаже компании WOBA Dresden GmbH наряду с Социальной Хартией на сайте города Дрездена. URL: http://www.dresden.de/de/02/110/02/verwaltungsgeschichte/08_woba_verkauf.php; URL: http://www.dresden.de/media/pdf/infoblaetter/Beschluss_SR_220905_WOBA.pdf; URL: http://de.wikipedia.org/wiki/Woba_Dresden..

⁵¹ Социальный устав содержит среди прочего положения относительно социальных (п. 2), градостроительных (п. 4) и экономических целей (п. 5), а также положения о защите интересов работающих по найму (пункт 3). На первом месте тем не менее стоит защита арендаторов (п. 1). Так, например, положения, содержащиеся в прежних договорах аренды в пользу арендаторов, должны строго соблюдаться, их обходление строго запрещено. Кроме того, в соответствии с заключенным договором, для арендаторов старше 60 лет должно обеспечиваться бессрочное право пользования жилым помещением на основании договора личного найма и должно быть исключено проведение дорогостоящих ремонтных работ. Существуют ограничения по повышению арендной платы в течение 5, а по возможности 10 лет, и, в соответствии с договором, должна быть предусмотрена 10-летняя защита арендатора от расторжения по причине собственной потребности домовладельца в квартире, сдаваемой им в наём, или расторжения в связи с нерациональной экономической эксплуатацией. В дальнейшем Социальный устав предусматривает преимуществом так называемых приватизаций арендатора по отношению к продавцам и неарендаторам (п. 1.5). В соответствии с этим арендаторам за квартиру, подлежащую продаже, предлагается изначально цена, которая на

Однако ожидания от «Социального устава» не были оправданы, причиной чему не в последнюю очередь являлись неясно сформулированные условия договора по приватизации, что привело к подаче весной текущего года многомиллиардного иска против частного инвестора⁵². Таким образом, становится очевидно, что кажущийся на первый взгляд простым процесс приватизации собственности очень быстро может развиваться в существенную проблему.

Также дело обстоит и с приватизацией организаций, которая представляет собой в высшей степени сложный процесс. Доказательством этому служит проведённая в 1990-х гг. частичная приватизация Берлинских предприятий водоснабжения⁵³. Берлинские предприятия водоснабжения представляли собой правоспособные учреждения публично-правового характера, которые выполняли задачи по водоснабжению и отводу сточных вод в городе Берлин. При проведении частичной приватизации это учреждение было

15 % меньше ее рыночной стоимости. В случае последующей продажи части или жилого фонда третьим лицам, компания WOBA GmbH обязуется обеспечить, в соответствии с договором, соблюдение условий Социального устава новыми владельцами (п. 6.2); Дрезден, Презентация по теме Продажа квартир от 18.08.2005. URL: http://www.dresden.de/media/pdf/haushalt/presentation_zum_woba_verkauf.pdf; URL: <http://www.dresdnerblaettl.de/2006/04/0701.htm>.

⁵² Публикации в прессе указывали на неясности, в частности, в пунктах о праве преимущественной покупки арендатора по льготной цене. Последующие продажи в соответствии с договорами о приватизации облагались штрафом, выплатить который были обязаны будущие потенциальные покупатели. В связи с (предполагаемым) несоблюдением данного обязательственно-правового соглашения Дрезден недавно подал жалобу на компании WOBA Südost GmbH и WOBA Nordwest GmbH, а также исковое заявление в арбитраж в отношении WOBA Holding GmbH и предъявил иск на выплату договорной неустойки в размере более 1 млрд евро. Таким образом, квартиры якобы были проданы без предварительного предложения их арендаторам с целью выкупа и при последующей продаже третьим лицам без соблюдения передачи обязательств, вытекающих из Социального устава; см. по этой теме: URL: <http://www.dnn-online.de/dresden/web/dresden-nachrichten/detail/-/specific/Fristverlaengerung-Gagfah-will-Milliarden-Klage-der-Stadt-vermeiden-1262480155>; Социальная Хартия — Жалоба против Gagfah. URL: <http://www.n-tv.de/wirtschaft/Dresden-fordert-1-Milliarde-Euro-article2997076.html>; Шильдер П. Борьба домов в Дрездене. URL: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/48-000-verkaufte-wohnungen-haeuserkampf-in-dresden-1612925.html>; Teer T. Дрезденский жилищный спор разгорается. URL: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/immobilienunternehmen-gagfah-der-dresdner-wohnungsstreit-eskaliert-13102.html>.

⁵³ Начатая частичной приватизацией реструктуризация водного хозяйства в Берлине вновь стала поводом для споров в конституционном суде федеративной земли Берлин (VerfGH // NVwZ. 2000. S. 794 и далее); в дальнейшем решение от 21.10.1999 (VerfGH 71/99); Решение суда от 06.10.2009 (VerfGH. 63/08); Решение суда от 14.07.2010 (VerfGH. 57/08), и по-прежнему является на сегодняшний день предметом разногласий; см.: Wolfers B. Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Der Modellfall Berliner Wasserbetriebe // NVwZ 2000. S. 765 и далее; Hecker J. Privatisierung unternehmerstragender Anstalten des öffentlichen Rechts // VerwArch. 92. 2001. S. 261 и далее; Schmehl A. Teilprivatisierung der Daseinsvorsorge, Demokratieprinzip und Gewinnerzielungsmaxime — BerlVerfGH // NVwZ. 2000. 794; JuS. 2001. S. 233 и далее.

включено в гражданско-правовой концерн. В соответствии с правовыми нормами и на основании сложнейших гражданско-правовых договоров учреждение стало частью холдинговой модели концерна. Таким образом, акционерное общество — холдинг имело до 49,9 % акций данного предприятия, в то время как остальные 50,1 % принадлежали земле. Пример «модели Берлинских предприятий водоснабжения»⁵⁴ неоднократно был предметом судебных разбирательств, в центре внимания которых среди прочего находился запутанный характер договора и подчиняющееся требованиям Конституции определение содержания и формы договора⁵⁵.

Также в сегменте *приватизации задач* доминирует частичная приватизация: «только в очень редких случаях — прежде всего в сфере коммунального хозяйства — многие сферы деятельности полностью переходят в ведение частного сектора»⁵⁶. Это касается не в последнюю очередь распространенных во многих областях государственных предприятий с участием частного капитала, в которых государственный субъект-исполнитель (федерация, федеральная земля, коммуна и т.п.) присутствует по определению⁵⁷. Многовариантные модели кооперации⁵⁸ опираются в основном на принципы, закрепленные в договорах, и комбинации типов договоров, оформление которых в рамках приватизационной практики может вызвать существенные проблемы.

Данные примеры выявляют относительный характер значимости типологии приватизации и вместе с тем делают более наглядной сложность процесса приватизации. В связи с этим необходимо упомянуть, что при всех существующих различиях предмета все представленные примеры в конце концов приходят к общей архимедовой проблеме, а именно: к составлению договора, оформлению договора и сопровождению процессов приватизации.

III. Важные моменты нормативного управления процессами приватизации

1. Приватизация как процесс

Для надлежащего структурирования нормативного управления⁵⁹ приватизацией представ-

ляется полезным и распространенным⁶⁰ понимать ее как процесс. Представление о приватизации как о процессе расширяет долгосрочный взгляд на стоящие на первом плане вопросы от сфер деятельности, которые могут быть приватизированы («возможность приватизации»⁶¹), до порядка приватизации («как») и состоящего из нескольких этапов процесса приватизации.

В соответствии с этим необходимо рассматривать по отдельности как минимум три этапа развития, а именно: этап подготовки приватизации, собственно принятия решения о приватизации и постприватизационный этап.

2. Избранные нормативные принципы управления

При наиболее общем рассмотрении при нормативном управлении процессами приватизации оказываются взаимосвязанными многочисленные нормы всех правовых уровней: международное публичное право, европейское право⁶², национальное конституционное и административное право на уровне федерации и отдельных земель, а также гражданские и уголовно-правовые нормы. Это обуславливает необходимость действовать в соответствии с избранными принципами управления.

Нормативное управление может начинаться еще до принятия решения о «возможности» приватизации и направить администрацию в сторону приватизации. Действующие на территории Германии директивы о бюджете, в преддверии возможного принятия решения относительно приватизации по причинам рентабельности и экономии, используются для проверки, «в какой степени может быть реализована хозяйственная деятельность, служащая исполнению государственных задач и общественных целей, путем реорганизации в форме выделения и денационализации или приватизации». Обязанности по контролю и необходимости изложения причин и оснований для приватизации на раннем этапе принятия решения

rechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft // Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen. 1993. S. 65 и далее; по теме дискуссии в рамках совещания преподавателей по государственному праву в отношении не совсем верного, поскольку чересчур упрощенного, толкования науки административного права как науки об управлении.

⁶⁰ Schröder R. Op. cit. S. 152.

⁶¹ Таким образом затрагиваются «условия» возможности приватизации, которые прежде всего интересны для задач, доступных и устойчивых к процессам приватизации, то есть для возможностей приватизации и их границ.

⁶² В отношении европейского права вплоть до сегодняшнего дня существует примечание о том, что «с юридической точки зрения <...> к процессам приватизации в государствах — членах Союза следует относиться индифферентно» (см.: Schoch F. Op. cit. S. 111). Тем не менее исследования давно подтвердили, что процессы приватизации подлежат также корреляции с правом муниципального образования и Союза и должны удовлетворять требованиям и директивам основных свобод, а также европейского права о помощи и передаче.

⁵⁴ Wolfers B. Op. cit. S. 765.

⁵⁵ См.: VerfGH Berlin // NVwZ. 2000. S. 794-796. В соответствии с этим влияние федеративной земли Берлин, оказываемое с помощью принципа демократии, при условии соблюдения некоторого ряда положений обеспечивается только в том случае, если «в рамках конкретного усовершенствования договора сохраняется необходимая степень демократического признания решения».

⁵⁶ Schoch F. Op. cit. S. 105 с дополнительной ссылкой на то, что процесс приватизации задач «характеризуется в значительной степени частичной приватизацией».

⁵⁷ См.: Bauer H. Verwaltungsverträge. § 36.

⁵⁸ См.: Tettinger P. J. Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership // DÖV. 1996. S. 764 и далее.

⁵⁹ Основопологающей для административно-правовой дискуссии является статья: Folke Schuppert G. Verwaltungs-

оказывает определенное давление даже в том случае, если каких-либо конкретных обязательств по приватизации не возникает.

Подобные импульсы имеют место и в том случае, если законодатель категорично подчеркивает желание сотрудничества с частными лицами и тем самым вдохновляет и подталкивает администрацию к размышлениям о создании частно-государственного объединения⁶³. Нормативные директивы распространяются также на принятие фактического решения о приватизации⁶⁴. Сюда относятся в первую очередь положения по приватизации, для которых Основной Закон является источником наглядных примеров, содержащихся, например, в положениях о почте и железной дороге⁶⁵. В остальном, однако, законодатель сдержанно сформулировал в Основном Законе общие положения. Менее результативным текст Конституции является при поиске положений о запрете приватизации. Несмотря на то, что государственное право нейтрально относится к приватизации, все в большей степени обоснованным представляется мнение, что Основной Закон «не содержит абсолютного запрета приватизации за исключением тех основных сфер, которые относятся к государственной монополии власти»⁶⁶.

Это также распространяется на муниципальные гарантии самоуправления⁶⁷, но не исключает конституционно-правовые требования к модальности, а именно: вопросов «как» в области приватизации. В остальном специализированные законы по особому административному праву регулярно содержат специальные положения, которые дают полную информацию о конкретном объеме поставленных задач и возможностях приватизации в отдельных секторах⁶⁸. Сюда же относятся нормативные субсидиарные оговорки в отношении экономической деятельности муни-

ципальных образований, которые уже в прошлом стали центральным регулирующим звеном для законодательного управления процессами приватизации и демуниципализации и в настоящее время вновь используются с этими целями⁶⁹.

Наряду с этапом передачи задач, не рассматриваемым тут подробно, важным началом для нормативного управления является фаза после приватизации, для которой типично продолжение существования государственной ответственности за выполнение задач. Выделение этого аспекта имеет особое значение для анализа, ориентированного на процесс приватизации⁷⁰. Между тем в ходе длительных дебатов выяснилось, что приватизация не должна всегда заключаться в полном отстранении государства. Более того, сохраняется государственная общественная ответственность, во многих сферах на государство переходит по меньшей мере обязанность предоставления гарантии за надлежащее исполнение поставленных задач, требующая, кроме того, дифференциации и законодательной конкретизации по отдельным отраслям. В новом правовом уставе почты и железных дорог урегулирована обязанность предоставления такой возможности⁷¹, в остальном государственные обязательства сводятся к обеспечению жизненно важных потребностей населения в соответствии с принципами Конституции, причем это требует во многих отраслях — как

⁶³ § 56 предл. 3 Закона об организации водного хозяйства (Закон о водном хозяйстве), чем могут руководствоваться коммуны, обязанные обеспечить отвод сточных вод, для исполнения своих обязательств третьих лиц. Для обеспечения управления предшествующими идентичными в рамках данного контекста нормами см.: Bauer H. Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung — Eine Zwischenbilanz // *VerwArch* 90. 1999. S. 561–563.

⁶⁴ См.: Burgi M. *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*. D 52 и далее.

⁶⁵ Ст. 87e, абз. 3, 143 абз. 1 Конституции.

⁶⁶ Schröder R. *Op. cit.* S.155 и далее.

⁶⁷ В частности, попытка нецелесообразного использования права коммуны на самоуправление в качестве конституционно-правового запрета приватизации «традиционного значимого» рождественского рынка, (отнесенного в область задач по добровольному самоуправлению); критику см.: Schoch F. *Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?* // *DVBl.* 2009. S. 1533 и далее. В случае обязательных задач коммуны выделяется полная приватизация задач; тем не менее в этом случае допустима частичная приватизация путем привлечения частного сектора в процесс выполнения поставленных задач.

⁶⁸ Это делает необходимым детальный анализ соответствующих законов; см.: Bauer H. *Verwaltungsverträge*. § 36.

⁶⁹ Принцип субсидиарности, наряду с другими предпосылками, является еще одним требованием к экономической деятельности коммуны. В соответствии с ним коммуна может заниматься экономической деятельностью, если она исполняет задачи лучше, чем частный сектор. В том случае если частный сектор тем не менее выполняет поставленные перед ним задачи экономичнее, он получает преимущество, и поставленная задача передается ему. В том случае если частный сектор и коммуны могут одинаково хорошо выполнять поставленные задачи, допустимость экономической деятельности коммуны зависит от того, содержат ли соответствующие коммунальные положения реальную или фиктивную оговорку о субсидиарности. В первом случае задача не может быть выполнена «так же хорошо и рентабельно третьим лицом», то есть коммуна, по сравнению с частным сектором, должна отличаться некоторыми преимуществами (например, в Баден-Вюртенберге, Баварии, Бранденбурге, Эссене, Мекленбург-Передней Померании, Нижней Саксонии, Рейнланд-Пфальце, Заарланде и Тюрингии). В случае паритета услуг коммуна не должна вовлекаться в процессы до тех пор, пока не будут созданы иные исключения из принципов приватизации. Смысл и назначение этой «обостренной» оговорки о субсидиарности заключаются в том, чтобы ограничить экономическую деятельность государственного сектора и подчеркнуть приоритетность частного сектора в секторе оказания услуг. Приоритетность частного сектора в случае паритета услуг, напротив, отрицается в том случае, если существует фиктивная оговорка о субсидиарности, то есть цель не выполняется частным сектором «лучше или экономичнее». Предпосылкой данного «простого» положения о субсидиарности является стремление усиления экономического задействования коммуны, так как она «отражает существо коммунального самоуправления» и «определяет тип». Экономическая вовлеченность коммуны является важной составляющей частью муниципальной гарантии самоуправления и обеспечивает коммуна возможностям самостоятельного исполнения их задач, то есть возможность принятия решения об «условиях» и «способах» исполнения поставленных задач.

⁷⁰ См. выше пункт IV.1.

⁷¹ Ст. 87 e абз. 4, 87 f абз. 1 Конституции.

уже было упомянуто — регулярной правовой конкретизации⁷² или правового оформления участвующими лицами. Это обстоятельство приводит к тому, что реализация нормативных директив является в судебной практике очень «сложным делом».

IV. Основы догматического системного понимания правовой реальности приватизации

1. Инновационные импульсы в области науки административного права

Обращение к этим проблемам представляется для науки административного права непростым. Явно были выявлены сложности в догматическом систематическом понимании правового оформления реальной приватизации. В научной литературе распространено мнение, что основывающаяся на традиционной догматике и проверенном опыте наука административного права представляется на сегодняшний день непродуктивной по отношению к развивающейся современной доктрине административного права.

Помочь с поиском решения проблемы выхода из фактически узкого или кажущегося узким корсета классического мышления административного права должны ключевые понятия⁷³, которые, однако, перестали быть основными, и поэтому не пригодны для организации системы в пэчворк стиле.

Определенно: «инфраструктурное административное право»⁷⁴, «право последствий приватизации»⁷⁵, «административное корпоративное право»⁷⁶, «административное право в области сотрудничества»⁷⁷, «административное право в области предоставления гарантий»⁷⁸,

⁷² См.: Butzer H. Sicherstellungsaufträge // HStR IV. 3. Aufl. 2006. § 74 Rn. 23, 38 и далее со ссылками на европейские правовые положения.

⁷³ См.: Voßkuhle A. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft // Grundlagen des Verwaltungsrechts. Bd. I. 2006. § 1. Rn. 40 и далее.

⁷⁴ См.: Faber H. Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1992; Hermes G. Staatliche Infrastrukturverantwortung. 1998.

⁷⁵ См.: Bauer H. Op. cit. S. 279 (Privatisierungsfolgenverantwortung); Kämmerer J.A. Verfassungsstaat auf Diät? // JZ. 1996. S. 1042–1047; Burgi M. Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung // NVwZ. 2001. S. 601 и далее.

⁷⁶ См.: Kraft E.T. Das Verwaltungsgesellschaftsrecht. 1982; von Danwitz T. Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht // AöR. 120. 1995. S. 595 и далее; Krebs W. Notwendigkeit und Struktur eines Verwaltungsgesellschaftsrechts // Die Verwaltung. 29. 1996. S. 309 и далее; критика: Mann T. Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. 2002. S. 269 и далее; Mann T. Kritik am Konzept des Verwaltungsgesellschaftsrechts // Die Verwaltung. 35. 2002. S. 463 и далее.

⁷⁷ См.: Folke Schuppert G. Jenseits von Privatisierung und «schlankem» Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept der Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung // Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien — Grenzen — Folgen. 1998. S. 72–111; Bauer H. Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts — Statement // Jenseits von Privatisierung und «schlankem» Staat. 1999. S. 251 и далее.

⁷⁸ См.: Voßkuhle A. // VVDStRL. 62. 2003. S. 307 и далее; Schoch F. Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? // NVwZ. 2008. S. 241 и далее; Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 101 и далее.

«административное право в области проведения тендеров»⁷⁹, «административное право в области регулирования»⁸⁰ и, возможно, «административное право в области оказания услуг»⁸¹ являются ключевыми моментами, которые указывают на возможные инновационные потребности и оказывают значительный суггестивный эффект посредством соответствующих образов («кооперативное государство»⁸² «регулирующее государство»⁸³, «государство-гарант»⁸⁴, «государство, оказывающее услуги»⁸⁵), обладают значительной суггестивной силой. Совместно с другими импульсами, направленными на модернизацию, подобные импульсы в первую очередь должны поддерживать прокламацию «новой административной науки», которая должна привести к «важной цезуре в работе над административным правом»⁸⁶.

Между тем упомянутые ключевые слова в большинстве случаев не заменяют достаточно сильно сжатых догматических концепций, которые не только оказывают фундаментальное влияние на формирование общего административного права, но и обосновывают требования к «новой административной науке», не говоря об их возможности осуществить эти требования⁸⁷.

Зачастую ученые связывают с «ключевыми понятиями» еще более скромные требования, так, например, с административным правом в области оказания услуг — в первую очередь эвристические функции⁸⁸, с административным правом в области

⁷⁹ См.: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 102.

⁸⁰ См.: Ruffert M. Regulierung im System des Verwaltungsrechts // AöR. 124. 2003. S. 237 и далее; Masing J. Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts // Ius Publicum Europaeum. 2002. S. 161 и далее; Masing J. Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D für den 66 Deutschen Juristentag. 2006.

⁸¹ См.: Reimer F. Qualitätssicherung, Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts. 2010

⁸² См.: Ritter E.-H. Der kooperative Staat // AöR. 104. 1979. S. 389 и далее.

⁸³ Из более раннего периода см.: Grande E. Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung? // Abschied vom Staat — Rückkehr zum Staat? 1993 S. 371–388 и далее; позднее: Folke Schuppert G. Verwaltungswissenschaft. 2000. S. 383.

⁸⁴ См.: Knauff M. Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004.

⁸⁵ См.: Voßkuhle A. Der «Dienstleistungsstaat»: Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern // Der Staat. 40. 2001. S. 495 и далее.

⁸⁶ См.: Voßkuhle A. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. § 1.

⁸⁷ Вполне обоснованно «Новая наука административного права» задается вопросом о том, сколько действительно нового в ней содержится, кроме того, ее односторонне-абсолютный подход к управлению не учитывает сферы деятельности современной науки административного права. Наглядным примером является пренебрежение учением о правовых отношениях. Кроме того, неизбежно столкновение с критическими вопросами о концептуальном общем направлении; подробное критическое описание см.: Kahl W. Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft — Ein Zwischenbericht // Die Verwaltung. 2009. 42. S. 463 и далее, с указанием дополнительных источников.

⁸⁸ См.: Reimer F. Op. cit. S. 75 и далее, S. 421 и последующие.

регулируемая — исключительно специфические частичные догматики⁸⁹, а с административным правом в области проведения тендеров — значительную акцентуацию традиционного разрабатываемого в связи с приватизацией административного права, значение которого в последнее время значительно возросло⁹⁰, и которое, кроме того, включает классический процесс ведения закупок⁹¹.

Инфраструктурное административное право концентрируется предметно на частичном аспекте инфраструктуры, право в области управляющих компаний — на ограниченном выборе организационных форм и право последствий приватизации — на некотором периоде процессов приватизации, по времени происходящем после приватизации.

Аналогичная ситуация складывается и с недавно активно обсуждавшимся административным правом в области предоставления гарантий, основная идея которого на протяжении многих десятилетий вводится в научную дискуссию⁹² и уже давно достигла практического уровня применения⁹³. Не только по

⁸⁹ См.: Masing J. Op. cit. D 1: «Права управления регулированием до сих пор не существовало — в любом случае не было правовой материи».

⁹⁰ См.: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 101 и далее.

⁹¹ Классический процесс закупок имеет долгую традицию, берущую свое начало в XIX в., но его следы отмечаются и в сегодняшнем праве. И хотя общественное договорное право изначально преследовало только бюджетные цели для обеспечения «корректного и экономичного использования общественных средств» (BT-Drucks. 13/9340, S. 12). По меньшей мере в качестве отражения бюджетных принципов экономии и рентабельности процедура закупки имеет также конкурсную функцию. Влияние многочисленных европейских директив привело в последние 20 лет к усиленному выделению конкурсной составляющей права, регулирующего размещение госзаказов, без оспоримости бюджетной функции данного права. В результате ярко выраженной конкуренции между потенциальными исполнителями это обстоятельство привело к значительному снижению цен на государственные заказы. Актуальное экономическое и политическое значение общественной процедуры закупки составляет при пересчете на ежегодный торговый оборот порядка 1 500 млрд евро (16 % от ВВП Европейского союза). Это соответствует почти двукратному увеличению оборота, согласованному на 1998 г. Важная часть этого объема сделки вытекает из приватизации общественных задач (в частности частно-государственными объединениями), которая также оказывается под действием права общественной передачи задач. Группы проблем права, регулирующего размещение государственных заказов, связанные с процессами приватизации, касаются в первую очередь вопроса, когда процесс приватизации рассматривается как общественная передача задачи, какие возможности имеются на пути передачи задачи (будет ли иметь место конкурентный диалог), какая модель приватизации рассматривается и каким образом эти модели оформляются в каждом отдельном случае, вводится в научную дискуссию и уже давно достигла практического уровня применения.

⁹² Многие размышления из последних дискуссий об административном праве в сфере оказания услуг уже тематизированы и местами спрогнозированы вплоть до понятия: «принимаящая функция частного права», «потери при управлении», «обязанности осуществления контроля», «обязательство по информированию» и «положение гаранта» у Галлваса (Gallwas H.-U. Op. cit. S. 211 и далее), чьи прежние работы на удивление почти не учитывались.

⁹³ См., напр.: Саксонскую государственную канцелярию, концепцию приватизации государственного регулирования (Sächs

этой причине многое говорит о том, что административное право в области предоставления гарантий, остающееся по-прежнему неопределенным в содержании⁹⁴, сохраняет то, что уже было известно ранее, но в (в частности⁹⁵) новой форме и в результате приводит к большей путанице, нежели к прояснению ситуации. Так, «новый» институт «соглашения о гарантийных обязательствах»⁹⁶ или «договора гарантии»⁹⁷ является ничем иным, как известным и используемым вплоть до сегодняшнего дня в официальной терминологии договором о кооперации.

Также в контексте приватизации договор о кооперации концептуально более точное понятие, потому что «обеспечение» надлежащего исполнения задач является лишь частичным аспектом договоров, ориентированных в большинстве случаев на долговременное сотрудничество. Таким образом, «новая» терминология определяет предмет договора менее точно. Также она производит нарочито оригинальное впечатление, препятствуя тем самым возможности подключения к предметным размышлениям в направлении модернизации административного права, и кажется по меньшей мере нецелесообразной. Однако пускай эти и другие оговорки существуют сами по себе.

2. В частности: право, координирующее сотрудничество с государством

Особую значимость имеет предложение к разработке права, координирующего сотрудничество с государством⁹⁸, которое между тем

LT-Drucks. 1/3524. S. 2: «Задачей государства является прежде всего обеспечение и оказания услуг (по управлению)».

⁹⁴ Для сравнения, с одной стороны, Воскуле (Voßkuhle A. Op. cit. S. 310 и далее), который в качестве «составляющих догматики административного права в области оказания услуг» указывает обеспечение результатов, квалификацию и выбор частных лиц, защиту прав третьих лиц, управление и контроль, оценка и обучение, а также эффективны государственные возможности возврата, а с другой стороны, Бурги (Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 101 и далее), который называет в качестве «инструментов управления оказанием услуг» право, регулирующее размещение государственных заказов, договорное право (соглашение об оказании услуг или меры по оказанию в соответствии с передачей в залог/аккредитацией) и права хозяйствующих организаций.

⁹⁵ Так, например, многие указанные в ссылке 94 составляющие и инструменты, включая возможности возврата и вопросы по оформлению договора, известны и проверены в ходе дискуссий в рамках конференции учителей по государственному праву в городе Галле в 1994 г., хотя значительное увеличение значимости дискуссий, проводимых под лозунгом «управление процессом оказания услуг» было бы очевидно.

⁹⁶ См.: Burgi M. Privatisierung öffentlicher Aufgaben. D 103 и далее, 107 и далее.

⁹⁷ См.: Wollenschläger B. Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung. 2006. S. 181 и далее.

⁹⁸ См.: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juni 2001; Ziekow J. Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001.

становится причиной законодательной деятельности. В центре внимания данного вида права стоит совместное выполнение задач при условии сотрудничества общественного и частного секторов с распределением обязанностей, что является самым интересным и самым важным в практике сегментом приватизации. В перспективе право сориентировано на определение, структурирование, анализ и упорядочение специфического оформления правового порядка для сферы сотрудничества⁹⁹. В соответствии с этим центральным направлением является договорное сотрудничество системы государственного управления и частного сектора.

Таким образом, право, координирующее сотрудничество с государством, занимается прежде всего проблемой частно-государственных объединений, своевременным развитием самого права и подготовкой современного эффективного учения о праве административно-правовых договоров¹⁰⁰. Для этого предлагаются два уровня решения проблемы, а именно: законодательный уровень регулирования и договорной уровень, на котором стороны договора как бы автономно с целью самоуправления определяют свои права и обязанности, то есть определяют, что должно происходить между ними с точки зрения права.

Анализ первого, законодательного уровня показал, что законодатель часто не определяет отношения кооперации как завершенные. Вместо этого зачастую он формулирует цели, демонстрирует возможности для выполнения задач с распределением ответственности или, с другой стороны, удовлетворяется предоставлением более или менее активных правовых директив для сотрудничества. Кроме того, законодатель оставляет или открывает участвующим лицам пространство для действий и для принятия решений¹⁰¹.

Хорошие примеры тому обнаруживаются в областях регулирования, в которых включение частного сектора в выполнение задач допускается без получения законодательного разрешения, когда законодатель ограничивается указанием, что управление может «обслуживаться для исполнения своих обязанностей третьими лицами»¹⁰²

⁹⁹ Bauer H. Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungs-kooperationsrechts — Statement. S. 254 и далее.

¹⁰⁰ Для сравнения с требованием, которое, несмотря на необходимость преодоления внутрисистемных отставаний в развитии права об административных договорах, не рассматривается как концептуальный переворот, но как часть постоянного процесса модернизации см.: Bauer H. Verwaltungsverträge. § 36 с дальнейшими ссылками на источники.

¹⁰¹ Фактически или якобы незначительная плотность положений является одной из причин (предпринимаемых с переборами на уровне государства) усилий, связанных с активизацией правовых рамочных условий.

¹⁰² Формулировка в § 56 предложение 2 Закона об организации водного хозяйства (Закон о водном хозяйстве) от 31.07.2007 (BGBl I S. 2585). По теме административной практики, опирающейся на предшествующие идентичные в рамках данного контекста нормы см.: Bauer H. VerwArch.

или открывает дополнительное пространство для передачи задач частному сектору. Сюда же следует отнести важные сектора экономики, такие как коммунальное хозяйство и направление, специализирующееся на переработке отходов, например отведении сточных вод. В этих секторах частно-государственные объединения могут переложить на сектор такие направления деятельности, как планирование, санацию, демонтаж, оснащение, финансирование и эксплуатацию системы канализации, на много десятков лет.

На практике это нередко означает, что вся система, в том числе сеть канализационных труб, вместе со всеми прочими материальными и человеческими ресурсами передается «частному» сектору. Тем не менее муниципальные образования посредством подобной частичной приватизации не могут освободиться от своей не передаваемой ответственности в последней инстанции за надлежащий отвод сточных вод. Это добавляет в случае окончания договора дополнительные проблемы, связанные с оформлением договора, потому что муниципальное образование в то же время «минута в минуту» должно будет обеспечивать надежность отвода и в связи с окончанием срока договора вновь принять на себя эту обязанность.

Это выдвигает на первый план второй, договорной уровень регулирования. С его помощью внимание административной науки перекладывается на оформление договора, на юридическую практику, определяющую юридическую базу любых правоотношений¹⁰³. В случае крупных частно-государственных объединений Германии, которые были созданы в соответствии с заключенным между Федеративной Республикой Германия и частным консорциумом Toll Collect договором о сотрудничестве, договор включает в себя не менее 17 000 страниц¹⁰⁴. Подобные объемные сочинения рассчитаны на урегулирование в их рамках общих правовых отношений между сторонами, что тем не менее не смогло вплоть до сегодняшнего дня воспрепятствовать разногласиям по компании Toll Collect. Тем не менее оформление договоров является важной проблемой и у немногочисленных, но известных частно-государственных объединений. Так, например, в случае ранее упомянутой утилизации сточных вод на практике составления договоров для обеспечения ответственности муниципального исполнения и оказания услуг возможно включение совершенно разных клаузул, частично с обязательным, а частично с необязательным содержанием. Они обеспечивают возможность

90. 1999. S. 561 и далее; и по теме параллельного развития в области водоснабжения см.: Emmerich-Fritsche A. Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung // BayVBl. 2007. S. 1 и далее.

¹⁰³ См.: Krebs W. Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten // VVDStRL. 52. 1993. S. 248-271.

¹⁰⁴ См.: Bauer H. Verwaltungsverträge. § 36 с дальнейшими ссылками на источники.

управления, а в случае демунципализации — возможность удержания «узды в руках».

Отдельно в качестве минимально необходимого содержания договора следует отметить эффективные договорные возможности возврата для обеспечения эффективности управления по отношению к частным инвестиционным компаниям, а также возможность согласования положений о возможности «возврата права» в отношении персонала, помещений, материальных ресурсов, электронной логистики и т.д.

Очевидные тенденции делают процесс составления договора поворотным моментом успешной приватизации, условием успеха для сотрудничества государственного и частного секторов. В связи с этим возникает потребность в теории составления договоров, которая намечена лишь в общих чертах в положениях административного права¹⁰⁵. В ней отмечаются основные составляющие права кооперации, наряду с типами договоров и положениями договоров, а также упомянутые ранее положения о возможности «возвращения права». Именно к этим результатам предварительных исследований в области теории об административном праве и обратился законодатель в Шлезвиг-Гольштейне.

Закон федеральной земли Шлезвиг-Гольштейн о сотрудничестве учреждений системы государственного управления и частного сектора¹⁰⁶ также включает и другие требования, предъявляемые к оформлению договора. Они представляют собой, в частности, положения по обеспечению влияния органов государственной власти с соответствующими полномочиями по контролю и надзору, а также положения о минимально необходимом содержании, которые ориентируются на основные идеи о продолжительном и социально направленном выполнении услуг и качестве¹⁰⁷ и при их посредстве регулируют правовые последствия при закрытии частно-государственных объединений¹⁰⁸.

V. Тенденции будущего: деэтизация и демунципализация

Минимальное содержание приведенных положений обостряет осознание того, что жизненный цикл каждого частно-государственного объединения рано или поздно заканчивается, в связи ли с истечением срока существования, или в связи с объявлением о прекращении деятель-

ности, или в результате содержательного срыва, или по любым другим причинам.

Вследствие этого по крайней мере потенциально деэтизация и демунципализация, с помощью которых государство полностью или частично берет под свое крыло выполнение общественных задач, являются полностью привычными, реальными, а временами и просто необходимыми процессами. Или, иными словами, деэтизация и демунципализация являются необходимыми и обязательными альтернативными и дополнительными возможностями деприватизации.

1. Анализ конкретного примера

В качестве иллюстрации может служить исследование из Потсдама¹⁰⁹: столица федеральной земли Бранденбург Потсдам является муниципальным образованием, покинувшим рано протоптанную дорогу приватизации и вступившим на практически «противоположный» путь демунципализации. Как и многие другие муниципальные образования, Потсдам в 1990-х гг. заинтересовался приватизацией системы водоснабжения и утилизации сточных вод. В 1998 г. было создано частно-государственное объединение с компанией Eurawasser. На тот момент времени компания Eurawasser являлась дочерней компанией двух крупных концернов Thyssen Krupp и Suez, работающих во всем мире. В Германии «игрок № 1» сориентировал свою политику среди прочего на то, чтобы стать соакционером объединения, специализирующегося на водоснабжении и на утилизации сточных вод.

Цели, преследуемые Потсдамом, столицей федеральной земли, совместно с частно-государственным объединением, были аналогичны тем, которые в свое время были типичны для наблюдавшихся в других городах процессов приватизации¹¹⁰: утверждение бюджета, привлечение частных инвесторов, повышение гибкости структуры персонала, развитие частных ноу-хау и инноваций, обеспечение надежности водоснабжения и утилизации сточных вод, снижение расходов, улучшение качества обслуживания и т.д. Основой сотрудничества с компанией Eurawasser стали «тринадцать сложно взаимосвязанных друг с другом и вместе с тем достаточно противоречивых договоров»¹¹¹. Данные договоры должны были обеспечить влияние города Потсдам на качественное исполнение поставленных задач, а именно: посредством права осуществления кон-

¹⁰⁵ См.: Bauer H. *Verwaltungsverträge*. § 36 с дальнейшими ссылками на источники.

¹⁰⁶ Ст. 1 Закона по облегчению создания частно-государственных объединений федеративной земли Шлезвиг-Гольштейн от 19.06.2007 (GVBl S. 328).

¹⁰⁷ См.: Bauer H. *Op. cit.* S. 275 и далее.

¹⁰⁸ О серьезных проблемах в случае недостаточного договорного регулирования последствия завершения срока действия договора говорит на примере демунципализации газоснабжения и газовой сети: Высший суд земли Шлезвиг (NVwZ-RR. 2006. S. 811 и далее).

¹⁰⁹ См.: Paffhausen P. *Gestaltung von Public Private Partnerships — Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung // Verwaltungskooperation*. 2008. S. 95 и далее; Hachfeld David. *Rekommunalisierung — Lehren aus Potsdam und Grenoble // Krise der Privatisierung, Rückkehr des Öffentlichen*. 2009. S. 87 и далее.

¹¹⁰ См. выше пункт II.2.

¹¹¹ Paffhausen P. *Op. cit.* S. 99.

троля, права издания распоряжений, права голоса и права отказа от участия в договоре, согласованных в пользу столицы федеральной земли.

Однако частно-государственное объединение очень быстро оказалось в затруднительном положении, что уже в 2000 г. привело к демунципализации собственности. Важной причиной прекращения деятельности объединения стала динамика цен на воду.

В связи с оговоркой о скользящих ценах, согласованной в рамках договора о сотрудничестве, имело место повторное повышение налогов с изначально 6,85 DM/м³ до 7,86 DM/м³ в 1998 г., и с 7,86 DM/м³ до 8,80 DM/м³ в 1999 г., и запланированное на 2000 г. повышение с 8,80 DM/м³ до 10,18 DM/м³; ожидается, что в 2017 г. общая плата за воду и утилизацию сточных вод составит, согласно документам, представленным компанией Eurawasser, порядка 16,40 DM/м³. Кроме того, имели место и политические споры, связанные с сокращением числа сотрудников. И несмотря на право отдавать распоряжения, сохранившееся по договору, на практике Потсдам не смог оказать решающего влияния на объединение. В связи с этим по завершении неудавшегося сотрудничества демунципализация процессов водоснабжения и отведения сточных вод оказалась в ведении жилищно-коммунального комплекса Potsdam GmbH, отметившего недавно свое десятилетие и находящегося в 100 % собственности столицы федеральной земли.

2. От приватизации к деэтизации и демунципализации

Процессы, происходящие в Потсдаме, как и во многих других случаях, подтверждают недовольство предыдущими мерами по приватизации. Так, например, в Берлине также задумывались о демунципализации системы водоснабжения и утилизации сточных вод, а в Дрездене отмечается желание возврата проданного муниципального жилого фонда. Растущая критика не ограничивается этими отдельными случаями¹¹²

¹¹² В соответствии с данными Союза коммунальных предприятий, заключением от 18.01.2011 о принадлежности экспертов комитета экономики и технологий немецкого Бундестага 24.01.2011 для «демунципализации энергетических сетей», начиная с 2007 г. было создано более 40 городских жилищно-коммунальных комплексов. URL: http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a09/anhoerungen/Archiv_der_Anhoerungen/6_Oeffentliche_Anhoerung/Stellungnahmen/17_9_379.pdf. Также и город Гамбург образовал в 2009 г. предприятие «Гамбург энергия», полностью находившееся в собственности города и производящее электричество из возобновляемых источников энергии, URL: http://de.wikipedia.org/wiki/Rekommunalisierung#cite_note-18. Кроме того, 8 общин округа Коесфельд объединили государственные предприятия городов Коесфельд и Мюнстер в 2011 г. в Совместное предприятие Münsterland и взяли на себя процесс обеспечения электроэнергией; URL: <http://www.derneuekaemmerer.de/veranstaltungen/pdf/dkt2011/Kommunale-Unternehmen-im-Spannungsfeld.pdf>. Также город Киль в 2003 г. принял решение о возврате приватизирован-

и проблемами, связанными с водоснабжением и отведением сточных вод. Но это отражает наблюдаемую в целом тенденцию отхода от приватизации, вплоть до демунципализации.

Перемена поражает, потому что приватизация долгое время считалась простейшим решением для разгрузки муниципальных бюджетов. Тем не менее далеко не все меры по приватизации оправдали связанные с ними надежды. Все больше людей осознают, что частный сектор не обязательно лучше, эффективнее и рентабельнее по сравнению с общественным сектором. Видимо, в настоящее время в Германии коммунально-жилищное хозяйство переживает настоящее возрождение. Пересмысления в Ратушах и окружных органах власти имеет множество причин¹¹³. Наряду с проблемами в процессе приватизации и случаями частного-хозяйственного недобросовестного исполнения поставленных задач, среди причин можно назвать следующие моменты: возродившееся самосознание муниципального образования, возрождение идеи муниципального образования о самоуправлении, возвращение возможности управления образованием и возможности влияния на исполнение задач в сочетании с возможностью контроля, монопольное оказание услуг в частном порядке с целью приобретения прибыли, создание эффективных структур муниципальных компаний с возможностью влияния на качество оказываемых услуг при одновременном снижении затрат для граждан, освоение ресурсов для перекрестного финансирования дефицитных сегментов исполнения муниципальных задач и др. Между тем от подобных соображений исходят импульсы для законодательной переориентации местной экономики¹¹⁴.

Дополнительный импульс тенденция демунципализации получает благодаря множеству вскоре истекающих договоров о сотрудничестве и концессиях. Многие из созданных в 1990-е гг. частно-общественных объединений существуют в течение 20–30 лет, и в связи с этим в настоящее время или в ближайшем будущем возникнет вопрос о продлении срока их деятельности. В соответствии с информацией Ассоциации муниципальных предприятий, в этом году истекают не менее 2000 договоров концессии¹¹⁵.

ных предприятий в области транспорта. Еще в 2003 г. города Бохум и Дортмунд совместными усилиями вернули концерн «Gelsen Wasser» и взяли на себя обязанность по обеспечению водой, URL: <http://de.wikipedia.org/wiki/Gelsenwasser>; URL: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/die-renaissance-des-staates/1504000.html>; URL: <http://www.cireview.de/leitlinien/rekommunalisierung-als-stabilisator-fur-die-wirtschaft/>

¹¹³ См.: Scholle M. Der Trend zur Rekommunalisierung — Chance oder Risiko? // Festschrift für Rüdiger Robert. 2010. S. 95 и далее.

¹¹⁴ В частности, в результате обсуждавшегося перелома тенденций при формировании оговорок о субсидиарности.

¹¹⁵ См.: Reck H.-J. Pflichten der Kommunen bei auslaufenden Konzessionsverträgen in der Energieversorgung // KommJur. 2009. S. 401.

Во всех этих случаях муниципальные образования стоят перед важным решением, продолжать ли предоставление услуг третьими лицами или взять их оказание под собственный контроль. Это предполагает постоянный активный интерес к возможностям демуниципализации.

3. Правовые границы и задачи

Несмотря на меняющиеся с большой скоростью местные политические настроения, небудманная эйфория от демуниципализации была бы ошибочна. Так как такие политические формулы, как «Kommunal vor Privat» (коммунальное перед частным), уводят в рамках конкретных проектов по модернизации в общественном секторе не намного дальше, чем структурно-политическое кредо в соответствии с рыночно-радикальной максимой «Privat vor Staat» (частное перед государством). В каждом отдельном случае предлагается проведение тщательного сравнительного анализа, который требуют от лиц, принимающих решения, специфических знаний и точной компетенции. Сюда относятся наряду с практическим опытом и правовые директивы, которые облегчают принятие административных и политических решений и в то же время создают дополнительные рамки в нормативной базе. Таким образом, посредством правовых границ, определяемых для процессов демуниципализации, затрагивается новая тема для очередного доклада, в которую на страницах настоящей статьи мы углубляться не будем.

Однако следует кратко упомянуть по меньшей мере еще один аспект. В качестве институциональной альтернативы многочисленным частно-государственным объединениям в распоряжение местных властей для выполнения поставленных перед ними задач предоставлен весь спектр организационных форм и вариантов действия¹¹⁶. К ним относится использование, наряду с муниципальными услугами, услуг, предоставляемых частными предприятиями и юридически самостоятельными муниципальными предприятиями различных уровней, разнообразные варианты сотрудничества на местном уровне в рамках постоянных партнерств, целевых объединений, совместных коммунальных предприятий, а также в соответствии с целевыми соглашениями и другими договорами общественно- или гражданско-правового происхождения.

Для муниципальных образований, которые находятся в ситуации институционального выбора, такие государственно-государственные партнерства (Public Public Partnerships) расширяют возможности выбора определенной формы организации, подходящей для выполнения соответствующей задачи.

Для достижения оптимальной структуры государственно-государственные партнерства требуют оформления, соответствующего поставленным задачам и конкретной ситуации, в соответствии с договорными началами. Таким образом, государственно-государственные партнерства становятся пригодными для выполнения важнейших задач. Это обстоятельство подтверждает в такой же мере, как Public Public Partnerships, особую значимость административно-правового договора для широкой сферы применения административного сотрудничества.

VI. Обзор

В итоге период приватизации был и является источником многих импульсов для модернизации административного права. Инновации прежде всего касаются научного анализа феноменов приватизации, круга задач, которые доступны приватизации, а также преимуществ и недостатков приватизации, что делает невозможной общую оценку. Необходимые, ориентированные на конкретные случаи суждения облегчаются благодаря типологии приватизации, однако типологические формы проявления отличаются ограниченной научной ценностью, потому что в практике приватизации преобладают гибридные смешанные формы, а именно: сотрудничество государственных и частных организаций. Для правильного структурирования все более важным становится осознание того, что процессы приватизации проходят всегда несколько стадий развития. Из этого вытекают изначально дифференцированные отправные точки для нормативного управления приватизационными процессами. Но особый интерес вызывает процедурная концепция государственной ответственности, которая может продолжать существование на этапе, следующем за фактической приватизацией. Более детальные исследования показали, что государство отвечает во многих секторах по крайней мере за обязанности, вытекающие из гарантии надлежащего исполнения поставленных задач. Не в меньшей степени это относится ко многим областям частно-государственного объединения и затрудняет догматическое систематическое понимание реальности приватизации, сформировавшейся с учетом законодательных особенностей.

В качестве общего подхода в этой ситуации рекомендуется разработка административного хозяйственно-договорного права, что приведет к очевидному повышению ценности административно-правового договора и к осознанию, что частно-государственные объединения рано или поздно изживут себя.

Это понимание также обостряет все более заметную в Германии политическую тенденцию перехода от приватизации к деэтактизации и демуниципализации. Но административное хозяй-

¹¹⁶ См.: Bauer H. *Verwaltungsverträge*. § 36; Reichard C. *Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships: Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out // Verwaltungskooperation*. 2008. S. 61 и далее.

ственно-договорное право по-прежнему поддерживает новую тенденцию, потому что в качестве институциональной альтернативы для сотрудничества между государственным и частным секторами нередко обсуждаются варианты межкоммунального сотрудничества или общественно-общественного партнерства на договорной основе. С этой точки зрения, поворот к демуниципализации стал толчком к активизации другой стороны административного хозяйственно-договорного права, а именно: государственно-государственного партнерства. При этом объединяющее начало административного хозяйственно-договорного права показывает, что идеологически окрашенное, сопоставительное противопоставление деприватизации и демуниципализации было бы ошибочно.

В реальности речь идет о процессах развития, которые перемещаются на общей шкале с большим количеством разделительных и соединительных линий. Муниципализация и приватизация являются вариантами решений, которые дополняют друг друга. Оба варианта

необходимы, когда в ситуации институционального выбора предстоит выбор оптимальной для выполнения задач организационной формы и формы действий. Поэтому при принятии подобных решений без идеологических ограничений необходимо учесть всю широту доступных организационных форм действия и трезво оценить эффективность всех вариантов для каждого отдельно взятого случая.

Исходя из этого, вероятные сценарии развития возвращаются к возможному началу нового периода перехода от приватизации к этатизации и муниципализации.

На первый план выходит стремление к идеальному для данного периода времени административному праву, которое останется в стороне от политических поляризационных противопоставлений двух понятий «Kommunal vor Privat» (коммунальное перед частным) и «Privat vor Staat» (частное перед государством) и подготовит для администрации институты, пригодные для своевременного и оптимального исполнения общественных задач.

Библиография:

1. Burgi M. Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. — Tübingen: Mohr Siebeck, 1999. — 487 s.
2. Gramm C. Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben. — Berlin: Duncker & Humblot, 2001. — 511 s.
3. Kämmerer J.A. Privatisierung: Typologie — Determinanten — Rechtspraxis. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. — 617 s.
4. Remmert B. Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren. Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung. — Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. — 190 s.

*Перевод с немецкого М.А. Бирюковой,
канд. культ. наук, доцента, заведующего кафедрой иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

NEW TENDENCIES IN THE ADMINISTRATIVE LAW AT THE TIME OF PRIVATIZATION

Bauer, Hartmut — Dr. iur. habil., Professor, Head of the Chair of European and German Constitutional Law, Social Law and Public Economic Law of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.

[hbauer@uni-potsdam.de]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *The article is concerned with the problems of administrative law due to the ongoing privatization process in Germany. It is structured as follows: firstly, the author introduces the readers to the problem in question, then he provides detailed evaluation of the issues regarding definition of privatization, its sphere and motives, revealing the goals of privatization, studying the typology of privatization, mixed forms, differences and intermediate conditions (namely, privatization of property, organization, goals and functional privatization). The article points out the important matters within the normative process of privatization administration, while privatization is viewed as a process. The author also shows the future tendencies: de-municipalization and de-etatization, the transition from the privatization to de-etatization and de-municipalization.*

Keywords: *Germany, privatization, spheres, motives, goals of privatization, typology of privatization, privatization as a process, problems of administrative law, de-etatization, de-municipalization.*

ТОБИАС ЛЕТТЛ (Tobias Lettl)*

СИСТЕМА ПРАВИЛ ДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ В ЕВРОСОЮЗЕ**

Аннотация. Статья посвящена анализу правовой базы, на основании которой Европейский союз гарантирует свободу конкуренции именно применительно к созданию европейского внутреннего рынка. В этом отношении европейские правила конкурентной борьбы отличаются от различных конкретных случаев, оказывающих на конкуренцию искажающее влияние: взаимодействие самостоятельных предприятий, односторонние действия господствующего на рынке предприятия или объединение предприятий путем слияния, поддержка предприятий государством. Кроме того, в статье рассматриваются отношения европейских прав конкурентной борьбы к национальному регулированию права картелей государств — членов ЕС применительно к вопросу о том, отличается ли, и если да, то насколько, это национальное регулирование от европейских правил конкурентной борьбы. И, наконец, в статье освещен вопрос о необходимости изучения так называемого актуального рынка как важной основы для применения европейских правил конкурентной борьбы.

Ключевые слова: юриспруденция, помощь, поддержка, слияние, контроль за слиянием, картель, рынок, господствующее положение на рынке, злоупотребление господствующим на рынке положением, конкуренция, ограничение конкуренции, фальсификация конкуренции, укрупнение (слияние), контроль за укрупнением, ревизия.

I. Подведомственность Евросоюза (ст. 3 абз. I lit. b Договора о методах работы ЕС [AEUV])

Евросоюз, государства — члены ЕС и европейская система центральных банков основываются на принципе открытой рыночной экономики со свободной конкуренцией (ст. 119 Договора о методах работы ЕС (далее — Договор) в сочетании со ст. 120 Договора). В соответствии с этим Договор, согласно своей преамбуле и основному содержанию, направлен на то, чтобы устранять препятствия между государствами — членами ЕС и предотвращать рецидив этих препятствий. Раздел VII Договора (общие правила, касающиеся конкуренции, налогов и унификации правовых предписаний) содержат, кроме того, в гл. 1 правила конкурентной борьбы (ст. 101–109 Договора). Согласно ст. 3 I lit. b Договора, Евросоюз имеет исключительную компетенцию для установления необходимых для функционирования внутреннего рынка правил конкурентной

борьбы. Эти правила являются существенной опорой для деятельности внутреннего рынка¹, так как внутренний рынок предполагает эффективную конкуренцию². То есть в любом случае должна быть такая конкуренция, чтобы выполнялись основополагающие требования договоров (Договора Евросоюза [EUV] и Договора), и чтобы Союз мог достичь своих целей (ср. ст. 3 EUV), особенно создания рынка с внутрирыночными отношениями. Правила конкурентной борьбы ЕС, предусматривающие защиту подобной конкуренции, имеют, следовательно, интеграционную функцию. Ст. 101 и 102 Договора выражают это формулировкой: «несовместимо с внутренним рынком и запрещено...». Кроме того, правила конкурентной борьбы ЕС должны сделать воз-

¹ EuGH Slg. 1978. 207. RN. 63, 66 f United Brands; 1979. 461. Rn. 38. — Hoffmann La Roche; 2001. 1-6297 Rn. 20-Courage.

² EuGH Slg. 1977. 1905. Rn. 20. — Metro

© Lettl T., 2015

* Леттл Тобиас (Lettl Tobias) — Dr. iur. habil., LL.M. (EUR), профессор, декан юридического факультета Потсдамского университета, заведующий кафедрой гражданского права, торгового и экономического права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

** Статья представляет собой переработанный вариант публикации из кн.: Lettl T. Kartellrecht. 2. Aufl. München: Verl. C.H. Beck, 2007.

возможным достижение обычных (традиционных) целей конкурентной борьбы³. К ним относятся, прежде всего, оптимальное распределение ресурсов, суверенитет заказчика, распределение финансовых средств в соответствии с уровнем производительности, обеспечение технического прогресса, а также ограничение экономической власти (экономическая функция).

II. Ст. 101 и 102 Договора

1. Цель

Если рыночные свободы ст. 34, 56 Договора должны предотвратить в первую очередь создание внутрирыночных препятствий в результате действий государств — членов ЕС, то ст. 101 Договора (запрет препятствующих конкуренции договоренностей или решений, далее — запрет на картели) и ст. 102 (злоупотребление господствующим на рынке положением) Договора⁴ непосредственно блокируют создание подобных препятствий предприятиями путем применения протекционных мер. Данные правовые положения ограничивают экономическую власть для защиты свободы конкурентной борьбы, если она препятствует эффективной конкуренции и присутствием ей тенденциям к повышению результатов. Следовательно, ст. 101 и 102 представляют собой необходимое условие для выполнения задач ЕС, и особенно для функционирования внутреннего рынка⁵. Они непосредственно влияют на отношения между отдельными лицами и способствуют возникновению прав, которые суды государств — членов ЕС должны соблюдать⁶. Таким образом, правила конкурентной борьбы защищают как интересы отдельных конкурентов и потребителей, так и конкурентную борьбу как таковую⁷. Значение ст. 101 Договора подчеркивает также тот факт, что запрещенные согласно этому положению формы поведения не имеют юридической силы (ст. 101 II Договора).

Ст. 10 и 102 Договора являются положениями об общественном порядке и должны применяться национальными судами в обязательном порядке⁸. Они дополняют друг друга при реализации цели ЕС воспрепятствовать ограничению конкуренции за счет третьих лиц, ограничивая экономическую свободу действий предприятий. Во всяком случае, они охватывают различные правовые прецеденты.

Ст. 101 Договора должна препятствовать возникновению достигнутых в результате договоренностей решений или согласованной тактике действий по ограничению конкуренции. Поэтому

она запрещает любое согласование действий на рынке (рыночных отношений) индивидуальными предприятиями как в горизонтальном, так и вертикальном отношении и, таким образом, прописывает отношения недействительными (ст. 101 II Договора), если, согласно ст. 101 III Договора, отсутствует альтернативный вариант. Защита интересов участников рыночного оборота предоставлена в первую очередь действующей конкуренции. Вертикальные отношения существуют между предприятиями/лицами, имеющими разное экономическое положение, то есть между предприятием-оферентом, с одной стороны, и предприятием/лицом-акцептантом — с другой (например, между производителем и продавцом или между продавцом и конечным потребителем). Горизонтальные отношения существуют между предприятием-оферентом и предприятием-акцептантом, имеющими равное экономическое положение (например, между производителем и производителем или между продавцом и продавцом).

Ст. 102 Договора не должна препятствовать возникновению господствующего на рынке положения. Более того, она предполагает наличие такого положения. Следовательно, ст. 102 Договора не имеет своей целью восстановление действительной конкуренции на существующем рынке (определение существующего рынка содержится выше), так как эта структура рыночной конкуренции собственно уже ослаблена из-за наличия господствующего на рынке положения. Ст. 102 Договора ограничивает данное положение лишь с целью исключения возможности злоупотребления им. Возникшее таким образом препятствие ограничивает экономическую свободу предприятий, которые не могут в необходимом объеме заниматься предпринимательской деятельностью в соответствии с требованиями эффективной конкуренции. Возможность освобождения от установленных обязанностей в исключительных случаях, как, например, это предусмотрено в ст. 101 III Договора, в приведенной норме отсутствует. Злоупотребление доминирующим на рынке положением категорически запрещено⁹.

Ст. 101 и 102 Договора вследствие различных предпосылок состава и разных правовых последствий могут применяться параллельно по отношению к одному случаю (так называемая идеальная совокупность норм). Следовательно, ст. 102 Договора применима также к запрещенной форме действий, согласно ст. 101 I Договора, а также к разрешенным в ст. 101 III действиям¹⁰. Поэтому предпосылкой применения ст. 101 и 102 Договора, в связи с идентичными целями защиты положений, является «гармоничное правовое

³ EuGH Slg. 1977. 1905. Rn. 20. — Metro

⁴ EuGH Slg. 1966. 458, 486. — Italien/Rat und Kommission.

⁵ EuGH Slg. 2001. I-6297. Rn. 20. — Courage.

⁶ EuGH Slg. 2001. I-6297. Rn. 23. — Courage.

⁷ EuGH EuZW 2009. 505. Rn. 38. — T-Mobile-Niederlande.

⁸ EuGH Slg. 1999. I-3055. Rn. 39 f. — Eco Swiss.

⁹ EuGH Slg. 1989. 838. Rn. 32. — Ahmed Saeed.

¹⁰ EuGH Slg. 1979. 461. Rn. 116. — Hoffmann-la Roche.

применение»¹¹. Это означает, что освобождение от установленных обязанностей в исключительных случаях, согласно ст. 101 III Договора, не может иметь место, когда то же самое целостное обстоятельство нарушает ст. 102 Договора.

2. Лица, которым адресованы нормы права

Лица, которых касается ст. 101 I Договора, — это предприятия и объединения предприятий, а лица, которых касается ст. 102 Договора, — это предприятия, занимающие на рынке доминирующее положение. Согласно ст. 106 II Договора, правила конкурентной борьбы Договора не действуют для предприятий, которые уполномочены на оказание услуг в сфере общеэкономического интереса, пока выполнение подобных задач не будет противоречить применению правил конкурентной борьбы.

Ст. 101 и 102 Договора в сочетании со ст. 4 III EUV запрещают, кроме того, государствам — членам ЕС — также в форме законов и предписаний — принимать меры, которые могут помешать действующим для предприятий правилам конкурентной борьбы¹². Нарушение ст. 4 III EUV и ст. 101 Договора имеет место в том случае, если кто-либо из государств — участников ЕС:

- введет или упростит форму действий, противоречащих ст. 101 Договора,
- придаст большее значение результату таких действий или
- переложит ответственность за вмешивающиеся в сферу экономики решения на частные предприятия¹³.

Если какое-либо национальное антимонопольное учреждение должно гарантировать, в частности, соблюдение ст. 101 и 102 Договора, то эффективность антимонопольных правил будет снижаться, если это учреждение не сможет установить, что какая-либо национальная мера противоречит ст. 4 III Договора о ЕС, а также ст. 101 или 102 Договора.

Для обоснования отсутствия противоправности предпринимательских действий, нарушающих ст. 102 или 102 Договора посредством применения национальных предписаний, следует различать:

- возлагает ли национальное предписание на предприятие обязанности, которые полностью исключают возможность защищенной в ст. 101 и 102 Договора конкурентоспособности, либо
- национальное предписание ограничивается тем, что облегчает противоречащую ст. 101 или 102 Договора форму действия¹⁴.

В первом случае национальное антимонопольное учреждение не может применять национальное предписание и налагать санкции на

предприятие за форму действия, имевшую место в прошлом¹⁵. Но оно может наложить санкции за действия, совершенные после вступления в силу решения антимонопольной службы о неприменении национального предписания.

Во втором случае национальная антимонопольная служба может санкционировать противоречащее ст. 101 или 102 Договора действие также и до вступления в силу решения не применять национальное правовое предписание. Это, однако, должно происходить с соблюдением правовых рамок, в пределах которых действовали предприятия¹⁶.

3. Отношение конкурентной борьбы к национальному праву

Для определения отношения ст. 101 и 102 Договора к национальным правилам конкурентной борьбы государств — участников ЕС ст. 3 Процессуального постановления 1/2003 содержит правило, согласно которому наряду с национальными правилами конкурентной борьбы следует применять также и ст. 101 и 102 Договора. Это приводит к некому **параллельному применению** европейских и национальных правил конкурентной борьбы, причем право ЕС устанавливает определенные пределы национальному праву. Причина состоит в том, что эти правила квалифицируют способы действия, ограничивающие конкуренцию, с разных точек зрения. В то время как область применения ст. 101 и 102 Договора охватывает подобное, препятствующее конкуренции действие, оказывающее влияние на торговлю между государствами — членами ЕС, внутригосударственные законодательства о конкурентности устанавливают собственные масштабы для правовой оценки¹⁷. Действия, нарушающие национальные правила конкурентной борьбы какого-либо из государств — участников ЕС, могут также нарушать и ст. 101 или 102 Договора, если для этого имеются соответствующие предпосылки.

Таким же образом ситуация складывается и при противоположном положении дел¹⁸. Независимо от положений ст. 3 Постановления от 1/2003, государства — члены ЕС могут применять правила, которые главным образом преследуют цель, не соответствующую целям ст. 101 и 102 Договора.

Примеры: постановления против недобросовестной конкуренции, такие как Закон о недобросовестной конкуренции и другие предписания в области защиты промышленной конкуренции; нормы о защите прав потребителей; правила об общих условиях сделки¹⁹.

¹¹ EuGH Slg. 1978. 3131. Rn. 13. — Ancides.

¹² EuGH Slg. 2003. 1-8055. Rn. 45. — CIF.

¹³ EuGH Slg. 2003. 1-8055. Rn. 46. — CIF.

¹⁴ EuGH Slg. 2003. 1-8055. Rn. 53,56. — CIF.

¹⁵ EuGH Slg. 2003. 1-8055. Rn. 53. — CIF.

¹⁶ EuGH Slg. 2003. 1-8055. Rn. 53 f. — CIF.

¹⁷ EuGH Slg. 2003. 1-7975. Rn. 61. — Milk Marque.

¹⁸ EuGH Slg. 2001. 1-6297. Rn. 23. — Courage.

¹⁹ Erwägungsgrund 9.

III. Положения и постановления**(Ст. 103 Договора о методах работы ЕС [AEUV])**

Ст. 103 I Договора наделяет Совет компетенцией принимать целесообразные положения или постановления для исполнения основных положений ст. 101 и 102 Договора. Для возможности применения ст. 101 и 102 Договора особое значение имеют прежде всего постановления.

1. Постановление 1/2003**а) Применение ст. 101 Договора****аа) Система законодательно урегулированных исключений**

Основополагающее значение для применения ст. 101 Договора имеет обязательное во всех своих частях и действующее непосредственно в государствах — членах ЕС постановление 1/2003 для выполнения изложенных в ст. 101 и 102 Договора правил конкурентной борьбы²⁰. Ст. 1 постановления 1/2003 упраздняет обязанность на запрос и необходимость одобрения правил действий, ограничивающих конкуренцию, по смыслу ст. 101 I Договора (запрет с правом применять оговорки). Вместо этого действует система исключений из законодательства. В качестве дополнения к этому существуют формы действия, направленные на оценку *ipso jure*, что означает автоматическое освобождение от запрета, предусмотренного ст. 101 Договора, при наличии предпосылок, предусмотренных ст. 101 III Договора²¹.

Поэтому в будущем предприятия должны будут самостоятельно решать вопрос о совместимости их правил со ст. 101 Договора, хотя правительственная проверка не будет осуществляться. Вместо аттестации *ex-ante* ведомством по антимонопольной деятельности происходит аттестация *ex-ante* участвующими в определенной форме действий, а при необходимости, аттестация *ex-post* антимонопольными ведомствами или судами. Таким образом, предприятия освобождаются от необходимости подачи заявки, которая во многих случаях подается на конкурсной основе и касается правил допустимого поведения. На них (предприятия), напротив, возложены в полной мере риски по выяснению обстоятельств дела и по выбору применимого права (риски по юридической квалификации), с учетом того, противоречат ли действия ст. 101 I Договора, а также, согласно ст. 101 III Договора, разрешены ли они (принцип самооценки)²². В этом случае предприятие сталкивается со значительно завышенной личной ответственностью, применительно к его действиям в конкурентной борьбе. Следовательно, система исключений из закона приводит к значительному ограничению гарантий соблюдения правопорядка, по сравнению с ранее действовав-

шими правовыми положениями²³. В любом случае это действует за пределами сферы применения административного регламента о свободном положении (групп). Предприятия могут лишь попытаться добиться неофициального разрешения ситуации с комиссией. Комиссия будет сотрудничать с ними, только если имело место значительное ограничение гарантий соблюдения правопорядка, так как тогда необходимо ответить на новые или основополагающие вопросы о применении ст. 101 и 102 Договора. Неофициальное урегулирование дел комиссией ограничивается, таким образом, путем введения исключений. В рамках сферы применения административного регламента ограничения свободного положения (групп) определенные действия автоматически исключаются из области применения ст. 101 I Договора²⁴. Если возникает сомнение, попадает ли в сферу действия административного регламента ограничение свободного положения (групп), то стороны должны проверить, относится ли свободное положение к единственному положению, в соответствии со ст. 101 III Договора. Для разрешения обоих вопросов на стороны возложены риски по юридической квалификации. В данном случае предприятие не представляет собой предмет юридического анализа²⁵.

Основание для изменения «запрета с оговоркой на разрешение» на систему «законного исключения» лежит, прежде всего, в децентрализации применения ст. 101 Договора, с целью концентрации ресурсов комиссии на преодоление серьезных нарушений против правил антимонопольной борьбы ЕС (основание 3 Постановления 1/2003). Но комиссия, согласно ст. 9 постановления 1/2003, имеет возможность утвердить обязательства. В таком случае комиссия, если она хочет дать распоряжение об устранении нарушения и предложить участвующие предприятия, должна принять на себя обязанности, которые нужны для устранения выраженных ею сомнений, и объявить утверждение обязательств в ходе принятия решения обязательными для предприятий (ст. 9 предл. 1 Постановления 1/2003). Решение может быть ограничено сроком и должно констатировать, что для деятельности комиссии не существует никакого повода (ст. 9 предл. 2 Постановления 1/2003). Эта возможность для предоставления полномочий по утверждению обязательств, которые устанавливают неприменение закрепленного в ст. 102 и 102 Договора запрета, имеет своей целью разъяснить правовое положение и установить единое правоприменение в ЕС (основание 114 Постановления 1/2003). Это действительно

²³ См.: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Weiß/Greuß. Atr. 1 VerfVO. Rn. 9.

²⁴ См.: Bechtold/Bosch/Hirsbrunner. Art. 1 VO 1/2003 Rn.31.

²⁵ См.: Bechtold R. Kommentar: Massstäbe der «Selbstveranlagung» nach Art. 81 Abs. 3 EG//WuW. 2003. S. 343; Dreher/Thomas. WuW. 2004. № 8. 14ff; a.A. Langen/Bunte/Sura. Art. 1 // VO. № 1/2003 Rn. 22; Fuchs. ZWeR. 2005. № 1, 21 f.

²⁰ ABI. EG. 2003. № 1. S. 1.

²¹ См.: Schmidt R. BB. 2003. S.1237,1238.

²² См.: Sura M. Kartellrecht. Langen/Bunte (Hrsg.) // VO. 2003. № 1. Rn. 15.

в особенности для новых форм действия, оценка которым еще не дана. Утверждение обязательств, однако, неприменимо к случаям, в которых комиссия предполагает наложить денежный штраф (основание 13 Постановления 1/2003). Кроме того, комиссия, согласно ст. 10 Постановления 1/2003, имеет возможность принять определение «О неприменимости». Сообразно с этим комиссия, среди прочего, может официально установить, что для этого имеются предпосылки в ст. 101 III Договора.

66) Ст. 101 I и III Договора в качестве минимального и максимального стандарта (полная гармонизация)

Правила национальной конкурентной борьбы следует применять формально к формам поведения, которые наносят вред торговле между государствами — членами ЕС (так называемая межгосударственная оговорка). Однако это не должно происходить в соответствии со ст. 101 Договора, то есть без отклонения от этого положения²⁶. Так как в таких случаях нужно применять «также» ст. 101 Договора (ст. 3 I I Постановления 1/2003). Следовательно, нельзя более самостоятельно применять национальное право, если применимо право Союза, поскольку «также» применяемая ст. 101 Договора имеет преимущество перед национальным правом. В сфере применения межгосударственной оговорки ст. 101 Договора, которая содержит важные коллизионные нормы²⁷, нельзя ориентироваться только на национальный запрет картелей (§ 1 Закона против ограничения конкуренции). Межгосударственной оговорке придается решающее значение. Если ее толкуют широко, то вряд ли учитывают монопольное применение правил национальной конкурентной борьбы государств — членов ЕС.

Межгосударственное право не должно запрещать формы действий, которые могут препятствовать торговле, если

- запрет ст. 101 I Договора не выполнен, или
- имеются предпосылки для единичного освобождения в смысле ст. 101 III Договора, или
- существует освобождение на основе предписания о групповом освобождении (ст. 3 II I Постановления 1/2003).

Это гарантирует, что применение национальных правил конкурентной борьбы к определенной форме действий может привести к запрету этой формы действий только в том случае, если она (форма) запрещена согласно ст. 101 I Договора, а не ст. 101 III Договора (основание 8 Постановления 1/2003). Следовательно, государства — члены ЕС не должны запрещать в сфере применения межгосударственной оговорки ту форму действий, которая допустима согласно праву Союза. И наоборот, го-

сударства — члены ЕС не должны допускать в сфере применения межгосударственной оговорки ту форму действий, которая запрещена правом Союза. Вследствие этого ст. 3 Постановления 1/2003 обязывает государства — члены ЕС в сфере применения межгосударственной оговорки соблюдать стандарт защиты ст. 101 I Договора таким образом, чтобы национальное право не могло применяться для оценки определенной формы действий ни более строгие, ни более мягкие требования. Вследствие этого ст. 101 Договора, включая ее третий абзац, в сфере применения межгосударственной оговорки является как минимальным, так и максимальным стандартом (нижняя и верхняя границы), в результате чего наступает полная гармонизация. Национальные запреты картелей имеют значение только тогда, когда оцениваемые формы действий не могут нанести вред межгосударственной торговле. Эта полная гармонизация имеет своей целью создать для предприятий в сфере применения межгосударственной оговорки равные условия для конкуренции посредством единого правового масштаба²⁸.

б) Применение ст. 102 Договора

Ст. 102 Договора охватывает только односторонние действия доминирующих на рынке предприятий. Национальные правила антимонопольной борьбы применимы к таким формам действия, которые характерны для нанесения вреда торговле между государствами — членами ЕС (так называемая межгосударственная оговорка). Хотя также должна применяться ст. 102 Договора (ст. 3 I 2 Постановления 1/2003). Тем не менее межгосударственное право, иначе чем при ст. 101 Договора, применимо и тогда, когда оно строже ст. 102 Договора и имеются предпосылки для применения межгосударственной оговорки (ст. 3 II 2 Постановления 1/2003). То есть нет преимущества права Союза, и остается свобода действий для государств — членов ЕС.

2. Постановления, предусматривающие исключения для определенных групп

Постановления, предусматривающие исключения для определенных групп, — это постановления, изданные в соответствии со ст. 288 II Договора, поэтому их должны соблюдать суды и административные органы государств-участников²⁹. Они предоставляют абстрактные общие исключения определенного вида («группы») из запрета, предусмотренного ст. 101 I Договора. Подобная «группа» объединений характеризуется критериями общих или частных особенностей, типы которых могут быть выделены путем дальнейшего единообразия интересов как участников, их контрагентов, партнеров, так и потребителей³⁰. Ограничения свободы могут действовать как для вертикальных отношений, так и для горизонтальных, а также для определенных

²⁶ См.: Bechtold R., DB. 2004, 235.

²⁷ См.: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Zuber. Art. 3 // VerfVO. Rn. 7.

²⁸ См.: Langen/Bunte/Sura. Art. 3 // VO. 2003. № 1. Rn. 14.

²⁹ EuGH Slg. 1991. I-935. Rn. 45 f. — Delimitis.

³⁰ См.: Mestmäcker/Schweitzer. § 1 II 2b Rn. 13.

экономических сфер (секторов) (пример — § 2). В системе исключений из закона они имеют не конституционное, а только декларативное значение и совершенно точно определяют, какие действия можно отнести к свободным в соответствии со ст. 101 III Договора³¹.

3. Регламент 139/2004

Правила конкуренции, содержащиеся в Договоре о методах работы в ЕС, дополнены Регламентом 139/2004 о контроле за объединением предприятий³². Он ограничивает возможности объединения (ср. § 6). Вопрос о том, имеет ли объединение общую цель (ст. 3 Постановления ЕС об антимонопольном контроле), будет решаться на основе определенных критериев (ст. 1 II и III Постановления ЕС об антимонопольном контроле (далее — Постановление) в совокупности со ст. 5 Постановления). Объединения с общей целью должна регистрировать комиссия после заключения договора (ст. 2 I I Постановления). На основании этого комиссия принимает решение о правомерности объединений (ст. 6 Постановления). Объединение предпринимателей, имеющее общую цель, не может существовать без регистрации до тех пор, пока оно не будет утверждено решением комиссии (ст. 7 I Постановления). Наказанием за виновные нарушения Постановления может быть штраф путем удержания из денежного содержания (ст. 14 Постановления) или обычный штраф (ст. 15 Постановления). На объединение предприятий с единой целью распространяется только европейское право, регламентирующее контроль за процессом слияния предприятий, применение национального права исключается (ст. 21 III I Постановления). Органом, отвечающим за надлежащее применение права, регулирующее процесс слияния предприятий, является только комиссия (ст. 21 I Постановления). Основные положения, действующие для ст. 101 и 102 Договора, с одной стороны, для правил конкурентной борьбы государств-членов — с другой, не распространяются на национальное законодательство, регулирующее контроль за объединением предприятий. Последние применяются без каких-либо ограничений при условии наличия применимого права (ст. 3 III Постановления 1/2003).

В то время как Постановление относится прежде всего к сохранению определенной рыночной структуры, ст. 101 и 102 Договора выступают в первую очередь гарантом рыночных отношений. Так, согласно ст. 2 IV Постановления, не подпадают под сферу применения Постановления все действия, которые имеют целью координацию конкурентных действий независимых друг от друга предпринимателей или добиваются этого. Для таких действий существует ст. 101 Договора (ср. также ст. 2 IV и 3 IV Постановления; а также § 6). Ст. 102, напротив, применима к обстоятельствам дела, регламенти-

рующим сферу применения Постановления. Ст. 102 Договора действует также и для объединения предприятий, которые укрепляют господствующее положение какого-либо предприятия на рынке и таким образом исключают конкуренцию в существенной части внутреннего рынка³³. Тем самым происходит сближение контроля за ситуацией на рынке и контроля структуры рынка. То есть Европейский Верховный суд при применении ст. 102 Договора устанавливает, что простого различия между ситуацией на рынке и структурой рынка недостаточно, так как любая структурная мера влияет одновременно на ситуацию на рынке³⁴.

Поэтому Европейский Верховный суд оказывает влияние на структуру рынка при определении злоупотребления господствующего на рынке положения (§ 3).

IV. Ст. 107–109 Договора

Упомянутая в ст. 31 Договора конкуренция как результат функционирования внутреннего рынка возникает не только вследствие ограничений конкурентной борьбы предприятиями, но и в результате ее ограничений со стороны государства за пределами собственной предпринимательской деятельности. Таким образом, государство имеет возможность фальсифицировать конкуренцию путем поощрения определенных предприятий или экономических сфер, а также путем предоставления государственных средств. Этому обстоятельству должен препятствовать урегулированный в ст. 107–109 Договора запрет помощи со стороны государств-членов.

V. Актуальный рынок

1. Функция

Ограничение актуального рынка имеет основополагающее значение для определения обстоятельств дела, согласно правилам конкурентной борьбы ЕС, так как его задачей является четкое изложение важных для определения прецедента конкурентных отношений, и в особенности действующих на рынке конкурентных сил. При этом необходимо постоянно определять соответствующий рынок в деловом, пространственном и временном отношении, то есть продукт, сферу и время конкуренции³⁵. Это необходимо при применении как ст. 101 и 102 Договора, так и Постановления. В этом отношении следует различать значение актуального рынка для применения соответствующих норм.

При проверке ст. 101 I Договора нужно определить актуальный рынок для наличия ограничения

³¹ См.: Heinemann. Jura. 2003. S. 649, 655.

³² ABI. EG. 2004. № L 24. S. 1.

³³ EuGH Slg. 1973. 215. Rn. 24. — Continental Can unter Heranziehung der Wertung des Art. 81 III lit. B EG (jetzt: Art. 101 III lit. B AEUV).

³⁴ EuGH Slg. 1973. 215. Rn. 21 — Continental Can.

³⁵ См. также публикацию Комиссии об определении понятия актуального рынка в смысле положений, регулирующих конкуренцию в Европейском Сообществе: ABI. EG 11997. № C 372. S. 5.

конкурентной борьбы. Это особенно важно в том случае, когда следует оценить потенциальное влияние действий на конкуренцию, так как речь идет прежде всего об участии в рынке действующих предприятий, определение которых предполагает разграничение актуального рынка. Также ст. 101 III Договора требует разграничения рынка.

Для применения ст. 102 Договора определение актуального рынка имеет далеко идущее материально-правовое значение, так как адресатами норм являются лишь господствующие на рынке предприятия. Поэтому вначале нужно определить рынок, господствующее положение на котором могла бы занять ретроспектива.

Для контроля за слиянием предприятий необходимо оценить влияние такого слияния предприятий на ожидаемые в будущем структуры рынка.

2. Объективно актуальный рынок

а) Рынок предложений

Конкуренция предполагает, что несколько участников рынка предлагают одинаковый или, по меньшей мере, достаточно похожий продукт, представляющий для противной стороны рынка возможность удовлетворить такую же потребность³⁶. Согласно этой так называемой рыночной концепции спроса, актуальный деловой рынок охватывает все продукты, которые на основе их признаков, с точки зрения соответствующей конкурирующей стороны рынка, подходят для удовлетворения одинаковых потребностей и лишь в незначительной степени могут обмениваться на другие продукты³⁷, так как обмен продуктами ограничивает сферу действия предлагающих эти продукты предприятий. Полный обмен не требуется. Достаточен определенный уровень обмена в расчете на одинаковое применение³⁸. Это предполагает, что только часть конкурирующей стороны рынка рассматривает два продукта как взаимозаменяемые. Но эта часть должна быть настолько значительной, чтобы вызвать столь сильную конкурентную борьбу между отдельными продуктами, что на рынке возможен захват одного предприятия другими. Взаимозаменяемость продуктов следует оценивать по различным критериям, особенно по:

- **объективным признакам** продукта,
- **возможностям использования** продукта,
- **цене** продукта,
- **структуре конкуренции**, особенно структуре спроса и предложения и
- **условиям конкуренции**.

аа) Объективные признаки продукта

Отвечая на вопрос, является ли продукт обменоспособным (взаимозаменяемым) на другой продукт, с точки зрения противной стороны

рынка, нужно обратить внимание на его объективные признаки.

Пример: Предприятие А занимается выращиванием и импортом бананов на различных национальных рынках. Имея 35 % мирового экспорта, оно выходит на мировой рынок торговли бананами. А также импортирует бананы в страны ЕС. Если бананы не являются основной составной частью рынка свежих фруктов, поскольку для потребителя они заменяемы рациональным образом на другие сорта фруктов, такие как яблоки, апельсины, виноград, персики, клубника и т.д., то это был бы объективно ориентированный рынок сбыта свежих фруктов. Если бы на рынке были только бананы, как маркированные, так и нет, установленный как достаточно однородный и отдельный от рынка других фруктов А стал бы на этом рынке монополистом. Для того чтобы рассматривать бананы как объект достаточно обособленного рынка, нужно определить их особенности, отличающие их от других свежих фруктов таким образом, что бананы являются недостаточно взаимозаменяемыми с другими фруктами, и их конкуренция прекращается в едва ощутимой форме³⁹. Так как бананы имеются в достаточном количестве в течение всего года, то принимается во внимание их взаимозаменяемость с другими фруктами также в течение всего года. Если взять фрукты, всегда имеющиеся на рынке, а именно: апельсины и яблоки, то между бананами и апельсинами не будет никакой взаимозаменяемости, а между бананами и яблоками она будет лишь в ограниченных пределах. Поскольку бананы отличаются по критериям, имеющим значение для выбора потребителя (например, вкус, отсутствие зерен, простое удаление кожуры руками), то они удовлетворяют существующую на данный момент потребность определенной группы потребителей⁴⁰. Поэтому большое количество потребителей с остающейся неизменной потребностью в бананах лишь в незначительной или даже едва ощутимой степени мешает проникновению на рынок других фруктов. Поэтому рынок бананов является достаточно отграниченным от рынка других свежих фруктов⁴¹. На этом рынке А занимает господствующую позицию и является адресатом ст. 102 Договора.

бб) Возможности использования продукта

Для определения возможности использования продукта следует учитывать все факторы, имеющие значение для решения противоположной стороны рынка, будь то экономические, правовые или технические. Для этого необходимо учитывать потребности противоположной стороны рынка в соответствующей ситуации использования про-

³⁶ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 44. — United Brands.

³⁷ EuGH Slg. 1998. 1-7791. Rn. 32 f. — Bronner.

³⁸ EuGH Slg. 1979. 461. Rn. 28. — Hoffmann-La Roche.

³⁹ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 22 — United Brands.

⁴⁰ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 23 bis 33 — United Brands.

⁴¹ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 34 f. — United Brands.

дукта, причем эти потребности должны иметь определенный срок и регулярность («удовлетворение остающейся неизменной потребности»).

Примеры: Фармацевтическое предприятие А производит среди прочего витамины. Производимый А витамин С употребляется как в лекарственных целях, так и для производства продуктов питания, и при этом не находится в конкуренции с другими продуктами. Кроме того, витамин С применяется как антиоксидант, фермент и добавка (так называемое техническое применение). В этом отношении он конкурирует с другими предназначенными для этого продуктами, хотя продукт может принадлежать разделенным рынкам, если потребитель может применять его для различных целей, например, как витамин С, и если эти различные формы применения соответствуют разным экономическим потребностям. Из этого, однако, не вытекает, что этот продукт вкуче со всеми другими продуктами, с которыми он может быть взаимозаменяем в его различных возможностях применения и с которыми конкурирует, образует единственный и единый рынок. Определение объективно актуального рынка предполагает именно достаточный уровень взаимозаменяемости⁴². Объективно актуальный рынок является поэтому соответствующим рынком для витамина С в его конкретном применении (лекарства, продукты питания, техническое применение), пока на соответствующее конкретное применение на продукт, взаимозаменяемый с витамином С, нет спроса.

вв) Цена продукта

Цена продукта при ограничении актуального рынка имеет соответствующее значение в том случае, если противоположная сторона рынка в качестве реакции на установленное небольшое и не только временное повышение цены для исходного продукта в размере от 5 % до 10 % для соответствующего продукта совершила бы легко доступную замену (так называемый тест о повышении цены = SSNIP-Test)⁴³. Поскольку здесь существует взаимозаменяемость. Во всяком случае речь здесь идет только о рассмотрении модели, которая может предоставить страховку для разграничения рынка, но не может определить это разграничение как исключительный критерий. Однако цена продукта может привести к разделению рынков этих продуктов.

Пример: Значительная разница в ценах, на основании которых даже продукцию с одинаковыми качествами и равной возможностью применения следует закрепить за различными рынками.

гг) Структура конкуренции

При разграничении актуального рынка имеет значение структура конкуренции, в особенности структура предложения и спроса. Ведь этот рынок охватывает не совокупность всех взаимозаменяемых продуктов. Более того, эти продукты должны конкурировать друг с другом. Объективно взаимозаменяемые, но относящиеся полностью к другой структуре предложения и спроса продукты относятся поэтому к различным актуальным рынкам.

Пример: Существуют отдельные рынки для новых шин и протекторов. Разделенные рынки существуют из-за различных рынков сбыта, хотя речь идет о технически идентичном продукте⁴⁴.

Остающийся неизменным спрос на определенный продукт, несмотря на конкурирующие предложения, является «решающим критерием» против взаимозаменяемости этого продукта⁴⁵.

Для разграничения актуального рынка может иметь значение также и тот факт, существует ли для других предприятий возможность сразу производить и предлагать соответствующие продукты путем реорганизации производства (так называемая возможная конкуренция), так как подобная возможность существенно ограничивает свободу маневра на собственном рынке продуктов. Но это действует только в том случае, если рассматриваемый в этом отношении поставщик аналогичных продуктов готов и в состоянии изменить свое производство за короткое время и экономически заменяемым, чтобы удовлетворить существующий спрос.

Пример: При упаковках из легкого металла следует принимать во внимание, в зависимости от цели употребления для различного наполнения, различные рынки. Более того, нужно также проверить, существует ли для других изготовителей упаковок из легкого металла возможность в результате реорганизации производства без больших затрат появиться на рынке соответствующего наполнителя (возможная конкуренция)⁴⁶.

дд) Условия конкуренции

К условиям конкуренции относятся привычки потребителей⁴⁷ и

б) Рынок спроса

Для разграничения актуального рынка в отношении спроса на продукты каким-либо предприятием важно, какие рынки сбыта являются взаимозаменяемыми с точки зрения поставщика.

Пример: Пекарь А печет булочки для реализации в ресторане системы быстрого питания. Здесь актуальный рынок представляют те предприятия, которые занимаются этими ресторанами, если на основе технической необ-

⁴² EuGH Slg. 1979. 461. Rn. 28. — Hofmann—La Roche.

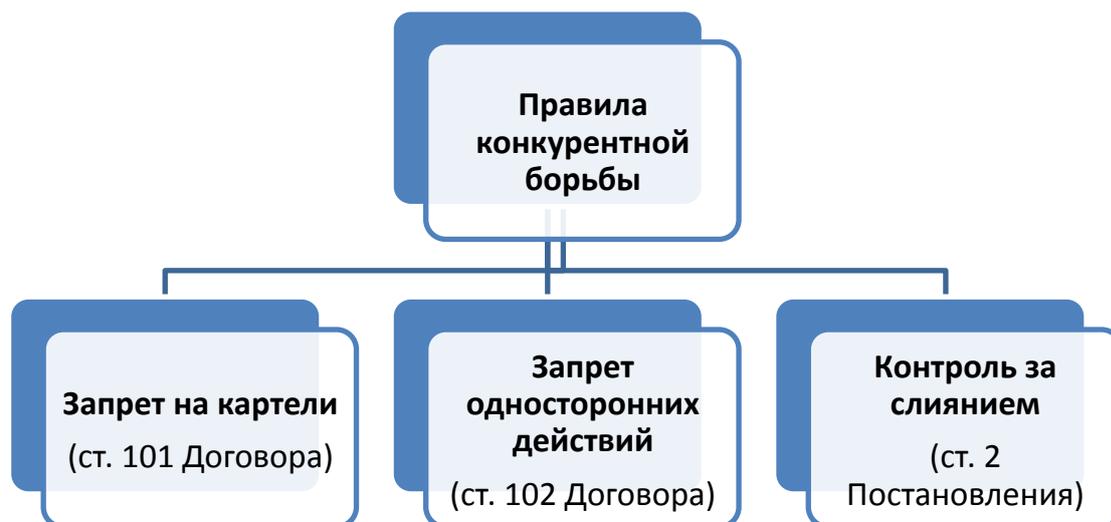
⁴³ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 12 ff. — United Brands.

⁴⁴ EuGH Slg. 1983. 3461. Rn. 38, 46. — Michelin.

⁴⁵ EuGH Slg. 1996. 1-5951. Rn. 15. — Tetra Pak II.

⁴⁶ EuGH Slg. 1973. 215. Rn. 33. — Continental Can.

⁴⁷ EuGH Slg. 1996. 1-5951. Rn. 19. — Tetra Pak II.



ходимости или совершенно другой логистики в распоряжении имеются другие рынки сбыта, такие как прочая гастрономия.

3. Ограниченный в территориальном отношении актуальный рынок

До тех пор пока условия конкуренции в зависимости от экономического пространства значительно отличаются друг от друга, и ни один всемирный рынок, например рынок авиаперевозок, не затронут, следует также территориально ограничивать актуальный рынок. Он занимает большое **экономическое пространство**, в котором объективные условия конкуренции при возможном продукте равны для всех предприятий⁴⁸. Для этого важны, прежде всего, экономические возможности поставщиков и заказчиков, общие правовые требования и уровень цен.

Примеры: В описанном выше случае нужно ограничить территориально актуальный рынок таким образом, чтобы рынки в Великобритании и Франции, которые из-за различных требований для ввоза продукции обосновывают преимущественное положение бананов, продаваемых не А, не являются равнозначными. Поэтому их нужно исключить из территориально актуального рынка. В других шести государствах — членах тогдашней сферы (области) Европейского Экономического Сообщества рынки, напротив, были полностью свободными, так что условия конкурентной борьбы для всех были одинаковы, и поэтому эти шесть государств образовали достаточно однородное целое и, вследствие этого, территориально актуальный рынок⁴⁹.

Рынок срочно стационарных услуг больницы не должен принимать во внимание тех па-

циентов, которые не нуждаются в предложенных услугах больницы из-за территориальной удаленности⁵⁰.

4. Временно актуальный рынок

Временно актуальный рынок имеет значение только в исключительных случаях временно существующих рынков.

Примеры: входные билеты на чемпионат мира по футболу или на выставку.

5. Предыдущий и последующий рынки

От актуального рынка следует отличать предыдущий рынок, который охватывает все продукты, облегчающие переход к последующему рынку⁵¹.

Примеры: Предоставление ремонтных работ и технического обслуживания для автомобилей промышленного назначения (грузовиков) является объективно актуальным рынком. Этому рынку предшествует рынок допуска свободными мастерскими к сети мастерских гарантийного ремонта автомобилей промышленного назначения. Он распространяется на предложение запасных частей, приборов диагностики, специальных инструментов и на передачу соответствующих специфике рынка профессиональных знаний⁵².

Рынку по выпуску иллюстрированных журналов с программами радио и телевидения предшествует рынок информации о программах⁵³.

VI. Обобщение

Свобода конкуренции защищена правилами о конкурентной борьбе тройным образом, а именно:

⁵⁰ BGH WRP 2008. 1249. Rn. 65. — Krankenhaus Bad Neustadt.

⁵¹ BGHZ 189. 94. Rn. 15. — MAN-Vertragswerkstatt.

⁵² BGHZ 189. 94. Rn. 15. — MAN-Vertragswerkstatt.

⁵³ EuGH Slg. 1995. 1-743. Rn. 47. — Magill.

⁴⁸ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 44. — United Brands.

⁴⁹ EuGH Slg. 1978. 207. Rn. 45 bis 56. — United Brands.

- запретом ограничивающих конкуренцию договоренностей или решений (запрет согласно ст. 101 Договора);
- запретом на злоупотребление господствующим на рынке положением (ст. 102 Договора);
- а также контролем за слиянием предприятий (ст. 2 Постановления).

В сфере применения ст. 101 Договора и Постановления национальное право не должно содер-

жать никаких отклонений. Требованиями ст. 102 Договора государствам-членам предоставлена свобода действий, поэтому национальное право должно предусмотреть более строгое регулирование. Разграничение актуального рынка имеет для применения европейских, но также и национальных правил конкуренции основополагающее значение. От актуального рынка следует отличать предшествующие и последующие рынки.

Библиография:

1. Bechtold R. Kommentar: Massstäbe der «Selbstveranlagung» nach Art. 81 Abs. 3 EG // Wirtschaft und Wettbewerb: WuW. Vol. 53. 2003. №. 4. P. 343.
2. Europäischen Gerichtshof Slg. 1973. 215 RN.24. Continental Can unter Heranziehung der Wertung des Art. 81 III lit. B EG (jetzt: Art. 101 III lit. B AEUV)
3. Europäischen Gerichtshof Slg. 1973. 215. RN. 21.

*Перевод с немецкого Г.В. Балашовой,
канд. филол. наук, доцента кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

SYSTEM OF RULES FOR THE FAIR COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION

Lettl, Tobias — Dr. iur. habil., LL.M. (EUR), Professor, Dean of the Law Faculty of the University of Potsdam, Head of the Department of Civil Law, Trade and Economics Law of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *The article is devoted to the analysis of the legal foundations for the guarantees provided by the European Union for the freedom of competition within the framework of the formation of the European internal market. In this respect the European competition rules differ from various specific cases, which distort the competition, such as interaction of independent enterprises, unilateral actions of the leading enterprise in the market, mergers of enterprises, support of enterprises by the state. Additionally, the article contains analysis of the correlation between the European competition rights and national regulations of cartel laws of the EU Member State in regard to the issue of whether and to what regard the national regulation is different from the European rules on competition. Finally, the article casts light on the need to study the so-called actual market, as an important basis for the application of the European rules on competition.*

Keywords: *jurisprudence, assistance, support, merger, control over mergers, cartel, market, leading position in the market, competition, competition limitations, false competition, enlargement (merger), control over enlargement, revision.*

ОТМАР ЗОЙЛЬ (Otmar Seul)*
АННА-ЛИЗА ГЕЙНЕ (Anna-Lisa Heyne)**

ПРИНЦИП СУБСИДИАРНОСТИ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ ГЕРМАНИИ. ИЕРАРХИЯ НОРМ И ПРИНЦИП СУБСИДИАРНОСТИ

Аннотация. В настоящей статье авторы рассматривают принцип субсидиарности и иерархию норм в трудовом праве Германии с историческо-социальной и нормативно-институциональной позиций. Так, в статье указано на закрепление принципа субсидиарности в Основном законе Германии и европейском законодательстве и определено значение этого принципа в нормативной конструкции трудового права ФРГ. Кроме того, в данной связи особое внимание уделяется, с одной стороны, конфликту между флексибилизацией и тарифной автономией, с другой — необходимости соблюдения установленных Конституцией оценочных принципов, которые свидетельствуют о необходимости применения современных правовых инструментов для правовой защиты работников.

Ключевые слова: Германия, принцип субсидиарности, иерархия норм, трудовое право, тарифный договор, индивидуальный трудовой договор, производственное (коллективное) соглашение, тарифная автономия, правовой режим предприятий, принцип наибольшего благоприятствования, пакты по сохранению рабочих мест на предприятии.

Понятие принципа субсидиарности возникло в социальном вероучении Католической церкви¹. Постепенно его употребле-

ние нашло свое отражение в политике и праве Евросоюза. Государства — члены ЕС выразили желание объединить два феномена: создать сообщество и соблюсти суверенитет каждого государства.

После Второй мировой войны Германия, обсуждая вопрос об учреждении федеративной республики, особое место уделила теме субсидиарности. Однако это слово не было использовано в редакции Основного закона (*Grundgesetz*) Федеральной Конституции 1949 г. Её составители

¹ Родоначальником учения о принципе субсидиарности считается Иоханнес Альдузиус. В своей работе 1603 г. «*Politica. Methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata, cui in fine adjuncta est oratio panegyrica*» он подчёркивает необходимость для местных органов самоуправления иметь автономию по отношению к центральным органам власти. Принцип субсидиарности заимствован из канонического права и находит своё отражение в учении св. Фомы Аквинского. Первые понятие было сформулировано Папой Римским Львом XIII в энциклике «*Regum Novarum*» (1891) — первой формализации социального вероучения Католической церкви. Злоупотребления, допускаемые в период промышленной революции, и её последствия для жизни общества создали необходимые условия внедрения принципа субсидиарности. Это принцип, называемый также принцип поддержки, согласно которому предоставление более высокому социальному уровню права делать то, что могло быть сделано на самом низшем социальном уровне, является заблуждением «морального» и «благотворительного» характера. Тем самым низший социальный уровень лишается всего того, что он мог бы сде-

лать: «Вследствие этого труд каждого имеет право на уважение, каково бы ни было его социальное положение, так как только он может это сделать». См. также: URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Субсидиарность>. Принцип субсидиарности поддерживался социалистическими мыслителями, такими как Пьер-Жозеф Прудон, а также членами кооперативного движения и либералами, такими как Джон Локк и Джон Стюарт Милль. Во Франции этот принцип поддерживали Жан-Клод Буаль и Филипп Браше (2005), а в Германии — Гельмут Лехелер (1993).

© Seul O., 2015

* Зойль Отмар (Seul Otmar) — Dr. rer. pol., почетный доктор права, emeritus профессор Университета Paris-Ouest-Nanterre-La Défense (Франция).

200, av. de la République, Paris-Quest-Nanterre-La Défense, France, 92001.

© Heyne A.-L., 2015

** Гейне Анна-Лиза (Heyne Anna-Lisa) — Университет Paris-Ouest-Nanterre-La Défense (Франция).

200, av. de la République, Paris-Quest-Nanterre-La Défense, France, 92001.

стремились гарантировать религиозную свободу, но использовать термин субсидиарность оказалось невозможным в силу его ярко выраженной принадлежности к католической традиции. И только с пересмотром Конституции, последовавшим после принятия Маастрихтского договора в 1992 г., этот термин стал использоваться в позитивном праве Германии. Он закреплён в ст. 23 (абз. 1) Основного закона ФРГ (*Grundgesetz*, далее — GG). На этот принцип также ссылаются ст. 20, 28 и 68 Основного закона (GG). Своё начало принцип субсидиарности берет в Римском договоре (1957), а уже Маастрихтский договор, под давлением граждан Германии, возводит этот принцип в ранг действующей правовой нормы, призванной регулировать распределение компетенций между государствами-членами и Европейским сообществом.

Принцип субсидиарности, введённый в законодательство Сообщества, призван обеспечить доступность решений, принятых в Евросоюзе, для всех граждан. На основе установленного разграничения полномочий, Евросоюз компетентен в том случае, когда действия, осуществляемые Сообществом, оказываются более эффективными, нежели действия, проводимые на национальном уровне. Таким образом, Евросоюз обладает компетенцией, называемой *субсидиарной*: «В областях, которые не попадают под его исключительную компетенцию, Сообщество действует в соответствии с принципом субсидиарности, если и поскольку цели предполагаемого действия не могут быть достигнуты в достаточной мере государствами-членами и поэтому, в силу масштабов и результатов предполагаемого действия, могут быть более успешно достигнуты Сообществом»².

Таким образом, принцип субсидиарности входит в право и в систему понятий Евросоюза. Однако его применение и контроль над его соблюдением составляют предмет обсуждения. Чаще всего субсидиарность определяют как норму, предполагающую осуществление действий на самом низшем уровне, близком гражданам. То, что лицо может выполнить самостоятельно или совместно, не должно быть передано для исполнения на более высокий уровень³. Этот принцип предоставляет более высоким уровням некоторые преимущества: учитывая сферу их компетенций, они освобождены от исполнения малозначимых функций. Следует различать:

- субсидиарную компетенцию (*subsidiäre Kompetenz*), которая признает полномочие самых низших сфер устанавливать нормы;
- субсидиарную поддержку (*subsidiäre Assistenz*), которая заключается в оказании по-

мощи со стороны высоких эшелонов в случае необходимости;

- субсидиарную необходимость (*subsidiäre Reduktion*), которая ограничивает оказание помощи рамками необходимости⁴.

В настоящий момент применение принципа субсидиарности установило как случаи необходимости, так и случаи невмешательства со стороны высоких эшелонов. Этот метод становится обязательным и в трудовом праве Германии. Принцип субсидиарности определяет процедуру распределения полномочий, подчиняясь иерархическим структурам определённой сферы: «Это позволяет на каждом уровне в системе регламентации трудовой деятельности найти соответствующее решение. Если это невозможно, то необходимо вмешательство наиболее близкого высокого уровня. Также считается, что законодатель и социальные партнёры лучше осуществляют нормативные функции, так как работник рассматривается обычно как низший эшелон по отношению к работодателю»⁵.

1.

В трудовом праве Германии на вершине иерархической структуры правовых норм располагается Основной закон (GG). Последовательная объективная система ценностей влияет на трудовое право, как на любую другую отрасль права Германии⁶, поэтому толкование норм трудового права должно осуществляться в соответствии с Конституцией. По юридической силе Основной закон выше закона, который, в свою очередь, выше подзаконных нормативных актов. В области трудового права выделяют трёхуровневую систему соглашений между субъектами.

1. *На первом уровне* — тарифный договор (*Tarifvertrag — TV*), трудовое соглашение на уровне отраслей и промышленных объединений. Тарифный договор заключается профсоюзами и союзом работодателей или дирекцией предприятия.
2. *На втором уровне* — производственное (или коллективное) соглашение⁷ (*Betriebsvereinbarung*), субъектами которого являются совет трудового коллектива (*Betriebsrat*) — коллектив работников производственного предприятия и дирекция пред-

⁴ См.: Caparros A., Kerneis A.-L. L'application du principe de subsidiarité dans le droit de la France et de l'Allemagne. Paris: Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2011. P. 1.

⁵ Heyne A.-L. L'application du principe de subsidiarité dans le droit de la France et de l'Allemagne. Paris: Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense, 2011. P. 1.

⁶ См.: Brox H., Rütters B., Henssler M. Arbeitsrecht. Studienbücher Rechtswissenschaft. Stuttgart. Däubler, 2011. § 20.

⁷ Во Франции производственное соглашение подписывается профсоюзными группами.

² § 3 ст. 5 Договора о Европейском Союзе.

³ См.: Millon-Delsol C. Le Principe de subsidiarité. Paris: PUF, 1993. P. 22.

приятия. В отличие от комитета предприятия, действующего во Франции, совет трудового коллектива не является смешанным органом. В Германии это представительный орган депутатов, избранных наёмными работниками. В том случае когда промышленное объединение имеет одно предприятие, производственное соглашение приравнивается к трудовому договору в рамках крупного предприятия.

3. На третьем уровне — индивидуальный трудовой договор (*Arbeitsvertrag*), который заключается между работодателем и наёмным работником.

Принцип субсидиарности предполагает, что в случае необходимости на самом высоком уровне могут быть применены нормы самого низшего уровня для защиты интересов сторон в договоре.

Из этого следует, что индивидуальный трудовой договор должен был бы стать основным документом трудового законодательства, так как находится на самом его низшем уровне, а тарифные договоры и производственные соглашения следовало бы отнести к дополнительным документам.

Так ли это? Оказывается, нет. В действительности, даже если права и обязанности, регулирующие отношения между наёмным работником и работодателем, вытекают из индивидуально-трудового договора⁸, их содержание зависит не от свободной воли сторон договора, а от положений тарифных договоров, определяющих все вопросы, связанные с условиями труда и социальными гарантиями, а также от положений производственных соглашений, касающихся некоторых предметов договора. На трудовое право могут оказывать влияние другие законы и подзаконные акты, содержащие положения обязательного характера, которые обеспечивают защиту наёмного работника⁹.

Для защиты наёмного работника как самой уязвимой стороны в договоре принимаются принудительные законы, которые стороны не могут нарушить. С этой целью законы устанавливают «минимальные стандарты».

Эти действия законов четко отражают основную идею принципа субсидиарности: стороны договора не могут регулировать интересы, которые являются скорее коллективными и общими, нежели частными. Принцип субсидиарности предписывает в случае необходимости применение документа (договора) более высокого уровня для защиты сторон договора.

Законы содержат положения, имеющие обязательный характер. Они защищают «об-

щий интерес» таким, каким его определяет Основной закон (GG) в отношении к принципу солидарной ответственности правового государства (ст. 20 абз. 1 и 28 абз. 1 Основного закона GG).

Таким образом, в иерархии правовых норм, в сравнении с другими отраслями права Германии, в трудовом праве закон играет более важную роль: нормы обязательного характера ограничивают свободу действий социальных партнеров (работодателей и наемных работников)¹⁰.

Кроме того, область применения трудового договора ограничена регламентными документами, принятыми на высших уровнях (отрасль, промышленное объединение, производственное предприятие), тарифным договором (*Tarifvertrag*) и производственным соглашением (*Betriebsvereinbarung*), которые доминируют среди нормативно-правовых актов трудового права¹¹.

Тарифный договор (*Tarifvertrag*) применяется непосредственно и в обязательном порядке для регулирования всех трудовых отношений, в соответствии с § 4 абз. 1 «Закона о тарифных договорах» (*Tarifvertragsgesetz — TVG*). Тарифная автономия (*Tarifautonomie*) предоставлена профсоюзам и союзам работодателей, в соответствии со ст. 9 (абз. 3) Основного закона (GG), регулирующей «экономические условия и условия труда» независимо и без вмешательства государства¹². Профсоюзы и союзы работодателей обладают свободой действий в решении вопросов, связанных с заработной платой и рабочим временем. Судебная практика признала принцип субсидиарности и подтвердила его соответствие ст. 9 (абз. 3) Основного закона (GG) как «фундаментального конституционно-правового решения».

Законодательство регламентирует не только систему условий труда, но и материальное стимулирование (ст. 74 абз. 1–12 Основного закона GG). Нормативное регулирование не должно нарушать принципа субсидиарности. Если социальные партнеры выбирают применение диспозитивных норм, то они могут отступить от норм трудового законодательства. В этом случае последние (императивные) действуют как субсидиарные нормы. Союзы не могут осуществлять действия, если они не направлены на общие интересы своих членов. Так, если бы союз действовал в ущерб своих членов, то это бы рассматривалось как нарушение принципа субсидиарности¹³. Тарифный (*Tarifvertrag*) договор пре-

¹⁰ См.: Klumpp S. Das Subsidiaritätsprinzip im Arbeitsrecht. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. S. 11.

¹¹ См.: Brox H., Rütters B., Henssler M. Op. cit. § 129.

¹² См.: Scholz R. R. 9, § 160 // Maunz T., Dürig G. Grundgesetz-Kommentar. München: Beck, 2011.

¹³ См.: Klumpp S. Op. cit. S. 21.

⁸ См.: Brox H., Rütters B., Henssler M. Op. cit. § 119.

⁹ См.: Ibid. S. 125.

валирует над соглашениями, регулирующими частноправовые отношения. По своему содержанию он является обязательным при заключении трудовых договоров между работодателем, обязующимся исполнять договор, и наемным работником.

Правовые нормы, содержащиеся в производственном соглашении (*Betriebsvereinbarung*), применяются в обязательном порядке, как и законы, согласно § 77 абз. 4 «Закона о правовом режиме предприятий» (*Betriebsverfassungsgesetz — BetrVG*). Эти нормы являются обязательными лишь для наемных работников конкретного производственного предприятия, независимо от их возможного членства в профсоюзе.

2

Несоблюдение принципа субсидиарности при применении трудового договора вынуждает некоторых законодателей говорить о трудовом праве как о «контрмодели» по отношению к принципу субсидиарности¹⁴. Теория о доминирующем положении регламентных документов в рамках нормативно-правовых актов в трудовом праве Германии основывается на утверждении о недостаточной защите наемного работника от дискреционных действий работодателя¹⁵. Этому можно найти объяснение, если вспомнить существовавшие трудовые отношения и условия труда в XIX и в начале XX вв., а также развитие трудового права после окончания Второй мировой войны. Соблюдение принципа иерархии правовых норм не может полностью регламентировать трудовые отношения, соответственно, они не регулируются полностью законом, тарифным договором и другими подзаконными нормативными правовыми актами.

Закон также предусматривает создание принципа наибольшего благоприятствования для защиты наемного работника. Положения индивидуального трудового договора превалируют, если они более благоприятны для наемного работника по сравнению с положениями тарифного договора. Принцип наибольшего благоприятствования (*Günstigkeitsprinzip*) закреплён в § 4 (абз. 3) «Закона о тарифных договорах» (*TVG*). Как в случае с тарифным договором (*Tarifvertrag*), положения индивидуального трудового договора превалируют над положениями производственного соглашения (*Betriebsvereinbarung*), если они более благоприятны для наемного работника. Доктриной определено, что условия индивидуального трудового договора применяются в том случае, если соглашение, отступающее от нормы более высокого уровня, создает

режим наибольшего благоприятствования для наемного работника в сравнении с уже существующими нормами более высокого уровня. Согласно ст. 9 (абз. 3) Основного закона (GG), стороны тарифного договора (*Tarifvertrag — TV*) вправе заранее оговорить условия труда и величину заработной платы. Они могут включить в договор клаузулу (*Öffnungsklausel*), позволяющую сторонам производственного соглашения (*Betriebsvereinbarung*) отступить от тарифного договора.

Это положение может отрицательно сказаться в период экономического кризиса. Те преимущества, которые предоставляются принудительными законами и тарифным договором (*Tarifvertrag*), могут обернуться против наемного работника, вследствие этого предприятия заключают пакты по сохранению рабочих мест на предприятии (*betriebliche Bündnisse für Arbeit*). Так, снижая заработную плату, работодатель обязуется не увольнять наемных работников в случае возникновения экономических трудностей на предприятии. Отмечая слабые стороны тарифного договора (*Tarifvertrag*), можно указать на недостаточный учет реальных нужд наемных работников и интересов дирекции промышленного объединения/производственного предприятия.

Некоторые законодатели выдвигают гипотезу, согласно которой норма наибольшего благоприятствования могла бы стать принципом субсидиарности в трудовом праве Германии. Однако в силу ограниченной области ее применения возникают проблемы ее закрепления в законодательстве¹⁶. Не только другие источники трудового права в значительной степени определяют применение нормы наибольшего благоприятствования, но и судебная практика влияет на сферу договорного регулирования. Оценка того, что является благоприятным, зависит не от субъективных критериев, но от объективного обязательного анализа, осуществляемого судебной практикой по этому вопросу.

1° Пакты по сохранению рабочих мест, заключаемые на уровне производственного предприятия, противоречат принципу тарифной автономии (*Tarifautonomie*), соответственно и предписаниям тарифных договоров (*Tarifvertrag*). В отношении принципа субсидиарности производственное (коллективное) соглашение (*Betriebsvereinbarung*), в сравнении с тарифным договором (*Tarifvertrag*), полнее выражает интересы наемного работника. Однако на уровне отрасли или промышленного объединения производственное (коллективное) соглашение (*Betriebsvereinbarung*) так-

¹⁴ См.: Zöllner W. Subsidiarität zwischen den Gestaltungsfaktoren der Arbeitsbedingungen // Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1997. S. 227, 236.

¹⁵ См.: Klumpp S. Op. cit. S. 13.

¹⁶ См.: Küchenhoff G. Das Prinzip der staatlichen Subsidiarität im Arbeitsrecht // Arbeitsrecht. RdA. 1959. S. 201, 203.

же во многом зависит от тарифной автономии (*Tarifautonomie*) социальных партнеров. В «Закоме о правовом режиме предприятий» (*Betriebsverfassungsgesetz — BetrVG*) в § 77 (абз. 3 предл. 1) и § 87 (абз. 1, предл. 1) предусмотрено, что если величина заработной платы и другие положения об условиях труда уже регламентированы тарифным договором (*Tarifvertrag*), то они не могут быть предметом регулирования производственного (коллективного) соглашения (*Betriebsvereinbarung*). Поскольку тарифный договор превалирует над производственным (коллективным) соглашением, то возможно сохранить главенство профсоюзов над советом трудового коллектива (*Betriebsrat*), состоящим из депутатов, избранных работниками, и участвующем в разработке производственного (коллективного) соглашения, а также избежать случаев ущемления свободы союзов и тарифной автономии. В отличие от тарифного договора, который предполагает вступление наемного работника и работодателя в договор, соблюдение положений производственного (коллективного) соглашения гарантировано действием закона о правовом режиме предприятий (§ 5 BetrVG), так как его характер, функция и форма определяются «Законом о правовом режиме предприятий» (BetrVG). Положения заключенного производственного (коллективного) соглашения (*Betriebsvereinbarung*) основываются не на свободном волеизъявлении сторон, а являются обязательными для исполнения наемным работником. Таким образом, производственное (коллективное) соглашение, по сути, более похоже на индивидуальный трудовой договор, нежели производственное соглашение, предполагающее добровольное вступление сторон¹⁷.

2° Стороны индивидуального трудового договора не могут нарушить положения производственного (коллективного) соглашения, имеющего обязательную силу¹⁸. В индивидуальном трудовом договоре условия благоприятные или неблагоприятные для наемного работника определяет судебная практика¹⁹. Так, если предприятие испытывает экономические трудности, то оно не может снизить заработную плату, не получив согласия социальных партнеров. Суды первой инстанции по трудовым спорам Германии (*Arbeitsgerichte*) рассматривают подобные

клаузулы в договоре, как «неблагоприятные для наемных работников»²⁰. Учитывая, что эти нормы являются императивными, применение правовых актов, их нарушающих, было бы исключено, если бы положения ст. 134 Гражданского кодекса Германии (*Bürgerliche Gesetzbuch — BGB*) были бы соблюдены²¹.

Таким же образом, если бы клаузула в индивидуальном трудовом договоре противоречила бы условиям тарифного договора (*Tarifvertrag*), то последние имели бы большую силу, чем первые. Это зависит от того, как толковать положения производственного (коллективного) соглашения и индивидуального трудового договора²².

Если тарифный договор нарушает нормы обязательного характера, то он не имеет силы. На уровне отрасли или промышленного объединения социальные партнеры обязаны соблюдать конституционные принципы, которые ограничивают сферу их полномочий по отношению друг к другу. Так, они не могут нарушить принцип недопущения дискриминации, согласно ст. 3 Основного закона (GG). В противном случае любая норма не имеет силы.

Соотношение законодательства с положениями тарифного договора определяется силой действия вышестоящих законов. Однако в действительности это соотношение достаточно зыбко, так как существуют три категории законов. Толкование законодателем закона определяет его характер. Законодатель стремится установить более жесткие нормы в регулировании вопросов, касающихся защиты наемного работника.

Существуют три категории законов:

- Законы, являющиеся принудительными для обеих сторон. Стороны не имеют никакого права отступить от них, они носят исключительный характер (например, для расторжения договора в одностороннем порядке при совершении серьезного дисциплинарного проступка, § 626 Гражданского кодекса Германии (BGB)).
- Законы, являющиеся принудительными лишь для одной стороны. Отступление от них возможно, только если оно осуществляется в интересах наемного работника²³. В этом случае закон устанавливает минимальные меры защиты, сфера применения которых

¹⁷ См.: Klumpp S. Op. cit. S. 17.

¹⁸ Практика, относящаяся к области трудового права № 43 (*Arbeitsrechtliche Praxis* Nr. 43). Ссылка на решение Федерального трудового суда Германии (Bundesarbeitsgericht: BAG) согласно § 77 Закона о правовом режиме предприятий от 21.09.1989 г.

¹⁹ См.: Löwisch M., Rieble V. *Tarifvertragsgesetz*. München: Verl. Franz Vahlen, 2004. § 253 и далее.

²⁰ См.: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. 1999. S. 887. Ссылка на решение Федерального трудового суда Германии (Bundesarbeitsgericht: BAG) от 20.04.1999 г.

²¹ Ibid. S. 657, 658.

²² См.: Hamacher A. *Einführung // Münchener Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht*. München: Beck, 2012. § 67. 10.

²³ Практика, относящаяся к области трудового права №1. Ссылка на решение Федерального трудового суда Германии (Bundesarbeitsgericht: BAG) согласно § 1 «Закона о содействии по трудоустройству» (*Beschäftigungs förderungsgesetz: BeschFG*) от 25.09.1987 г.

может быть расширена социальными партнерами. В то же время законом запрещено предоставлять права работодателю для регулирования условий труда в одностороннем порядке, что противоречит защите прав наемного работника.

- Законы, не являющиеся принудительными ни для одной стороны. Здесь следует различать обычные диспозитивные законы и законы, которые становятся диспозитивными при общем согласии сторон.

3.

Если в тарифных договорах не регламентировано то, что гарантировано наемным работникам индивидуальным трудовым договором, например сохранение рабочего места в случае экономического кризиса на предприятии, то, очевидно, что волеизъявление сторон вовсе не учитывается. Из этого можно заключить, что клаузулы, допускающие заключение дополнительного коллективного договора, включенные в § 4 (абз. 3) «Закона о тарифных договорах» (TVG), не могут выступать в качестве «противовеса», так как они всегда зависят от волеизъявления сторон, подписавших договор. Конечно, в той мере, в какой тарифный договор (*Tarifvertrag*) рассматривается как договор добровольный и частнопредовой, заключенный между работодателями и наемными работниками и предоставляющий сторонам возможность отступить от норм «Закона о тарифных договорах» (TVG), можно считать, что в компетенции сторон отражается применение принципа субсидиарности. Применение клаузулы, допускающей заключение дополнительного коллективного договора, ограничено определенными сферами действия тарифного договора (*Tarifvertrag*), которые специально закреплены клаузулой договора (*Öffnungsklausel*). Поскольку стороны в индивидуальном трудовом договоре не являются независимыми, едва ли можно утверждать, что принцип наибольшего благоприятствования выражает принцип субсидиарности.

«Сохранение системы тарифных договоров превалирует над защитой обоснованных интересов работника. Значительное увеличение числа тарифных договоров, гарантирующих самостоятельную деятельность сторон в трудовом договоре, ставит под вопрос применение принципа субсидиарности»²⁴.

Очевидно, юридически свобода профсоюзов, когда они участвуют в принятии и обсуждении тарифных договоров, не может быть обеспечена при заключении производственного соглашения, фактически это не всегда соблюда-

ется. Стороны, заключающие производственное соглашение (*Betriebsvereinbarung*), нарушают § 77 (абз. 3) «Закона о правовом режиме предприятий» (BetrVG). Они мотивируют это тем, что нужды предприятия не учитываются в полной мере в тарифном договоре (*Tarifvertrag*). Законная сила, которую наниматель и работники придают договору, более не имеет места. Некоторые законодатели высказывают мнение, что запрет, содержащийся в § 77 (абз. 3) «Закона о правовом режиме предприятий» (BetrVG), должен быть отменен с тем, чтобы решения принимались на уровне предприятий и соблюдался бы принцип субсидиарности²⁵.

Другие законодатели придерживаются противоположного мнения, считая, что применение тарифного договора (*Tarifvertrag*) на уровне предприятия является доказательством «функционирования» принципа субсидиарности. Действительно, насколько наниматель и работники своим вступлением в тарифный договор (*Tarifvertrag*) признают его законную силу, настолько соблюдается принцип субсидиарности, так как применение нормы, имеющей большую юридическую силу, оговаривается сторонами договора.

Есть законодатели, которые полагают, что производственное соглашение (*Betriebsvereinbarung*), обязательное применение которого установлено законом, доминирует над тарифным договором (*Tarifvertrag*), который заключается по свободному волеизъявлению сторон. Вследствие этого можно заключить, что индивидуальный трудовой договор превалировал бы над производственным соглашением (*Betriebsvereinbarung*), что обеспечивало бы применение принципа субсидиарности.

4.

Основа принципа субсидиарности закреплена высшими национальными (Основной закон Германии (GG)) и европейскими нормами (Маастрихтский договор, Договор о функционировании Европейского союза). Применение принципа субсидиарности обосновано существованием иерархии норм. Соответственно, возникает необходимость в мирном сосуществовании двух концепций.

Однако следует отметить, что трудовое право Германии вовсе не склонно предоставлять низшим уровням иерархической структуры компетенцию действовать самостоятельно. С тем чтобы защитить работника от дискреционных мер нанимателя, закон и тарифный договор предусматривают право вмешательства. Принцип наибольшего благоприятствования, соглас-

²⁴ Heyne A.-L. Op. cit. P. 7.

²⁵ См.: Halblitzel H. Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie im Lichte des Subsidiaritätsprinzips // Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. 2001. S. 471.

но ст. 4 (абз. 3) «Закона о тарифных договорах» (TVG), трактуется в пользу доминирующего положения тарифного договора. Таким образом, соблюдается логическая последовательность всей системы.

Следует отметить, что существуют возможности для сторон производственного соглашения (*Betriebsvereinbarung*) сохранить некоторую свободу при заключении соглашения:

- поскольку тарифный договор (*Tarifvertrag*) не регулирует положения об обязательном совместном участии (работников и нанимателя) в принятии решений и управлении предприятием (*zwingende Mitbestimmung*), согласно § 87 «Закона о правовом режиме предприятий» (*BetrVG*)²⁶, стороны не ограничены в свободе волеизъявления при заключении договора;
- в случае невступления нанимателя в союз работодателей, который принимает тарифный договор (*Tarifvertrag*), договор не действует на предприятии;
- кроме того, закон прямо предусматривает (согласно § 87 «Закона о правовом режиме предприятий» *BetrVG*) заключение производственных соглашений (*Betriebsvereinbarung*) на основе добровольности.

Сторонники широкого применения принципа субсидиарности в трудовом праве подчеркивают противоположный эффект действия иерархической системы правовых норм. С одной стороны, они ссылаются на невозможность для законодателя заранее регламентировать организацию труда в конкретных условиях, с другой стороны, на возможность

для судьи исправить недостатки законов, соглашений и договоров.

Трудовое право постепенно приспосабливается к разнообразным переменам, происходящим в сфере трудовых отношений (влияние новых технологий на организацию труда, сегментация рынка труда, использование временного замещения, а также привлечение независимых работников²⁷). Не стремясь сохранить классическую форму защиты работника, которая, в сущности, неблагоприятна для последнего, трудовое право решительно признало широкую область применения принципа субсидиарности, предоставляя «коллективу» работников на рабочем месте больше свободы для маневрирования в ежедневном управлении предприятием. Так, на предприятиях, на которых занято более 100 работников, совет трудового коллектива (*Betriebsrat*) может передать, согласно § 28a, 87 (абз.1 № 13) «Закона о правовом режиме предприятий» (*BetrVG*), «некоторые свои полномочия» независимым «рабочим группам» (*Arbeitsgruppen*). Эти группы правомочны заключать «соглашения» (*Vereinbarungen*) с дирекцией предприятия (в соответствии с применением § 77). Профсоюзы, созданные для защиты «интересов работников», более не рассматриваются как единственные представители этих «интересов». В 1980 и 1990 гг. профсоюзы приняли — *nolens volens* — предложения со стороны предприятий и законодателя по участию в управлении (*management participatif*). Задача заключается в вовлечении работников и их непосредственном участии (рабочие группы, работа в группе и т.п.) в процессе принятия решений на предприятии²⁸.

²⁶ В рамках сотрудничества «в духе взаимного доверия» права совместного управления предприятием принадлежат производственному совету, в частности «по социальным делам» (*soziale Angelegenheiten*). Также к этим вопросам относятся: определение внутреннего распорядка предприятия, установление ежедневного графика работы и общих принципов контроля отпусков и их планирование, установка и использование оборудования для контроля над работниками, фиксирования заработной платы на предприятии и введение сменного режима работы (ст. 87 абз.1 «Закон о правовом режиме предприятий» *BetrVG*). Вопросы, рассматриваемые совместно работодателем и работниками (советом трудового коллектива), лишают работодателя его исключительного права на принятие решения в качестве директора предприятия. По общему правилу, по личным и экономическим делам (*persönliche und wirtschaftliche Angelegenheiten*) представители работников имеют лишь право на участие в процессе принятия решений: право на получение информации, право на проведение консультаций с работодателем, право обратиться к работодателю со своими предложениями и право на правовую защиту. По этим вопросам дирекция предприятия чаще всего имеет очевидное преимущество первой получать информацию и решать вопросы организационного порядка: она планирует принятие решений — если они уже не были приняты на вышестоящем уровне, на уровне предприятия или объединения нескольких предприятий — и она их принимает. Практика показывает, что очень часто представители работников узнают о новых мерах уже в момент их применения или немного ранее.

²⁷ См.: Klumpp S. Op. cit. S. 23.

²⁸ См.: Jansen P., Seul O. L'Europe élargie : la participation des salariés aux décisions dans l'entreprise. Traditions à l'Ouest, innovations à l'Est ? Francfort/M.; New York; Oxford; Vienne; Berne: Ed. Peter Lang, 2009.

Библиография:

1. Brox H., Rühlers B., Henssler M. Arbeitsrecht. Studienbücher Rechtswissenschaft. — Stuttgart. Däubler, 2011. — 416 S.
2. Jansen P., Seul O. L'Europe élargie : la participation des salariés aux décisions dans l'entreprise. Traditions à l'Ouest, innovations à l'Est ? — Francfort/M.; New York; Oxford; Vienne; Berne: Ed. Peter Lang, 2009. — 430 p.
3. Hamacher A. Einführung // Münchener Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht. — München: Beck, 2012. — § 67. 1–8. — S. 2239-2243.
4. Halblitzel H. Das Verhältnis von Tarif- und Betriebsautonomie im Lichte des Subsidiaritätsprinzips // Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. — 2001. — S. 467–472.
5. Klumpp S. Das Subsidiaritätsprinzip im Arbeitsrecht. — Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. — 36 s.
6. Lecheler H. Das Subsidiaritätsprinzip — Strukturprinzip einer europäischen Union. — Berlin: Duncker & Humblot, 1993. — 158 s.
7. Löwisch M., Rieble V. Tarifvertragsgesetz. — München: Verl. Franz Vahlen, 2004. — 1157 s.
8. Millon-Delsol C. Le Principe de subsidiarité. — Paris: PUF, 1993. — 342 p.
9. Seul O. La participation directe des salariés aux décisions dans l'entreprise en France et en Allemagne: théories, droits et pratiques 1970–2000. — Sarrebruck: Editions universitaires européennes, 2011. — 122 p.
10. Zöllner W. Subsidiarität zwischen den Gestaltungsfaktoren der Arbeitsbedingungen // Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit. — Tübingen: J.C.B. Mohr, 1997. — S. 227–238.

*Перевод с французского С.А. Толстиковой,
доцента кафедры иностранных языков Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

SUBSIDIARITY PRINCIPLE IN THE LABOR LAW OF GERMANY. HIERARCHY OF NORMS AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

Seul, Otmar — Dr. rer. pol., Honorary Doctor of Law, Professor Emeritus of the University Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, France.

200, av. de la République, Paris-Quest-Nanterre-La Défense, France, 92001.

Heyne, Anna-Lisa — University Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, France.

200, av. de la République, Paris-Quest-Nanterre-La Défense, France, 92001.

Review. *In this article the authors view the subsidiarity principle and the hierarchy of norms in the labor law of Germany from the historical-social and normative-institutional standpoints. The article points out the provisions for the subsidiarity principle in the Fundamental Law of Germany and the European legislation, defining the value of this principle within the normative construction of the labor law of the Federal Republic of Germany. In this respect special attention is paid on one hand to the conflict among the flexibilization and tariff autonomy, and on the other hand with the need to comply with the evaluation principles established by the Constitution, showing the need to apply modern legal instruments for the protection of workers.*

Keywords: *Germany, subsidiarity principle, hierarchy of norms, labor law, tariff contract, individual labor contract, industrial (collective) agreement, tariff autonomy, legal regime of the enterprises, principle of*

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

ЭККАРТ КЛЯЙН (Eckart Klein)*

СТРАТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Аннотация. В истории права постоянно наблюдается уплотнение нормативно-правовой базы, что проявляется не только в увеличении количества норм, но и в укреплении их ценностного выражения. В международном праве впервые подобное уплотнение было отмечено в момент создания Лиги Наций в 1919 г., но динамика процесса проявилась только после Второй мировой войны в момент создания Организации Объединенных Наций. Об этом свидетельствуют возросшее с того момента число двусторонних и многосторонних договоров, а также нормативная деятельность многих международных организаций, как и ориентация ООН на сохранение мира и защиту прав человека в противоположность классической нейтральной форме международного права, поддерживающей (исключительно) суверенитет. Абзацы 1 и 2 Устава ООН подтверждают, что полная замена старого права не была основной целью. В связи с этим возникает противостояние двух массивов норм, двух страт норм, основанных на различных базовых принципах. Определение их соотношения является предметом настоящей работы. В работе обсуждаются проблемы возможной иерархии норм, которая, несмотря на признанную на сегодняшний день категорию норм *jus cogens* (императивного права), предлагает лишь ограниченное решение. То же самое касается классических коллизионных положений *lex specialis* (специальных законов) и *lex posterior* (более поздних законов). Конфликты норм могут обнаруживаться на одних и тех же стратах международного права. Так сталкиваются ценности сохранения мира и защиты прав человека (гуманитарная интервенция). Даже в пределах сферы прав человека право на жизнь группы лиц или право на жизнь отдельных лиц, а также право на самоопределение народов могут сталкиваться. И в этих случаях решения на основе иерархии прав человека принимаются крайне редко. В большинстве случаев адекватным решением является взвешивание интересов в каждом отдельно взятом случае.

Ключевые слова: международное право, уплотнение нормативно-правовой массы, права человека, миротворчество, *jus cogens*, страты международного права, иерархия норм, коллизионные правила международного права, гуманитарная интервенция, ООН.

I. Проблематика

Феномен уплотнения нормативной базы не является чем-то необычным в истории права. Так, примерно в начале XVIII в. внезапно увеличилось количество конкретных правовых норм, применяемых как на национальном, так и на международном уровнях. Все чаще нормы выводились или из практики их применения в отдельных государствах, или «*more geometrico*», то есть из принципов естественного права¹. Пре-

цедентное применение позволило в дальнейшем очертить контуры этих норм.

Уплотнение нормативной базы на уровне международного права, как уже было отмечено, происходило по мере того, как на основе осмысления норм естественного права постепенно развилась целая система международного права². Непрерывное увеличение возможностей все быстрее преодолевать большие расстояния укрепляло экономические и торго-

¹ Об этом подробнее см.: Stolleis M. Staat und Staatsäson in der frühen Neuzeit. Frankfurt/M, 1990, S. 155 и далее.

² В связи с этим см.: Pufendorf S. De iure naturae et gentium (1672); Pufendorf S. De officio hominis et civis iuxta legem naturalem (1673).

© Klein E., 2015

* Кляйн Эккарт (Klein Eckart) — Dr. iur. habil., emeritus профессор юридического факультета Потсдамского университета, директор Центра по правам человека Потсдамского университета (в отставке).

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str., 89.

вые связи между государствами, для которых необходимо было правовое регулирование. Технический прогресс в секторе коммуникаций привел к основанию международных управляющих союзов, предшественников современных международных организаций, которым нужен был нормативный фундамент и которые создавали собственное право, чтобы выполнять переданные им функции. С момента основания Лиги Наций это развитие получило значительный импульс. Сегодня невозможно представить себе право без различным образом обязывающей правотворческой деятельности международных организаций, во главе которых — на универсальном уровне³ — ООН⁴. Прогрессивная Кодификация в сфере международного права, проводимая International Law Commission (ILC, Комиссией по международному праву), вспомогательным органом Генеральной Ассамблеи, и соответствующая ее функции, увеличивает применимость норм, существование или по меньшей мере содержание которых ранее часто оставались спорными⁵. В остальном происходит определенное смягчение процесса принятия норм международного права из-за стремления к самостоятельности от устоявшихся источников международного права, во всяком случае, от обычного права⁶. Увеличение количества норм международного права и их конкретных формулировок, обеспечивающих правовой порядок, однако, зависит прежде всего от прироста договоров международного права, которые заключают между собой государства (или заключают их с другими субъектами международного права). Согласно подсчету, проведенному несколько лет тому назад, Федеративная Республика Германия в конце 2006 г. выступала одной из сторон в 2.536 двухсторонних договорах (со 184 государствами) и в 752 многосторонних договорах. Согласно «Yearbook of International Organizations», в 2008–2009 гг. Федеративная Республика Германия принимала участие в 86 международных организациях на основе международного права. Эти числа, которые к настоящему моменту, скорее всего, возросли, позволяют судить о плотности сети, связывающей государства и определяющей их политику наряду с прочими нормами. Кроме того, глобализация и технический прогресс

способствовали возникновению целых нормативных сфер, таких как космическое право, международное экологическое право и экономическое право со всеми их разнообразными гранями. Тем не менее ведутся дискуссии о том, возможна ли интеграция этих новых отраслей права в общее международное право или имеет место фрагментация⁷.

Еще более важным для понимания международного права, чем увеличение количества норм как таковое, является то, что основание Объединенных Наций в 1945 г. послужило началом и совершенно иного этапа развития⁸. Устав ООН в этом отношении сыграл революционную роль, так как в нем, наряду с признанием суверенного равноправия государств, были провозглашены такие цели, как обеспечение мира во всем мире и защита прав человека. До этих пор нейтральное, полностью определяемое принципом суверенитета международное право в том виде, в каком оно сформировалось после 1648 г. (Вестфальский мир), было подтверждено в 1815 г. (Венский конгресс) и сохранялось по крайней мере до конца Первой, и даже Второй мировой войны⁹, было наделено ценностями. Ценности имеют тенденцию к расширению и углублению. Развитие прав человека демонстрирует это наиболее очевидно. В связи с этим мы сошлемся, с одной стороны, на значительный прирост конвенций по правам человека на универсальном и региональном уровне с размножением и уточнением соответствующих гарантий, а с другой стороны, также и на расширение круга правомочных и ответственных лиц в отношении этих гарантий. Первые декларации прав человека как чего-то само собой разумеющегося исходили из того, что женщины и рабы не являются собственными субъектами права¹⁰. Также расширился и круг ответственных лиц. Сегодня ведутся дискуссии о том, могут ли выступать гарантами прав

⁷ См.: Pauwelyn J. Fragmentation of International Law // Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL) / Wolfrum (ed.). OUP Online.

⁸ См. со связанным с этим феноменом наложения различных более старых и более новых разработок «Синхронность несинхронного»: Koselleck R. Zeitschichten. Studien zur Historik. Frankfurt/M.: Suhrkamp Taschen-buch Verl., 2000. S. 165.

⁹ См.: Grewe W.G. Epochen der Völkerrechtsgeschichte. Baden-Baden, 1984. S. 749 и далее. Уже само классическое международное право со своей стороны совершило переход от справедливой войны к jus ad bellum (праву войны) как составляющее государственного суверенитета; об этом: Schmitt C. Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum. Berlin: Duncker & Humblot, 1950. S. 125; Steiger H. Die Träger des jus belli ac pacis 1648–1806 // Staat und Krieg. Vom Mittelalter bis zur Moderne. Göttingen, 2000. S. 115, 133.

¹⁰ Хотя Билль о правах штата Виржиния (Bill of Rights of Virginia) (1776 г.) и Французская декларация прав человека и гражданина (1789 г.) смело говорят обо «всех людях», о «каждом человеке», «ни об одном человеке» или о «каждом», упоминаемое в тексте исключение не воспринималось как противоречие.

³ На региональном европейском уровне, если подумать о Европейском сообществе и ЕС, уровень создания норм особенно высок.

⁴ См.: Klein E. Die Vereinten Nationen und die Entwicklung des Völkerrechts // Grundlagen und Strukturen der Vereinten Nationen / H. Volger (Hrsg.). München, 2007. S. 21 и далее.

⁵ Ср.: Ст. 13 (абз. 1 lit. a) SVN (Устав ООН); относительно регламента Комиссии по международному праву (ILC) см.: UN Doc. A/CN.4/4/Rev. 2.

⁶ См. в связи с этим многочисленные отзывы: Developments of International Law in Treaty Making / R. Wolfrum, V. Röben (eds) Berlin; Heidelberg; NY: Springer, 2005.

человека, наряду с государствами и международными организациями, также и транснациональные корпорации¹¹. Помимо этого имеет место расширение (или попытка расширения) содержательного объема гарантии. Страны обязаны не только соблюдать эти гарантии, но и в возрастающей степени исполнять позитивные обязательства по их защите¹². Это развитие с прокламацией концепции общей ответственности по защите (Responsibility to Protect, R2P) достигло своего пика к настоящему моменту¹³. Кроме того, требование сохранения мира и запрет применения насилия более не адресуются только лишь государствам. Соответствующие резолюции Совета Безопасности все чаще направлены и на non-state actors (негосударственные структуры)¹⁴. Этими лаконичными заметками я не преследовал цель дать положительную или отрицательную оценку данным тенденциям развития, а лишь хотел указать на динамику, которая — можно сказать, почти неизбежно — связана с анализом международного права.

Существенное следствие этого процесса заключается в том, что возникают новые нормы (или утверждается их возникновение), которые по существу пронизаны ценностями и отражают их; однако, с другой стороны, имеются нормы и нормативные сферы, которые (еще) полностью подвластны классическому международному праву, то есть определяются суверенитетом. Вследствие этого из абсолютно разных концепций возникли упомянутые страты норм международного права, взаимосвязь между которыми априори не очевидна, но требует разъяснения¹⁵. Уже упомянутое простое сопоставление суверенного равноправия государств с нормами сохранения мира и соблюдения прав человека, прописанное в Уставе ООН (ст. 1 и 2), все же не решает проблемы¹⁶.

Определенно известно: проблема не является абсолютно новой. Вторжение нового в уже имеющееся происходило беспрестанно и накладывало свой отпечаток на ему предше-

ствующее. Рудиментарные нормы *jus in bello*, развитие которых было связано с признанием суверенитета и равноправия другого государства¹⁷, благодаря появлению и постепенному упрочнению гуманитарных представлений, начиная с Анри Дюнанна, пережили значительную эволюцию¹⁸. Причиной этого значительного преобразования послужило то, что в новом были усмотрены интересы самих государств. Все же и эта сфера права не лишена внутренних надломов. Достаточно указать на так называемую проблематику сопровождающего или побочного ущерба. основополагающие на сегодняшний день нормы предусматривают компромисс между военной необходимостью и защитой гражданского населения. В соответствии с этим запрещено посягательство, «при котором следует ожидать потерь среди гражданского населения, ранения гражданских лиц, повреждений гражданских объектов или сразу нескольких следствий такого рода, которые не соизмеримы с ожидаемым конкретным и непосредственным военным преимуществом»¹⁹. Необходимое, связанное с принципом соразмерности взвешивание коллидирующих интересов не должно быть предрешено в пользу того или иного принципа (суверенная военная стратегия или гуманитарные соображения), но должно зависеть от конкретного случая²⁰. Является ли данный прагматический подход универсальным направлением в разрешении противоречия между обеспечивающими суверенитет нормами международного права и нормами международного права, определяемыми вышеупомянутыми ценностями, нужно еще проверить. При этом последующее изложение может иметь абсолютно временную природу.

II. Варианты решения

1. Иерархия норм

Принятие иерархии норм в международном праве — зарекомендовавший себя, с теоретической точки зрения, способ разрешения коллизий норм. Сейчас тем не менее признается, что источники международного права не находятся в иерархических отношениях друг к другу, а занимают принципиально равнозначное положение

¹¹ См.: Fastenrath. U. Die Verantwortlichkeiten transnationaler Unternehmen und anderer Wirtschaftsunternehmen im Hinblick auf die Menschenrechte // «Wir die Völker». Strukturwandel in der Weltorganisation. 2006. S. 69 и далее.

¹² Об этом см.: The Duty to Protect and to Ensure Human Rights / E. Klein (Hrsg.). Berlin, 2000; Jaeckel L. Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. 2001.

¹³ Кроме того см.: Verlage C. Responsibility to Protect. Münster, 2009.

¹⁴ См., напр., только резолюции Совета Безопасности № 1333 (2000 г.), 1368 (2001 г.) и 1377 (2001 г.)

¹⁵ Klein E. Op. cit. S. 35 и далее.

¹⁶ В этом направлении, однако, указывает предложение: Badescu C. Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. Security and Human Rights. Routledge, 2011, S. 19 и далее, согласно которому возможно решение конфликта в том случае, если суверенитет не будет противопоставляться правам человека, но будет рассматриваться наряду с ними. Хотя это утверждение и верно, оно не разрешает само по себе конкретные коллизии.

¹⁷ Schmitt C. Op. cit. S. 125.

¹⁸ См.: Dunant H. Un souvenir de Solférino. Hachette, 1862.

¹⁹ Ст. 51 (абз. 5 б) Дополнительный протокол I к Женевским конвенциям; об этом, напр., см.: Bothe M. Friedenssicherung und Kriegsrecht // Völkerrecht. 5. Aufl. 2010. S. 631–701.

²⁰ См.: Dinstein Y. The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict. 2. Aufl. 2010. S. 297. Автор считает, что стремление к гуманизации должно «march in lockstep with the compelling demands of reality» («идти в ногу с настоятельными потребностями реальности»). По данной проблематике см. новейшую работу: International humanitarian Law and International Human Rights Law / Ben-Naftali (ed.). 2011.

ние²¹. Это не представляет собой принципиальной проблемы. Так как международно-правовые обычаи, как правило, носят диспозитивный характер, страны могут по общему согласию от них отклоняться. Они могут также могут по обоюдному согласию договориться о приоритете определенных договоров²². Следовательно, генеральной иерархии норм в международном праве не требуется.

Попытки такого рода, однако, примечательны лишь ввиду того, что концепция *jus cogens* (императивной нормы) добилась признания в международном праве (*peremptory norms of public international law*), даже несмотря на то, что по-прежнему не вполне ясно, какие нормы по существу имеют подобную правовую природу; между тем центральные понятия могут быть вполне определены²³. Императивные нормы отчасти отражают сегодняшнюю ценностную ориентацию международного права. В связи с этим следует напомнить о запрете применения насилия, запрете геноцида и о праве народов на самоопределение, которые повсеместно рассматриваются сегодня как выражение императивного международного права. Эти нормы не являются полностью неприкосновенными, так как их могут изменять нормы аналогичной правовой природы. Однако они приводят к недействительности противоречащих норм договора²⁴, а также отдельных коллидирующих актов субъектов международного права²⁵. В этом отношении можно с уверенностью говорить о более высоком ранге этих норм по отношению к другим (коллидирующим) нормам международного права или правовым актам.

В остальных случаях многое остается неясным. Оказывают ли влияние наполненные ценностями императивные нормы также и на интерпретацию других норм международного права, с которыми они соприкасаются, если не в виде прямой коллизии, то в виде «противостояния», то есть противоречия их интерпретации? Для иллюстрации этой проблемы можно привести два примера. Международный суд ООН в рамках устоявшегося судопроизводства отрицает автоматическую допустимость обращения к нему с иском в случае (заявленного) нарушения императивной нормы международного права:

²¹ См.: Vitzthum G. Op. cit. // *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2010. S. 1–71.

²² Ср. напр., ст. 103 Устава ООН и ст. 30 разд. 1 Венской Конвенции о праве заключения международных договоров.

²³ См.: Frowein A. *Jus cogens* // *Encyclopedia of Public International Law*. Bd. III. 1997. S. 65–66; Schröder M. *Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktionen* // *Völkerrecht*. 5. Aufl. 2010. S. 579–590.

²⁴ Ст. 53 и 64 Венской Конвенции о праве заключения международных договоров.

²⁵ См.: Tomuschat C. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century* // *Hague Academy of International Law. Collected Courses*. 1999. Vol. 281. S. 9–82.

«Суд, со ссылкой на предыдущее упоминание этого факта, отмечает, что характер *erga omnes* нормы и принцип согласованной сторонами юрисдикции являются двумя разными вещами» (Восточный Тимор (Португалия против Австралии). Решение суда: сб. судебных решений МКЮ от 1995 г. С. 102. § 29). «Аналогичное применимо к отношению между императивными нормами общего международного права (*jus cogens*) и установлением юрисдикции Суда; тот факт, что сторона апеллирует к норме запрета геноцида, не может сам по себе являться базой для юрисдикции Суда, принимающего к рассмотрению этот спор²⁶. Согласно Закону о Суде, его юрисдикция всегда базируется на соглашении сторон». Европейский суд по правам человека в деле Аль-Адсани вынес параллельное решение, хотя и незначительным большинством голосов; мы вернемся к этому делу²⁷.

Следующий случай наводит на размышления. На вопрос Генеральной Ассамблеи ООН о том, нарушает ли угроза применения ядерного оружия или его применение (императивные) нормы международного права, Международный суд хотя и ответил утвердительно большинством голосов, однако, в случае если при осуществлении права на самооборону затронуто «фундаментальное право каждого государства на выживание», «решающим голосом президента» установил, что ответ в данном случае не может быть дан на основе действующего международного права²⁸. Это крайне спорное решение *non liquet* указывает на сложность правового разрешения коллизий норм различных нормативных страт или даже на невозможность их разрешения в настоящий момент²⁹.

Однако в соответствии с правовым мнением Комитета ООН по правам человека, органа надзора за соблюдением Международного пакта по гражданским и политическим правам, обязательства по защите прав человека могут перевешивать нормы, обеспечивающие суверенитет. Комитет, за которым, кстати говоря, последовали и другие договорные комитеты, с давних пор придерживается мнения о том, что исчез-

²⁶ ICJ Reports 2006, S. 6, Ziff. 64 (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*). Решение по рассматриваемому делу Восточного Тимора было принято международным судом большинством голосов 14:2.

²⁷ *Case of Al-Adsani v. The United Kingdom* (Дело Аль-Адсани против Соединенного Королевства) // ECtHR Reports 2001 — XI, 70.

²⁸ ICJ Reports 1996, S. 226, Ziff. 96 f. (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* — *Advisory Opinion*): «Однако, принимая во внимание текущее состояние международного права и факты, имеющиеся в его распоряжении, Суд не может прийти к определенному заключению, является ли угроза применения ядерного оружия правомерной или неправомерной в крайних обстоятельствах самообороны, при которых на кону находится существование государства».

²⁹ Критика *non liquet* см. противоположное решение судьи Higgins: *Ibid.* S. 583. Ziff. 30 и далее.

новение государства не отменяет обязанностей согласно ратифицированному им договору о правах человека, но обязанность по их исполнению передается государству-правопреемнику без провозглашения правопреемственности или ратификации³⁰. Это обосновано тем, что права человека наделяют правами индивиды, и эти однажды переданные им права не могут быть вновь отчуждены у них автоматически при смене суверенитета³¹. Акцентирование непрерывности обязательств, связанных с правами человека, вносит важный вклад в утверждение стоящих за этими обязательствами ценностей. Однако нельзя ни в коем случае быть уверенным, что это мнение разделяется повсеместно. Комитет по правам человека рассматривает, например, Казахстан как государство-правопреемник Советского Союза, который ратифицировал пакт, в качестве несущего обязательства по данному пакту, то есть обязательства представления государственного отчета, несмотря на то, что это государство изначально не провозгласило правопреемственность; Казахстан не входит в список Генерального секретаря ООН в качестве стороны Соглашения³². Также в правовой литературе³³ это мнение было отвергнуто³⁴. Какое бы суждение мы не разделяли, этот пример заново освещает проблему, возникающую в случае необходимости определения взаимоотношения норм, принадлежащих к разным стратам международного права.

2. Коллизионные нормы: Нормы *lex posterior* («последний закон отменяет предыдущий») и *lex specialis* («специальный закон отменяет общий»)

Обращение к общепризнанным коллизионным нормам *lex specialis* и *lex posterior* мало помогает в решении нашей проблемы. Конечно же, государства могут вносить изменения в существующие между ними правовые отношения, например, путем создания новых

договорных норм. В этих случаях в их отношениях силу имеет новое право (более позднее право)³⁵, если более раннее не рассматривается в качестве *lex specialis*, и поэтому не может вытесняться нормами, созданными после него. Это решение, однако, имеет силу независимо от принадлежности более поздних или более специальных норм к одной из двух правовых страт. Особая связь нормы с ценностями здесь не находит своего отражения. Таким образом, соглашения о правах человека могут изменяться сторонами соглашения, и даже — если иное не явствует из договора — может истекать срок их действия; кроме того, отдельные стороны соглашения, как правило, могут самостоятельно расторгнуть со своей стороны договор и тем самым создать новое правовое положение³⁶.

По отношению к норме более высокого ранга не действует ни положение *lex posterior*, ни *lex specialis*; последнее, однако, применимо только в случае, когда несмотря на возможность применения специальной нормы имеет место коллизия³⁷. То есть императивные нормы являются уязвимыми, когда более специальная или более поздняя норма находится на одном нормативном уровне³⁸. Как уже было упомянуто, прежде всего положения международного права, связанные с ценностями, могут быть идентифицированы как составляющие императивного международного права. В этом случае они фактически имеют преимущество при коллизии по отношению к другим нормам международного права или односторонним актам. Однако все ценностные нормы ни в коем случае не носят характер *jus cogens*. Таким образом, к этой категории нельзя отнести большинство гарантий прав человека³⁹. Но мы уже видели, что сами нормы императивного права не без труда могут вытеснить другие принципы иного ранга, происходящие из страты суверенитета международного права. В связи с этим нужно вспомнить дело Восточного Тимора и дело об угрозе применения ядерного оружия.

³⁰ Об этом также подробно см.: Posar F. Some Remarks on the Continuity of Human Rights and International Humanitarian Treaties // *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. 2011. S. 279 и далее.

³¹ Расторжение большинства договоров, но не IPBPR, однако невозможно; об этом см.: Klein E. Denunciation of Human Rights Treaties and the Principle of Reciprocity // *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*. 2011. S. 477 и далее.

³² См.: Report of the Human Rights Committee 2001/2002. Vol. I. S. 141 // UN Doc. A/57/40 (Vol. I).

³³ Multilateral treaties deposited with the Secretary-General (Многосторонние договоры, хранящиеся у Генерального секретаря), статус от 31.12.2000 г. (ST/LEG/SERE/19 vol. I. S. 173).

³⁴ См.: Developments of International Law in Treaty Making. 2005. S. 581 и далее. Но, тем не менее, обязательства могут вытекать из пакта и без того, чтобы государство являлось стороной соглашения, как это признается для КНР в отношении Гонконга и Макао; ср. об этом: Klein E. Thoughts on the Legal Status of the People's Republic of China Relating to the International Covenant on Civil and Political Rights // *Liber amicorum Günther Jaenicke*. 1998. S. 165 и далее.

³⁵ См.: ст. 30 Венской Конвенции о праве заключения международных договоров.

³⁶ Обязательства, связанные с общим международным правом, которые также могут проистекать только из соглашения (см.: ст. 38 Венской Конвенции о праве заключения международных договоров), не должны быть, однако, отменены по окончании срока действия соглашения.

³⁷ Это тот случай, когда норма более высокого ранга является всеобъемлющей и абсолютной, то есть накладывает запрет на все отступления. Запрет на применение насилия, например, не относится к такому роду, как показывает право на самооборону и ст. 42 Устава ООН.

³⁸ См. об этом ст. 53 (предл. 2) Венской Конвенции о праве заключения международных договоров: «которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, которая обладает тем же характером».

³⁹ См.: The American Law Institute, Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States. 1987. Vol. 2. S. 167.

III. Внутренние конфликты в пределах страты

Проблемой является не только возникновение нормативных конфликтов между стратами международного права, обеспечивающими суверенитет и выражающими ценности. В еще большее замешательство наблюдателя могут привести конфликты между ценностями международного права. Необходимо рассмотреть трудности на примере конфликта между ценностями сохранения мира и прав человека и самими правами человека.

1. Сохранение мира и права человека

Принципиально между этими двумя «основными ценностями» сегодняшнего международного права не существует противоречия. Напротив: права человека ясно обозначаются как «основы свободы, справедливости и мира во всем мире»⁴⁰. Они дополняют, усиливают и поддерживают друг друга. Там, где не соблюдаются права человека, сохранение мира в опасности. Там, где нет мира, где происходит военный конфликт, в большой степени под угрозой находятся права человека. Можно даже сказать, что не существует военного конфликта, который не нарушал бы права человека.

Тем не менее возможно возникновение конфликтов между сохранением мира и защитой прав человека, однако, они являются следствием предшествующего нарушения международного права. Применение военной силы для защиты прав человека собственных граждан или граждан другой страны от другого государства обязательно приводит к коллизии такого рода. Сохранение мира при гуманитарной интервенции уступает цели защиты прав человека⁴¹. На основе тесной связи мира и прав человека можно бы было, конечно, привести такой аргумент, что сохранение мира в случае грубого нарушения прав человека и без того находится под угрозой, если мир уже не нарушен, так что военное вмешательство извне само по себе (больше) не представляет угрозу сохранению мира или его нарушение. Однако в этом случае такой аргумент не является убедительным, так как он не учитывает то, что военная интервенция приводит по крайней мере к расширению и углублению противоборства, что по меньшей мере угрожает миру во всем мире или даже нарушает его, прежде чем возможный — являющийся целью интервенции — мир будет восстановлен⁴². Однако

и отказ от интервенции не разрешает дилемму, так как, согласно выражению, приписываемому Талейрану, отказ от интервенции также является интервенцией — в пользу сильной стороны. Для обсуждаемого конфликта ценностей это означает то, что защита прав человека уступает стремлению восстановить мир (с помощью военной силы).

Какие бы государства в этих случаях не принимали решение, они неизбежно принимают решение за и одновременно против защиты той или иной ценности. Это приводит к конфликту ценностей, но различающемуся в каждом конкретном случае. Общей коллизией нормы, которая могла бы разрешить конфликт в определенном направлении, следовательно, не существует. Было бы иначе, если бы принципиально отдавалось предпочтение той или иной ценности. В ход идут аргументы в пользу обеих сторон. Так, противники гуманитарной интервенции придерживаются мнения, что сохранению мира всегда должно отводиться преимущество. В соответствии с этим, например, под вопрос ставилась легитимность (односторонней) акции по освобождению Израилем собственных граждан в г. Энтеббе⁴³, а также интервенции государств НАТО в Косово⁴⁴ с целью защиты проживающего там не сербского населения. Можно привести обратный аргумент, что концепция Responsibility to Protect («R2P») не только разрешает применение военной силы при грубых нарушениях прав человека, но и практически требует этого, то есть накладывает на государства соответствующую обязанность действовать. В этом случае решение конфликта, при наличии состава правовой нормы, предопределено. Однако оба приведенных довода довольно спорны. Это касается уже вопроса о том, может ли вообще быть легитимным применение оружия на основе «Responsibility to Protect» или допустимы только мирные меры вмешательства, например, дипломатические протесты или экономические санкции⁴⁵; это и без того выражает мнение тех, кто против военного гуманитарного вмешательства (без одобрения Совета Безопасности ООН). Сомнения связаны прежде всего с тем, что концепция R2P при определенных обстоятельствах даже принуждает к военной интервенции. Подобное

противопоставления суверенитета, прав человека и безопасности». На с. 29 сказано: «Дилеммы могут характеризоваться как непреодолимые, поскольку их невозможно преодолеть, разрешить их к удовлетворению всех в любой ситуации».

⁴⁰ Такова преамбула Всеобщей декларации прав человека от 1948 г. и обоих пактов о гражданских и политических, а также экономических, социальных и культурных правах от 1966 г.

⁴¹ См.: Humanitarian Intervention and International Relations. 2004.

⁴² Поэтому обоснованы заявления: McDonald, E., Alston P. Sovereignty. Human Rights. Security: Armed Intervention and the Foundational Problems of International Law // Human Rights, Intervention, and the Use of Force. 2008. S. 1 (31) о «непреодолимой дилемме фундаментального

⁴³ См.: Beyerlin U. Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht // ZaöRV 37. 1977. S. 213 и далее.

⁴⁴ Об этом множество доводов за и против, см.: Bothe M. Op. cit. S. 639–661; Morris N. Humanitarian Intervention in the Balkans // Humanitarian Intervention and International Relations. 2004. S. 98–110 и далее.

⁴⁵ Однако здесь концепция R2P не требуется.

мнение уже было закреплено в нормах общего права⁴⁶. Тем не менее концепция не исключает военного вмешательства для защиты прав человека а *limine*, но и не предлагает принципиального решения. Другими словами, государства вправе принимать решения в каждом конкретном случае⁴⁷. Концепция R2P в своем нормативном значении не содержит соответственно генеральной коллизийной оговорки. Что же касается поборников запрета любого не получившего разрешения Совета Безопасности ООН военного вмешательства, они не предлагают вразумительного варианта решения конфликта. То, является ли все же такое суждение само по себе убедительным, сомнительно уже исходя из конструкции Совета Безопасности, который может не быть в состоянии проголосовать за или против военного вмешательства, не говоря уже о проблеме наложения вето. Таким образом, с одной стороны, потерпела неудачу инициатива стран НАТО склонить Совет Безопасности к поддержке военного вмешательства, однако, с другой стороны, неудачной оказалась и попытка России принудить Совет Безопасности к осуждению вторжения НАТО в Косово уже из-за того, что не было достигнуто минимальное количество из девяти голосов в поддержку⁴⁸.

2. Конфликты, связанные с правами человека

Обстоятельства, приводящие к конфликтам в сфере прав человека на национальном уровне, могут вызывать соответствующие коллизии прав человека и на международном уровне⁴⁹. Право на жизнь может выступать против права на жизнь другого лица, право на жизнь против права народа на самоопределение, право на выражение своего мнения или свободу собраний против права на уважение к сфере личной жизни. Такого рода конфликт не может постоянно решаться на основе иерархического упорядочивания прав человека. Эта возможность почти всегда исключается как на международном, так

и на национальном уровне⁵⁰. В немецком праве только достоинство личности не подлежит взвешиванию^{51/52}. Тесная связь с достоинством человека, которое имеет существенное значение как «foundational value» («фундаментальная ценность») также и в международной защите прав человека, объясняет, почему взвешиванию интересов в конкретных случаях априори не подлежат запрет на пытки (право не подвергаться пыткам) и запрет на геноцид, а также запрет на дискриминацию по расовым признакам, то есть всегда имеют преимущество в конфликтных ситуациях. Однако это имеет силу лишь тогда, когда речь идет о действительной коллизии. Уже упомянутое выше дело Аль-Адсани, рассмотренное в Европейском суде по правам человека, показывает, что этому утверждению явно не так легко найти обоснование⁵³. Как незначительное большинство судей (9), так и меньшинство (8) не проверили вопрос наличия подобной коллизии, а, скорее всего, по умолчанию исходили из подобного. В то время как меньшинство противопоставило запрет на пытки (*jus cogens*) диспозитивной норме общего права — «иммунитету государства» и тем самым без затруднений признало приоритет императивной нормы и поэтому нарушение права на оправление правосудия (ст. 6 Европейской конвенции по правам человека), большинство исходило из того, что в обычном праве не было разработано нормы, ограничивающей иммунитет государства, если обсуждается нарушение *jus cogens* за пределами государства подсудности. В действительности и меньшинство, и большинство должны были проверить, включает ли в себя право не подвергаться пыткам, по крайней мере сегодня, право на возбуждение иска во всех национальных судах по поводу нарушения в одной из стран третьего мира запрета на пытки⁵⁴. Данное дело показывает, что последствия нарушения *jus cogens* ни в коем случае не были исследованы в полном объеме. В дальнейшем иерархическое представление оказывается полезным только в ограниченном виде.

В каждом конкретном деле необходимо поразмыслить, а следовательно, взвесить, какое право *in concreto* должно уступить другому праву. Возможные ситуации настолько разнообразны, что абстрактное и всеобщее преимущество

⁴⁶ См.: Verlage.C. Op. cit. S. 185 и далее.

⁴⁷ Концепция, принятая Генеральной ассамблеей по инициативе Генерального секретаря Kofi Annan (A/RES/60/1. App. № 138, 139) и получившая дальнейшую разработку в докладе, опубликованном Международной комиссией по вопросам вмешательства и государственного суверенитета (ICISS) в 2001 г. (об этом см.: Badescu C. Op. cit S. 69 и далее.), часто понимается как не связанное с правом высказывание; см.: Hehir A.. The responsibility to protect in international political discourse: encouraging statement of intent or illusory platitudes? // The International Journal of Human Rights. 2011. S. 1331–1342; согласно которому концепция «не хватает содержания, и она главным образом является эмоциональным выкриком на политическом митинге». Несмотря на то, что это не описано таким образом в R2P, очевидными становятся сомнения, которые связаны с принятием этой концепции в действующее международное право.

⁴⁸ См.: Klein E., Schmahl S. Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen // Völkerrecht. 5. Aufl. 2010. S. 263–360.

⁴⁹ См.: Bethge H. Grundrechtskollisionen // Handbuch der Grundrechte. Bd. III. 2009. § 72 S. 667 и далее.

⁵⁰ См.: Klein E. Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy? // Israel Law Review. 2008. № 41. S. 477 и далее.

⁵¹ Этого нужно придерживаться. См. напр.: BVerfGE 75, 369 (380); 93, 266 (293).

⁵² См.: Chaskalson A. Human Dignity as a Constitutional Value // The Concept of Human Dignity in Human rights Discourse. 2002. S. 133–135.

⁵³ См.: Case of Al-Adsani v. The United Kingdom // ECtHR Reports 2001 — XI, 70.

⁵⁴ Об этом же: Klein E. Al-Adsani Case // Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL), OUP Online.

того или иного права утвердить невозможно. Для этого недоставало бы убедительной базы для принятия решений. Только учет всех действительных обстоятельств соответствующей ситуации может определить приоритет одного конкретного права. В следующем случае возможен приоритет другого права. Разрешение коллизии при здесь описанных обстоятельствах предпринимается ad hoc, всегда в рамках законного ограничения какого-либо права и под контролем требования соразмерности. Точный результат этого процесса взвешивания интересов не предопределен.

IV. Заключение

Остается только ожидать того, изменится ли в будущем описываемая ситуация в пользу более высокой иерархии страты ценностей по отношению к страте суверенности международного права. Во всяком случае, в ближайшей и среднесрочной перспективе вряд ли можно будет исходить из этого. Таким образом, конкретный анализ соответствующего конкретного случая останется приоритетным. Для этого прагматического, заранее не определенного поведения имеются по меньшей мере две значительные причины⁵⁵. Во-первых, ценности имеют не только динамический характер, они могут также принимать тиранический характер, который превращает их реализацию в абсолютную и поэтому обязательную директиву государственного поведения, а следовательно, в навязчивую идею. Ценности необходимы, но с ними следует обращаться с осторожностью: «Для того чтобы говорить о ценностях в праве, необходима проанализированная юридическая процедура обращения с ценностями»⁵⁶. Состоя-

тельным является также и другое обоснование. Суверенитет по-прежнему остается «ключевым понятием» сегодняшнего международного права⁵⁷. Несомненно, его необходимо определять иначе, чем это происходило ранее. Однако он не потерял самоценности, фактически не может ее потерять, пока вместо государства не появится иной инстанции, которая сможет исполнять его обязанности, то есть обеспечивать внутренний и внешний мир и защищать права людей. Парадокс и правовая дилемма состоят в том, что сами государства стали гарантами предписанных им международным правом обязательств. Связанная с ценностями страта международного права усилила позицию государств, так как без них (первоначально направленная против них самих) реализация ценностей была бы совершенно невозможна. Их правовой статус может быть ограничен лишь с проявлением высшей степени осторожности. Суверенитет — это не «S-word» (разящее слово). Вместо возмущения необходимо делать ставку на убеждение. Для этого требуется терпение и постоянные напоминания. Бешенство и святая ярость не имеют будущего. Сила убеждения вырабатывается скорее у тех, кто может доказать, что реализация ценностей сама по себе приносит пользу государствам и их населению, делает их намного сильнее. Очевидно, что эти доводы будут неубедительны для диктатора. Однако мы не должны полагать, что какие-либо правовые конструкции смогут что-то изменить в этом прискорбном факте. Тем не менее имеется достаточно примеров — и в этом отношении можно с уверенностью напрямую сослаться на европейское пространство, — которые указывают на то, что терпеливый труд приносит свои плоды.

Библиография:

1. Chaskalson A. Human Dignity as a Constitutional Value // Kretzmer/E. Klein (eds.). The Concept of Human Dignity in Human rights Discourse. — The Hague; London; NY.: Kluwer law international, 2002. — S. 133–135.
2. Di Fabio U. Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems // Merten/Papier (Hrsg.). Handbuch der Grundrechte. — 2006. Bd. II. § 46. — S. 1031ff.
3. Stolleis M. Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts. — Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1990. — 350 S.

*Перевод с немецкого М.А. Бирюковой,
канд. культ. наук, доцента, заведующего кафедрой иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

⁵⁵ См.: Schmitt C. Die Tyrannei der Werte (1967), цит. по: Schmitt, Jünger, Schelz. Die Tyrannei der Werte. 1979. S. 9.

⁵⁶ Di Fabio U. Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems // Handbuch der Grundrechte. Bd. II. 2006. § 46. S. 1031.

⁵⁷ См.: Grimm D. Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs. Berlin, 2009.

STRATA IN THE INTERNATIONAL LAW

Klein, Eckart — Dr. iur. habil., emeritus, Professor of the Law Faculty of the University of Potsdam, Director of the Center for the Human Rights (of the Potsdam University).

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str., 89.

Review. *The history of law constantly shows consolidation of the normative legal bases, which is manifested both in the growing number of norms and strengthening of their value-based expression. The first consolidation in the international law took place with the League of Nations was formed in 1919, but the dynamics of the process showed only after the 2nd World War, when the United Nations Organization was formed. Since that time the number of bilateral and multilateral treaties has grown, and so did the amount of normative activities of many international organizations, as well as the orientation of the UN towards the protection of peace and basic human rights, as opposed to the classic neutral form of the international law supporting (exclusively) sovereignty. The paragraphs 1 and 2 of the Charter of the United Nations prove that the total supplementation for the old law was not its initial goal. That is why, there is an opposition between two strata of norms, which are founded on different basic principles. The object of this study is to define their correlation. The article discusses the possible hierarchy of the norms, which provides only a limited solution, in spite of the currently recognized category of jus cogens norms. The same matter concerns the classic conflict of laws provisions of the lex specialis and lex posterior. The conflicts of norms may appear in the said classes of international law. The values of preservation of peace and protection of human rights (humanitarian intervention) clash. Even within the sphere of basic human rights the right to life of a group of persons or a right to life of certain persons and the right for the self-determination of nations may clash. And in these cases decisions are rarely based upon the hierarchy of the human rights. In most cases an adequate solution is to establish the weight of interests in each specific case.*

Keywords: *international law, consolidation of normative legal mass, human rights, peace-making, jus cogens, strata of the international law, hierarchy of norms, conflict of laws norms of international law, humanitarian intervention, the UNO.*

ЙОАХИМ ГРУБЕР (Joachim Gruber)*

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ АДВОКАТА В ГЕРМАНИИ И ВО ФРАНЦИИ ПРИ РАССМОТРЕНИИ ДЕЛ, СВЯЗАННЫХ С ПРИМЕНЕНИЕМ НОРМ ЗАРУБЕЖНОГО ПРАВА ИЛИ ПРИ СОВМЕСТНОЙ РАБОТЕ С ЗАРУБЕЖНЫМИ АДВОКАТАМИ

***Аннотация.** Настоящая статья освещает вопрос, какие требования должны быть выдвинуты адвокату, который берет на себя полномочия в делах, касающихся международных споров. Автор исследует правовую ситуацию в Германии и во Франции. Сначала он останавливается на применимом праве, которое регламентирует договорные отношения между адвокатом и клиентом. Затем автор излагает, при каких условиях адвокат несет ответственность перед клиентом. Далее он истолковывает, какие требования к адвокату могут быть предъявлены, если в судебном процессе будет применено зарубежное право. Потом он разбирается, на что следует обратить внимание при совместной работе с зарубежным адвокатом. В последней главе он сравнивает правовую ситуацию в Германии и Франции.*

***Ключевые слова:** ответственность адвоката, зарубежное право в судебном процессе, немецкое право, французское право, договор на оказание юридических услуг.*

I. Введение

Растущая интернационализация экономического оборота, а также частных ситуаций многих людей все чаще ставит вопрос о том, какова же ответственность адвоката за ошибки в делах с применением норм зарубежного права или при совместной работе с зарубежными адвокатами. Поэтому следует ожидать, что в будущем международная ответственность адвоката будет увеличиваться. Следовательно, имеет смысл проверить, воздействуют ли на ответственность адвоката, и если да, то каким образом, к примеру, система оплаты услуг адвокатов (зависит от времени или результата), возможность возмещения расходов на зарубежного патентного поверенного корреспондента, толкование иностранного права в гражданском процессе, в особенности обязанности судьи при установлении сути зарубежного права, фактические возможности доступа к зарубежному праву, а также

оформление страхования профессиональной ответственности.

До сих пор относительно ответственности адвоката в международных делах было опубликовано мало решений. В то время как в США еще не было вынесено решений¹, относящихся к этому вопросу, во Франции было вынесено два, а в Германии три решения, которые впоследствии будут рассмотрены. В данных случаях основой не являлись точки зрения, указанные в литературе, так как в особенности в немецкой литературе в последние годы международная ответственность адвокатов обсуждалась часто и весьма противоречиво, так что противоречия

¹ См. напр.: Sieg O. Internationale Anwaltshaftung in den USA. NJW 1996, 2209 (2210). Разумеется, имеют место случаи, когда адвокат должен знать право другого штата в США, см.: Gatto J.D. Die Anwaltshaftung im US-amerikanischen und deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der zivilrechtlichen Anwaltspflichten im Anwalt-Mandant-Verhältnis. Frankfurt; Berlin; Bern, 1993. S. 71.

© Gruber J., 2015

* Грубер Йоахим (Gruber Joachim) — Dr. iur., D.E.A., профессор экономического частного права и трудового права в Западно-Саксонской Высшей школе г. Цвикау (Westfälische Hochschule Zwickau) (Германия). [golovnenkov@googlemail.com]

Dr.-Friedrichs-Ring 2a, Zwickau, Deutschland, D-08056.

с литературой могут разрушить рамки сравнительно-правовой статьи².

Однако небольшое количество судебных решений не дает основания полагать, что в случаях, касающихся международных споров, возникает меньшее количество адвокатских ошибок. Но можно предположить обратное. Небольшое количество удовлетворенных судом требований о возмещении убытков может, с одной стороны, привести к тому, что ошибка адвоката в этой сфере скорее всего останется незамеченной и не будет иметь последствий, так как ни другой стороне, ни суду не известна суть зарубежного права. С другой стороны, любой адвокат желает избежать огласки в суде и перед общественностью, что в его отношении будет реализовано регрессное требование. Поэтому он выполнит все требования о возмещении убытков до того момента, когда его клиент подаст исковое заявление.

Для создания лучшего понимания особенностей международной ответственности адвоката вначале разъясним понятие права, применимого к договору об оказании адвокатских услуг, а также основные черты международной ответственности адвоката. Далее последует описание практического проявления ответственности в процессах, касающихся дел с применением зарубежного права. Позже будут истолкованы решения судов, предметом которых являлась ответственность при совместной работе с зарубежными адвокатами. И в заключение должно быть обсуждено, отличаются ли решения судов Германии и Франции, и если да, то по каким пунктам, а также нужно попытаться найти причину этого различия.

II. Коллизионное и материальное право ответственности адвоката

1. Международное частное право

Как в немецком³, так и во французском пра-

ве⁴, согласно господствующему мнению, договор об оказании юридических услуг в случае отсутствия применимого права полагается на частную практику адвоката. Особое мнение, касающееся определенных случаев, в Германии разделяют Зиг⁵ и Эйзенберг⁶. Они предлагают адвокатам, имеющим множество частных практик, которые находятся в «местах, имеющих стратегическое значение», таких как Брюссель, Париж или Женева, составлять договор на оказание юридических услуг согласно ст. 4 п. 3 регламента (ЕС) № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (Рим-I)⁷ правового порядка, регулирующего работу с клиентом, если клиент не имеет никакого отношения к государству, где находится частная практика адвоката. Этой точке зрения можно противопоставить тот факт, что и адвокаты подчиняются применимому праву в том «месте, имеющем стратегическое значение», где находится их практика, что свидетельствует о привязанности частной практики. Против этой точки зрения говорит и то, что она несет непредвиденные и нежелательные последствия для сторон. К примеру, бывают случаи, когда немецкие предприниматели поручали юридическим компаниям в Париже представлять их интересы при процедуре приобретения предприятия на территории франкоговорящих стран Африки. Однако ни адвокат, ни клиент не исходят из того, что договор об оказании юридических услуг, а также право на истребование пошлины должны подчиняться африканскому праву. Кроме того, следует обдумать тот факт, что дополнительные критерии привязанности могут привести к правовой нестабильности. Однако применимым является право того государства, в котором находится резиденция и почтовый адрес адвокатской компании.

Во Франции Гражданский суд первой инстанции (Tribunal de Grande Instance (TGI) de la Seine)

² Ср. напр.: Hök G.-S. Zum Haftungsrisiko bei der Übernahme von Mandaten mit Auslandsberührung // JurBüro. 1990. S. 155–158; Henssler M. Haftungsrisiken anwaltlicher Tätigkeit. JZ. 1994. S. 178–185; Sieg O. Internationale Anwaltshaftung. Die Haftung des deutschen Rechtsanwalts bei der Anwendung ausländischen Rechts und bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Anwälten. Heidelberg, 1996; Louven C. Die Haftung des Rechtsanwalts im internationalen Mandat // Vers R. 1997. S. 1050–1060; Gruber J. Anwaltshaftung bei grenzüberschreitender Tätigkeit // MDR. 1998. S. 1399–1401; Walter A. Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht. Bielefeld, 2004. S. 220–244; Gruber J. Anwaltshaftung bei internationalen Sachverhalten — Eine Skizze der deutschen und der französischen Rechtsprechung // VersRAI. 2005. S. 12–16; Mankowski P. Anwaltsvertrag // Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge / Reithmann C., Martiny D. (Hrsg.) 7. Aufl. Köln, 2010, Rn. 1452–1457, S. 727–731.

³ См.: BGH, 28.10.1965, NJW 1966, 296 (297); Kammergericht (KG), 12.7.1958, RZw 1958, 374. Только С. Ляйхт (см.: Leicht S. Die Qualifikation der Haftung von Angehörigen rechts- und wirtschaftsberatender Berufe im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr. Tübingen, 2002 (реп. см.: Gruber J. // Rabels Z. 68. 2004. S. 376–379)) определяет ответственность соглас-

но закону деликта, а не договора, в порядке исключения, в случае когда правила поведения для лица, предоставляющего услуги, вытекают не из программы обязательств договора об оказании услуг, а на основании побудительных мотивов, лежащих за пределами заключенного договорного соглашения. Подробно о применимом праве см.: Knöfel O.L. Grundfragen der internationalen Berufsausübung von Rechtsanwälten. Bonn, 2005. S. 248–300.

⁴ См.: Tribunal de Grande Instance de Paris (1re ch. 1re sect.). 03.02.1982, Clunet 1984, 583 (586). Прим. Lefebvre H. (S. 591–598); Cour d'appel de Paris (8e ch.). 06.05.1961 // Revue critique de droit international privé. 1962. № 118. Anm. Gavalda C. (P. 120–124).

⁵ См.: Sieg O. Internationale Anwaltshaftung. Die Haftung des deutschen Rechtsanwalts bei der Anwendung ausländischen Rechts und bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Anwälten. Heidelberg, 1996. S. 194.

⁶ См.: Eisenberg C. Das Internationale Privatrecht der Anwaltshaftung. Konstanz, 1998, S. 56.

⁷ Это норма соответствует замененной регламентом (ЕС) Рим. I, Ст. 28. П. 5 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению, на которую также ссылаются эти авторы.

своим решением от 01.06.1966⁸ установил формулу привязки на тот случай, когда клиент адвоката является гражданином Франции. Ввиду подобной ситуации суд, хотя израильский адвокат имел свою практику в Израиле, определил применимость французского права в отношении договора об оказании юридических услуг. Однако данная привилегия французского государства не была включена в современную литературу⁹, и ее можно было не применять.

2. Материальное право

а) Германия

Немецкий адвокат, согласно неоспоримой точке зрения, несет ответственность по возмещению ущерба¹⁰, в случае если он намеренно или вследствие халатности нарушает свои обязательства, предусмотренные договором об оказании юридических услуг. Суть объективно задолженной обязанности направлена тем самым на исполнение добросовестных, общепризнанных обязательств адвоката, осуществляющего профессиональную деятельность¹¹.

б) Франция

Во Франции за последние 30 лет наблюдается усиление ответственности адвоката¹². Ограничительное применение ответственности адвоката на протяжении многих лет объясняет то, что долгое время в литературе данная тема не была достаточно освещена. Однако в последние 10 лет было замечено увеличение количества адвокатов, возмущенных усилившейся, по их мнению, ответственностью¹³.

Анализ судебной практики и литературы тех времен показал, что до 1971 г. адвокатура делилась на «судебных поверенных» и «адвокатов»¹⁴: поверенный отвечал за подачу письменных заявлений в суд, а адвокат выступал в судебных прениях¹⁵. Законом № 71-1130 от 31.12.1971

была утверждена передача обязанностей поверенных в обязанности адвокатов в судах первой инстанции. С тех пор в судебной практике ответственность поверенных перешла к адвокатам¹⁶. Тем самым частично высказанное ранее утверждение о том, что адвокат несет ответственность перед судом только вследствие причинения вреда умышленно или по халатности¹⁷, лишается смысла¹⁸. Если адвокат уполномочен выступать в судебном процессе, согласно нынешнему французскому положению, он несет ответственность даже за небольшую погрешность¹⁹.

Условия возникновения ответственности адвоката за консультирование были долгое время спорными. Во французской литературе была ранее представлена позиция, что при консультировании адвокат несет ответственность только в случае умышленного или возникшего вследствие халатности вреда, но не в случае небольшой погрешности²⁰. Это положение было оспорено законом № 71-1130 от 31.12.1971. Согласно этому закону (ст. 27 п. 1), адвокат обязан заключить страховку на случай возникновения регрессных требований вследствие вреда, причиненного умышленно или по халатности²¹. Так как не существует различий ни в судебной и консультационной деятельности, ни в понятии грубой и незначительной неосторожности, французская наука²² и судебная практика²³ единодушно исходят из того, что при консультировании адвокат несет ответственность и за незначительную неосторожность²⁴. При этом судебная прак-

⁸ Tribunal de Grande Instance de la Seine (1re ch.). 01.06.1966 // *Revue critique de droit international privé*. 1967. P. 715–718. Прим. Simon-Depitre M. (P. 719–722).

⁹ См.: Simon-Depitre M.P. 720 и далее.

¹⁰ В отношении ответственности адвоката в немецком праве см.: Zuehör H. (Hrsg.). *Handbuch der Anwaltshaftung*. Herne/Berlin, 1999. Международная ответственность адвоката была частично переработана Sieg O. Op. cit. Rn. 170, S. 77; Rn. 322–334, S. 134–137; Rn. 380–387, S. 158–162; частично: Zuehör H. Op. cit. Rn. 562–569, S. 291–294; и в большей степени соответствует тезисам, упомянутым в монографии: Sieg O. Op. cit.

¹¹ См.: Zuehör H. Op. cit. Rn. 632, S. 311; Walter A. *Spezialisierung und Sorgfaltsstandard im Arzt- und Anwaltshaftungsrecht*. Bielefeld, 2004. S. 220.

¹² Фундаментальным трудом об ответственности адвоката является книга: Avril Y. *Responsabilité de l'avocat*, 2. Aufl. Paris, 2008.

¹³ См.: Ramaget C., Lafarge P. *Avocat fakir*, *Gaz.Pal.* 1995. doct. P. 137–144; Michaud P. *Les avocats sont-ils des canards de foire? En route vers l'acte d'avocat!* *Gaz. Pal.* 1997. doct. P. 716–725.

¹⁴ См.: Henrichfreise S. *Frankreichs Anwaltschaft im Wandel*. Bonn, 1992, в особенности S. 30 и далее.

¹⁵ Закон № 71–1130 от 31.12.1971 о реформировании некоторых судебных и юридических профессий J.O. 5. 1. 1972. S. 131 = J.C.P. 1972 III № 38589.

¹⁶ Описание профессиональных обязанностей адвоката см.: Gruber J. Ein Blick auf die französische Anwaltschaft // *ZEuP*. 2005. S. 596–610; Gruber J. *Rechtsfragen bei der Einschaltung französischer Anwälte* // *ZVglRWiss* 107. 2008. S. 1–31.

¹⁷ См.: Payen F., Duveau G., Lemaire J. *Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris*. 2. Aufl., Paris, 1966. Rn. 350, S. 298 и Rn. 313, S. 261.

¹⁸ Ср. с ответственностью в процессах: Estoup P. *Sur le rôle de la plaidoirie et la responsabilité de l'avocat*. *Gaz.Pal.* 1988. doct. S. 768–770.

¹⁹ См.: Flécheux G., Fabiani F. *La responsabilité civile de l'avocat* // *J.C.P.* 1974. I. no. 2673. Rn. 6 и далее (в особенности Rn. 8).

²⁰ См. напр.: Loup J. *La responsabilité des avocats* // *J.C.P.* 1939. I. no. 92 (под III); Payen F., Duveau G., Lemaire J. Op. cit.

²¹ Ст. 27 (абз. 1) гласит: «Il doit être justifié, soit par le barreau, soit collectivement ou personnellement par les avocats, soit à la fois par le barreau et par les avocats, d'une assurance garantissant la responsabilité civile professionnelle de chaque avocat membre du barreau, en raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions» («Коллегия адвокатов, адвокаты, совместно или каждый в отдельности, или и коллегия, и адвокаты совместно подтверждают наличие страховки, гарантирующей гражданскую профессиональную ответственность каждого адвоката — члена коллегии адвокатов в случае ненадлежащего исполнения обязательств или совершения ошибок при исполнении им своих обязанностей»).

²² См., напр.: Flécheux G., Fabiani F. Op. cit.

²³ Cour d'appel de Paris (1re ch. A), 16.04.1996, *Gaz.Pal.* 1996 jurispr. S. 576–579; обобщенный комментарий на немецком языке см.: Gruber J. *Anwaltshaftung in Frankreich*. *RIW*, 1999. S. 396–398.

²⁴ Поэтому устарело мнение Р. Шютце (см.: Schütze R.A. *Rechtsverfolgung im Ausland*, 3. Aufl. Heidelberg, 2002. Rn. 150.

тика предусматривает дополнительные пункты в ответственности адвоката²⁵. Таким образом, Суд апелляционной инстанции в Париже (Cour d'appel de Paris) приговорил адвоката, который оформил договор купли-продажи, невыгодный клиенту с точки зрения налогов, к выплате ущерба, хотя консультация, связанная с вопросами налогового права, не была четко прописана в договоре²⁶. Кассационный суд (Cour de cassation) вынес решение, что личная осведомленность клиента не должна освобождать адвоката, с которым заключен договор, от исполнения его консультационных обязанностей²⁷.

III. Зарубежное право в гражданском процессе

Если во внутреннем национальном процессе согласно коллизионной привязке применяется зарубежное право, для неопытного адвоката может возникнуть опасность того, что он не подозревает о возможности применения зарубежного права. Как показывают два приведенных ниже решения, это может привести к наступлению ответственности. В обоих случаях было применено итальянское право и установленные согласно ему сроки.

1. Решение Верховного земельного суда г. Хамма от 14.03.1995²⁸

Ответчик, адвокат из Германии, представлял истца ранее в процессе об установлении отцовства. По этому делу ответчик подал иск об оспаривании отцовства в участковый суд г. Бохума. Суд отклонил иск вследствие несоблюдения срока для обжалования. Срок был определен участковым судом, согласно ст. 19 п. 1 Вводного закона к Итальянскому гражданскому уложению, так как оба супруга на момент рождения ребенка были гражданами Италии. Теперь истец вменяет в вину ответчику то, что он не подал иск об оспаривании отцовства без промедления, хотя ему была предоставлена информация, подтверждающая подозрения, что истец не является биологическим отцом ребенка. Земельный суд г. Бохума удовлетворил иск о возмещении убытков в первой инстанции и приговорил ответчика высвободить истца от всех алиментных требований на ребенка. Поданная апелляционная жалоба не имела успеха.

По мнению Верховного земельного суда г. Хамма, ответчик умышленно нарушил свои

обязательства по исполнению условий договора тем, что подал иск об оспаривании отцовства с задержкой, то есть прошло более года со дня рождения ребенка, согласно ст. 244 Гражданского кодекса. Ответчика не освобождает от ответственности тот факт, что в данном случае идет речь о положении итальянского права. В случае если адвокат берет заказ, при выполнении которого возможно применение зарубежного права, он обязан или указать клиенту, что он недостаточно компетентен в вопросах, касающихся зарубежного права, и поэтому советует проконсультироваться еще и у специалиста в данной области, или должен самостоятельно изучить все необходимые материалы в рамках разумного, привлекая соответствующие источники познания. В данном случае у ответчика была возможность изучить необходимые пункты закона, касающиеся сроков обжалования, которые применимы в итальянском праве, так как Гражданский кодекс Италии (Codice civile) опубликован и на немецком языке.

2. Кассационный суд г. Нима, решение от 23.03.1981²⁹

Отправной точкой для судебного спора стало ДТП, которое произошло 28.07.1961 г. в Италии. 4 француза, находясь в отпуске в Италии, ехали в легковом автомобиле и столкнулись с мопедом Vespa, на котором находились 2 итальянца. Только водитель легкового автомобиля, госпожа Дупин, не пострадала. Один итальянец скончался, другой, так же как и три пассажира госпожи Дупин, получили ранения. Из-за ДТП госпожа Дупин в Италии была привлечена к уголовной ответственности. Вместе со своими пассажирами она обратилась к П., французскому адвокату в Прива, маленьком городе, находящемся в 100 км севернее Нима, который должен был стать их правозащитником. Вследствие указа об амнистии от 24.01.1963 г. производство по уголовному делу было прекращено. Об этом как адвокат П., так и сама госпожа Дупин проинформировали трех пассажиров. 02.05.1968 г. пассажиры, представляемые адвокатом П., подали иск о возмещении вреда против госпожи Дупин и ее страховой компании. Гражданский суд первой инстанции г. Прива (Tribunal de Grande Instance (TGI) Privas), рассматривающий дело, установил, что согласно ст. 3 Гражданского кодекса (Code civile) в данном случае должно быть применено итальянское право. Согласно итальянскому праву (ст. 2947 Гражданского кодекса Италии (Codice civile)), просроченными за давностью претензиями являются те, по которым с момента нанесения вреда прошло больше двух лет, если производство по уголовному делу было прекращено

S. 120), который ограничивает ответственность грубой неосторожностью как в ведении судебного процесса, так и при консультировании.

²⁵ Ср. с обзором: Avril Y. La responsabilité civile de l'avocat. Gaz.Pal. 2002. doctr. 1679 и далее и 1692 и далее

²⁶ Cour d'appel de Paris (1re ch. A), 16.04.1996, Gaz. Pal., 1996 jurispr. 576-579.

²⁷ Cass.civ. (1re ch.). 07.07.1998, J.C.P. 1998 IV no. 3009.

²⁸ OLG Hamm, 14.03.1995. DZWir 1997. 460. Прим. Gruber J. (S. 461-463).

²⁹ Cour d'appel de Nîmes (1re ch.). 23.3.1981 // Revue critique de droit international privé 1983. № 259. Прим. Simon-Depitre M. (P. 264-267).

вследствие амнистии. В данном случае срок предъявления претензий истек 25.01.1965 г. Поэтому иск был отклонен.

Пассажиры предъявили иск адвокату П., так как он, изначально являясь представителем их интересов, пропустил срок подачи искового заявления. Гражданский суд первой инстанции г. Прива удовлетворил иск о возмещении ущерба. Он исходил из того, что с октября 1964 г. имели место клиентские отношения с истцами. Адвокат П. не выполнил своих договорных обязательств, так как он, будучи некомпетентным в вопросах итальянского права, упустил возможность узнать необходимую информацию. Поданная апелляционная жалоба не имела успеха. В данном производстве по апелляции был спорным тот вопрос, имеет ли место вина адвоката. Адвокат П. объяснил, что он не мог добиться истолкования соответствующих правовых норм от французского адвоката. К тому же здесь речь идет о проблеме применения международного частного права, решения которой в таких делах невозможно требовать от неопытного адвоката из маленького города. Кассационный суд г. Нима возразил, что адвокат П. не обязан был владеть информацией в полном объеме и иметь опыт в международной частном праве. Ему было вменено в вину то, что, с одной стороны, он не поступил самым безопасным образом и не подал исковое заявление без промедления. С другой стороны, он заранее не обратился за консультацией к итальянским адвокатам или к квалифицированным юристам с просьбой о разъяснении правовой ситуации.

IV. Совместная работа с зарубежными адвокатами

1. Решения немецких судов

а) Проверка договора, составленного зарубежным адвокатом, — Федеральный суд, решение от 22.02.1972³⁰

Федеральный суд (BGH) должен был вынести решение по делу, когда немец нанял португальского адвоката для составления договора о залоге с применением португальского права. Только после заключения договора немец поручил немецкому адвокату представлять свои интересы. Так как немецкий адвокат исходил из того, что договор о залоге имеет юридическую силу, он воздержался от каких-либо действий для сохранения интересов клиента, к примеру, заявления на арест имущества. После того как выяснилось, что договор о залоге не имеет юридической силы, клиент подал исковое заявление о возмещении ущерба адвокатом. Кассационный суд отклонил исковое заявление. Ревизионное обжалование не имело успеха. В случае когда речь

идет о действительности договора, над которым уже работает нанятый клиентом другой адвокат той страны, право которой применимо в данном деле, то, по мнению Федерального суда, обязанность адвоката на проверку может быть ограничена в отдельном конкретном случае, ответственность нес — что здесь было неоспоримо — зарубежный адвокат за все решающие пункты договора. Насколько далеко должна заходить обязанность проведения проверки местным адвокатом, решает в подобных делах вопрос толкования. При данных обстоятельствах ответчик должен был исходить из того, что португальский адвокат, ранее подключенный клиентом, прекрасно разбирается в праве своей страны и согласно этому праву составит обычный для него договор без ошибок.

б) Совместная работа с зарубежным лицом, уполномоченным на участие в процессе, — Верховный земельный суд г. Бамберга, решение от 07.11.1988³¹

В Верховный суд земли г. Бамберга (OLG) поступило на рассмотрение дело, в котором речь шла об ответственности поверенного по ведению переписки за ошибки зарубежного уполномоченного на участие в процессе. Истец нанял ответчика, немецкого адвоката, для участия в судебном процессе в Швейцарии с применением швейцарского права. При этом ответчик от лица и по волеизъявлению истца нанял адвоката в Цюрихе для ведения судебного процесса. Так как адвокат из Цюриха подал исковое заявление по истечению срока подачи иска, процесс был проигран. Теперь клиент подал иск на реализацию регрессионных требований против немецкого адвоката. Верховный суд земли г. Бамберга отклонил иск о регрессионных требованиях. Соблюдение возможных сроков подачи исковых заявлений является задачей адвоката, ведущего судебный процесс. Результат данного дела не затронул проблематику международных споров. Ответчик должен был положиться на то, что адвокат, ведущий судебный процесс, точно знает круг всех своих обязанностей и исполняет их с требуемой добросовестностью, а также хорошо разбирается в применимом швейцарском праве и учитывает его особенности. Поэтому ответчик не обязуется контролировать деятельность адвоката, ведущего судебный процесс.

2. Решение французского суда: Решение гражданского суда первой инстанции г. Парижа (TGI) от 03.02.1982³²

Во Франции гражданский суд первой инстанции г. Париж (TGI) разделил ответственность между французским поверенным по ве-

³⁰ BGH, 22.2.1972. VersR 1972, 564 = NJW 1972, 1044 = MDR 1972, 592 = RIW 1972, 246 = WM 1972, 567 = IPRspr. 1972. № 167. S. 462.

³¹ OLG Bamberg. 07.11.1988, MDR 1989, 542 = IPRspr. 1988. № 215. S. 465.

³² Tribunal de Grande Instance de Paris (1re ch. 1re sect.). 03.02.1982.

дению переписки и его зарубежным коллегой. Произошло следующее: живущий во Франции Ф. Шпигель хотел удовлетворения претензий в Германии, согласно закону о возмещении вреда Германии (BEG). Поэтому он нанял в 1963 г. адвоката по имени Кениг из Парижа. Тот посоветовал заказчику выписать доверенность на определенную адвокатскую компанию в Кельне, что и произошло в том же году. Адвокат Кениг оставался уполномоченным клиента и был в непосредственном контакте с адвокатской компанией в Кельне. Немецкая адвокатская компания сначала выдвинула иски Ф. Шпигеля в Кельне, оттуда они были перенаправлены в Берлин. Берлинские власти отклонили требование на выплаты по личному ущербу письменным решением от 08.05.1972 г. Основанием было истечение срока, по которому принимаются претензии, согласно § 190а Закона о возмещении вреда Германии (BEG). Это явилось второй поправкой к Федеральному закону о возмещении вреда Германии (BEG) от 14.09.1965 г., и она начала действовать с 18.09.1965 г. Согласно этому положению, обоснования для возмещения убытков должны были быть предоставлены в учреждение по возмещению убытков не позднее 31.03.1967 г., чего в данном случае не произошло.

Ф. Шпигель подал исковое заявление о возмещении ущерба против адвоката Кенига. С одной стороны, он обвинил его в том, что адвокат не обратил его внимания на сроки подачи претензий. С другой стороны, он поставил ему в вину выбор немецкой адвокатской компании — поверенного корреспондента. Гражданский суд первой инстанции Парижа (TGI) отклонил исковое заявление. Суд установил, что адвокат Кениг после волеизъявления клиента позаботился о том, чтобы подключить к делу местную специализирующуюся в этой правовой сфере адвокатскую компанию. Он передал немецкой адвокатской компании все документы, которые они истребовали. Он не может быть обвинен в том, что был не осведомлен о введении срока подачи искового требования, согласно Закону о возмещении вреда Германии (BEG). Адвокат, занимающийся своей профессиональной деятельностью во Франции, не обязан быть в курсе недавно вошедших в силу изменений зарубежного закона³³. Это распространяется и на те случаи, когда адвокат специализируется в данной сфере. В подобном случае немецкой адвокатской компании вменяется в обязанность сообщить французскому коллеге о новых сроках подачи иска. Вина в выборе адвокатской компании также не усматривается. Адвокатская компания

в Кельне является постоянным поверенным — корреспондентом и специализируется в данной сфере. За их ошибки в данном деле адвокат Кениг ответственности не несет.

V. Вывод

Сравнивая немецкое и французское судопроизводство относительно обязательственного права, можно определить, что они во многом совпадают. Причиной служит то, что в обеих странах существуют похожие условия. Между тем применение зарубежного права в гражданском процессе обеих стран во многом уравнивает, как и возможности страхования адвокатов³⁴. Различия просматриваются лишь в начислении гонорара адвокатам. В то время как в Германии существует шкала вознаграждений, зависящая от предмета спора и установленная законом, французские адвокаты устанавливают повременную оплату в счет клиенту, на которую цена спора влияет весьма опосредованно³⁵. Согласно французскому праву подключение зарубежного адвоката, осуществляющего переписку, не является проблемой, так как расходы на его гонорар высчитываются, исходя из гибкой системы расчетов, которую полностью берет на себя клиент адвоката. Для Германии такой подход не свойственен. Получается тот же результат, так как в делах, при которых зарубежное право более применимо для правового спора, расходы на гонорар зарубежного адвоката для обеспечения соответствующей защиты в суде являются необходимой мерой и возмещаются, согласно § 91 Гражданско-процессуального кодекса, проигравшей стороной³⁶. Размер судебных расходов на гонорар зарубежного адвоката определяется зарубежным правом обложения налогом³⁷. Единственное серьезное различие между двумя правовыми системами заключается в том, что во Франции, даже в случае если судебный процесс

³⁴ См.: Gruber J. Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte // ZRP. 1992. S. 6–8 (в отношении немецкого права); Ferrand F. Die Behandlung ausländischen Rechts durch die französische Cour de Cassation // ZEuP. 1994. S. 126–137 (в отношении французского права).

³⁵ Ср.: Gruber J. Dürfen französische Anwälte ein Erfolgshonorar verlangen? // VersRAI 2004. S. 30–32.

³⁶ § 91 (абз. 1 предл. 1) Гражданского процессуального кодекса гласит: «Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren» («Проигравшая сторона обязана понести все издержки судебного процесса, в особенности возместить другой стороне все расходы, связанные с предъявлением иска и оплатой судебной защиты»).

³⁷ См.: OLG Frankfurt / M. 01.09.1992. IPRspr. 1992. Nr. 247. S. 608 = GRUR 1993, 161 = JurBüro 1993, 294 = RIW 1994, 70 (в отношении расходов французского адвоката). См. также: Mankowski P. Anwaltsvertrag // Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge. 6. Aufl. Köln, 2004. Rn. 2145–2160. S. 1539–1549 (актуальное 7-е изд. от 2010 г. уже не содержит главу о расходах).

³³ Здесь идет речь о временном отрезке в 1,5 года, однако, следует учитывать, что в то время Интернет был не настолько распространен.

будет выигран, возмещение судебных расходов лишь частично осуществляется проигравшей стороной³⁸.

Ввиду этого структурного сходства неудивительно, что главные основания для вынесения немецкими и французскими судами решений, касающихся международной ответственности адвоката, почти идентичны. Различие касается всего, что связано с системой оплаты услуг. В то время

как Верховный суд земли г. Хамма (см. выше III 1) проверяет, был ли у немецкого адвоката доступ к литературе по зарубежному праву, Апелляционный суд г. Нима (см. выше III 2) исходит из того, что в спорных случаях необходима консультация зарубежного адвоката. Апелляционный суд г. Нима приходит к тому, что адвокаты несут такой же объем ответственности, что и при рассмотрении дел с применением только местного права.

Библиография:

1. Cour d'appel de Nîmes (1re ch.), 23.03.1981 // Revue critique de droit international privé. 1983. — S. 259–264.
2. Gruber J. Anwaltshaftung bei internationalen Sachverhalten // Eine Skizze der deutschen und der französischen Rechtsprechung, VersRAI. 2005. — S. 12–16
3. Hök G.-S. Zum Haftungsrisiko bei der Übernahme von Mandaten mit Auslandsberührung // JurBüro. 1990. — S. 155–158.

*Перевод с немецкого Н.А. Царенковой,
старшего преподавателя кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

RESPONSIBILITY OF AN ADVOCATE IN GERMANY AND IN FRANCE WHEN DEALING WITH THE CASES CONCERNING APPLICATION OF THE NORMS OF FOREIGN LAW OR WHEN WORKING TOGETHER WITH THE FOREIGN ADVOCATES

Gruber, Joachim — Dr. iur., D.E.A., Professor of Economic Private Law and Labor Law of the West Saxon Higher School of Zwickau (Westfälische Hochschule Zwickau), Germany.
[golovnenkov@googlemail.com]
Dr.-Friedrichs-Ring 2a, Zwickau, Deutschland, D-08056.

Review. *This article concerns the issue of requirements to an advocate taking cases concerning international dispute. The author studies the legal situation in Germany and in France. Firstly, he discusses applicable law, which regulates the contractual relations between an advocate and a client. Then the author explains in which situations the advocate is responsible towards the client. Then he interprets the requirements to an advocate if foreign law is applicable in the judicial process. Then he points out the matters worth paying attention to in joint work with a foreign advocate. In the last chapter of his article he compares legal situations in Germany and in France.*

Keywords: *responsibility of an advocate, foreign law in the judicial process, German law, French law, contract for the provisions of legal services.*

³⁸ См.: Gruber J. Rechtsfragen bei der Einschaltung französischer Anwälte // ZVglRWiss 107. 2008. № 1 (31).

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

П.В. ГОЛОВНЕНКОВ*

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ КОРПОРАТИВНО-ПРАВОВОГО ПРИЗНАНИЯ «КОМПАНИЙ ТРЕТЬИХ СТРАН» ПРИ СОВЕРШЕНИИ ПРЕСТУПНЫХ ДЕЯНИЙ В СФЕРЕ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ**

Аннотация.** В работе рассматриваются проблемы международного криминального банкротства с точки зрения немецкого права по отношению к «третьим странам» на примере России. Исходя из того, что при наличии определенных предпосылок возможна предпринимательская деятельность «неевропейских» хозяйственных обществ в Германии и немецких компаний в третьих странах, важной задачей становится определение наказуемости руководящих лиц в связи с возможными отступлениями от закона в случае несостоятельности данных компаний, в соответствии с немецким уголовным правом. При этом речь идет не только о фундаментальных проблемах, связанных с корпоративным и конкурсным правом, но и о применении национального уголовного права в случае несостоятельности немецкой компании за рубежом, а также о проблемах применения иностранного права в немецком уголовном праве в случае несостоятельности иностранных компаний на территории Германии.*

***Ключевые слова:** несостоятельность, банкротство, уголовное право, транснациональное уголовное право в области несостоятельности, применение иностранного законодательства в национальном праве, применение национального уголовного права в случаях, усложненных иностранным элементом, хозяйственные общества, несостоятельность иностранных компаний на территории Германии, несостоятельность немецких компаний за рубежом.*

I. Введение

Начиная с переломных 90-х гг. прошлого столетия политико-правовое преобразование в постсоциалистическом развитии стран Восточной и Центральной Европы привело к существенным рыночным экономическим, политико-правовым и общественным изменениям.

Вследствие этих изменений постоянно возрастает международная мобильность людей, товаров и информации в общеевропейском пространстве. Таким образом, экономическая глобализация, происходящая в западном мире уже в течение нескольких десятилетий, давно преодолела восточную границу Европейского союза (далее — ЕС),

© Головненко П.В., 2015

* Головненко Павел Валерьевич — Dr. iur., assessor iuris, главный научный сотрудник кафедры уголовного права и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия), адвокат. [golovnenkov@googlemail.com] 14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

** Имеются в виду предприятия, созданные в соответствии с законодательством стран, не являющихся членами Европейского союза.

*** Важно принять во внимание, что в отличие от российского права, в немецком корпоративном и уголовном праве термины «несостоятельность» («Insolvenz») и «банкротство» («Bankrott») строго разделены. Если в связи с «несостоятельностью» речь идет о гражданско-правовых аспектах, то «банкротство» всегда является криминальным.

и уже несколько лет затрагивает также транснациональную предпринимательскую деятельность. Глобализация в сфере экономики и возрастающая мировая интеграция рынков сбыта и закупок в последние годы побудили большинство средних и крупных предприятий к началу международной предпринимательской деятельности, которая часто также затрагивает основную структуру организации и оснащения этих предприятий. Такой «иностранный элемент» может проявляться в содержании дочерних компаний или филиалов за рубежом, либо в принадлежности к международным концернам. Однако можно также «всего лишь» ограничиться выбором организационно-правовой формы компании, поскольку предприниматель, независимо от своего гражданства, в принципе, имеет возможность выбрать для своей предпринимательской деятельности в Германии «классическую» организационно-правовую форму согласно немецкому корпоративному праву или иностранную организационно-правовую форму, либо перенести местонахождение фактических административных органов своей национальной компании за рубеж. В обоих случаях при умысленном или непредумысленном доведении предприятия до несостоятельности возникает целый ряд вопросов не только гражданско-правового, но и уголовно-правового характера.

В немецкой юридической литературе, посвященной уголовно-правовым последствиям транснациональной деятельности в хозяйственно-предпринимательской сфере, связанным с криминальным банкротством, ведется дискуссия, вызванная последними решениями Европейского суда о свободе выбора места жительства и трудоустройства в ЕС¹. В этой дискуссии речь идет не только о национальном корпоративно-правовом признании зарубежных компаний, в соответствии с правом страны их учреждения, но также о проблемах, связанных с фактическими обстоятельствами несостоятельности компаний в пределах ЕС и с уголовно-правовыми последствиями для ответственных лиц таких компаний внутри страны. В большинстве случаев такая дискуссия ограничивается фактическими обстоятельствами, при которых английская компания, учрежденная в организационно-правовой форме «Private Company Limited by shares» (Ltd), создает на территории Германии филиал и переносит при этом в Германию центр своих основных (экономических) интересов («center of main interest» — COMI)². При рассмотрении уго-

ловно-правовых последствий несостоятельности иностранных компаний внутри страны создается впечатление, что мира за пределами ЕС не существует. Не намного лучше обстоят дела при рассмотрении вопроса о допустимости «экспорта» немецких корпоративных организационно-правовых форм в страны за пределами ЕС и об уголовно-правовых последствиях несостоятельности этих корпораций. Причина замалчивания немецкой правовой наукой возможности переноса отечественной компании за рубеж, в принципе, ясна. Дело в том, что немецкое корпоративное право открылось для всего остального мира лишь недавно, а именно в 2008 г. с введением в действие Закона о модернизации законодательства, касающегося обществ с ограниченной ответственностью, и о борьбе со злоупотреблениями (MoMiG)³.⁴ А вот отсутствие дискуссии о возможностях «притока» компаний из третьих стран едва ли можно понять. В литературе есть только отдельные краткие указания на продолжение действия «теории местонахождения»⁵ по отношению ко всем третьим странам (пожалуй, за исключением США, компании которых «привилегированны» в смысле корпоративного права⁶) с обосновывающей ссылкой на «правовую защиту кредиторов»⁷. Однако неубедительным является то, что правовая защита кредиторов вступает в силу там, где вследствие проповедуемого этими же авторами продолжения действия «теории местонахождения» *per se* невозможно наличие кредиторов указанных (в данном случае

ссылками; Hirsch, A., Britain R. Artfully Inspired-Werden deutsche Gesellschaften englisch? // NZG. 2003. S. 1100–1103; Rönnau T. ZGR. 2005. S. 832 и след. с дальнейшими ссылками; Westhoff G. ZIns O. 2004. S. 289; GmbHR. 2006. S. 525 и след.

³ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) от 23.12.2008 г., BGBl. 2008 I S. 2026 и след.

⁴ См.: Golovnenkov P. Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland. Baden-Baden: Nomos, 2012. S. 94.

⁵ Так называемая «Sitztheorie», в соответствии с которой не допускается перенос фактического местонахождения иностранной корпорации на территорию Германии с сохранением ее (иностранной) организационно-правовой формы. По мнению представителей этой теории, такая корпорация должна считаться «правовым нулем» (впрочем, не иначе представители данного мнения обходятся и с «оттоком» отечественных корпораций за рубеж). С этим мнением категорически не согласны представители «теории места учреждения» (Gründungstheorie), в соответствии с которой при соблюдении определенных условий вполне допустимы как «приток» иностранных, так и «отток» отечественных компаний с сохранением их национальной организационно-правовой формы. Подробно и с дальнейшими ссылками см.: Golovnenkov P. Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland. S. 89 и след.

⁶ BGHZ 153. 353 и след.; Forstthoff U. Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften. 2006. § 2. Rn. 32; Kindler P. BB. 2003. S. 812 и след.; Mock S., Schild J. // Grenzüberschreitende Gesellschaften. § 17. Rn. 17.

⁷ См. напр.: Behrens B. GK-GmbHG, ErgBd MoMiG Anh. 4a Rn. 13; Horn N. NJW. 2004. S. 893, 897 и след., все указанные произведения с дальнейшими ссылками; Kindler P. MüKo-BGB IntGesR. Rn. 433.

¹ EuGH, приговор от 09.03.1999 г. Rs. C-212/97. Slg. 1999 I-1459 «Centros»; EuGH NJW 1999. 2027; EuGH GmbHR 1999. 474, приговор от 05.11.2002. Rs. C-208/00. Slg. 2002 I-9919 «Überseering»; EuGH NJW 2002. 3460; EuGH GmbHR 2002. 1137, приговор от 30.09.2003. Rs. C-167/01. Slg. 2003 I-10155 «Inspire Art»; EuGH NJW 2003. 3331; EuGH GmbHR 2003. 1260.

² См. в частности: Hirte H., Bückler T. Grenzüberschreitende Gesellschaften. 2005. § 1. Rn. 35 и след., с дальнейшими

вообще якобы несуществующих) компаний. Намного более целесообразным было бы учредить правовую защиту кредиторов там, где имеется соответствующая клиентура, что, однако, можно осуществить только после корпоративно-правового признания иностранных компаний, учреждений в соответствии с правом третьих стран. На законодательном уровне эти соображения будут отражены в предстоящем изменении Вводного закона к германскому Гражданскому уложению, которое предусматривает общую кодификацию «теории места учреждения»⁸.

Однако и без реализации этой законодательной инициативы действующее право при определенных обстоятельствах вполне допускает как «приток» компаний из третьих стран в Германию, так и «отток» немецких компаний за пределы ЕС (и то и другое с сохранением организационно-правовой формы компании согласно национальному праву). Это, собственно говоря, зависит от того, обязаны ли государства — члены ЕС, руководствуясь европейским и международным правом, признавать в качестве правоспособных субъектов не только предприятия из других государств — членов ЕС, но и предприятия из определенных третьих стран. Если это так, то возникает вопрос, каким правилам несостоятельности подчиняются такие предприятия в случае их сверхзадолженности или неплатежеспособности, постольку от этого в конечном итоге зависит уголовная ответственность за соответствующие злоупотребления в области конкурсного права.

Ответить на вопрос о надлежащих правилах проведения процедуры несостоятельности для таких случаев не так легко, поскольку усилия по оформлению в единых рамках всех автономных национально-правовых международных положений о проведении конкурсного производства и по организации транснациональной координации деятельности судов, рассматривающих дела о несостоятельности, до сих пор увенчались лишь незначительным успехом. Так, 15 декабря 1997 г. Генеральная Ассамблея ООН рекомендовала всем государствам — членам ООН перенять модель закона ЮНСИТРАЛ (Model Law on Cross-Border Insolvency) комиссии ООН по международному торговому праву⁹. До сих пор только 17 стран: Австралия (2008), Британские Виргинские острова (2005), Англия (2006), Эритрея (1998), Япония (2000), Канада (2009), Колумбия (2006), Мавритания (2009), Мексика (2000), Черногория (2002), Новая Зеландия (2006), Польша (2003), Румыния (2003), Сербия (2004), Словения (2002), ЮАР (2000) и США (2005) урегулировали свое за-

конодательство согласно ЮНСИТРАЛ. Кроме того, также не удалась глобальная унификация международного конкурсного права на основании Конвенции Совета Европы о некоторых международных аспектах банкротства от 05.06.1990 г. из-за отсутствия ратификации в странах-членах¹⁰. Таким образом, при рассмотрении транснациональных аспектов следует руководствоваться европейскими и закрепленными в национальном праве автономными международными правилами проведения процедур несостоятельности, причем транснациональное конкурсное право рассматривает аспекты, когда несостоятельность отечественных компаний осложнена иностранным элементом. Если этот элемент связан с государством — членом ЕС, то действует европейское конкурсное право, в остальных случаях (если не вступают в силу превалирующие европейские правила проведения процедур несостоятельности) применяются международные конкурсные правила соответствующего государства¹¹.

Таким образом, если речь идет о транснациональной несостоятельности, в виду имеются две самостоятельные правовые конstellляции: с одной стороны, «Национальная несостоятельность иностранных компаний», а с другой — «Иностранная несостоятельность отечественных компаний»¹². В отношении уголовного права эти виды несостоятельности следует рассматривать с точки зрения законодательства, касающегося возможности применения национального права и международной правовой помощи.

Рассмотрим уголовно-правовые аспекты несостоятельности в обеих правовых конstellляциях, причем ЕС будет представлен Германией, а «неевропейские» зарубежные страны — Россией.

II. Национальная несостоятельность иностранных компаний

1. Коллизионно-правовая квалификация корпоративной и конкурсной сферы регулирования деятельности коммерческой организации

Итак, речь сначала пойдет о случаях, в которых «неевропейская» (российская) коммерческая организация осуществляет свою деятельность на территории ЕС (Германии), становится несостоятельной, и имеются основания полагать, что совершено преступное деяние, связанное с несостоятельностью (неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства, криминальное банкротство, преступные деяния в сфере бухгалтерского учета и т.п.).

В таких случаях стоит вопрос о наказуемости ответственных лиц российских хозяйственных

⁸ RefE EGBGBÄndG-IntGesR. URL: <http://www.bmj.bund.de/files/-/2751/RefE/gesetz...pdf>

⁹ Резолюция Общего собрания 52/158 от 15.12.1997 // ZIP. 1997. S. 2224 и след.; см. также: Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, A/CN.9/442.

¹⁰ См.: Gottwald P. *Insolvenzrechtshandbuch*. München, 2010. § 133. Rn. 7 и след., Rn. 1 и след. с дальнейшими ссылками.

¹¹ См.: Hess H. *Insolvenzrecht, Großkommentar*. Bd. 3. Anhang G. Rn. 123.

¹² См.: Golovnenkov P. *Op. cit.* S. 39.

обществ, фактическое местонахождение административных органов и/или основное поле деятельности которых находятся в Германии, причем исходным пунктом для уголовно-правовой релевантности этой постановки вопроса является корпоративно-правовое признание этих компаний в качестве «национальных компаний, созданных согласно российскому праву». Это, в свою очередь, предполагает, что российское право допускает «отток» компаний из страны с сохранением их организационно-правовой формы, а немецкое право допускает соответствующий «приток» таких компаний.

Верным представляется мнение¹³, в соответствии с которым несовпадение («юридического») местонахождения компании согласно уставу и («фактического») местонахождения ее административных органов не является, согласно российскому праву, основанием для ликвидации юридического лица, тем более что специальные законы, касающиеся деятельности хозяйственных обществ, недвусмысленно предусматривают возможность создания филиалов и представительств за границей в соответствии с российским законодательством и при соблюдении законов соответствующей страны. Таким образом, с точки зрения российского права, ничто не препятствует перемещению фактического местонахождения административных органов и/или основного поля деятельности российской компании за границу.

Однако российские хозяйственные общества могут участвовать в экономической жизни Германии с сохранением своей национальной организационно-правовой формы только в том случае, если в отношении их деятельности за границей действует привязка к корпоративному праву страны учреждения. При этом условии Европейский суд в решениях, касающихся свободы учреждения филиалов компаний на территории ЕС¹⁴, а также судебная практика не-

мецких судов¹⁵ признают такие компании в качестве юридических лиц зарубежного права, во всяком случае, это касается переезжающих в Германию иностранных хозяйственных обществ, учрежденных в одном из государств — членов ЕС. Хотя решения Европейского суда по данному вопросу, разумеется, не распространяются на российские компании, применимость теории места учреждения к российским хозяйственным обществам с местонахождением в Германии и, следовательно, признание их правосубъектности вытекает из ст. 28 Соглашения о партнерстве и сотрудничестве между Европейскими сообществами и их государствами-членами и Россией (СПС)¹⁶. На основании кодифицированной в ней оговорки о наибольшем благоприятствовании в отношении учреждения и деятельности филиалов и представительств российских корпораций на территории ЕС должен быть создан режим, который является не менее выгодным, чем режим, предусмотренный для филиалов компаний прочих третьих государств. Такими компаниями являются, в частности, компании из США, которые на основании ст. XXV (абз. 5 предл. 2) Договора о дружбе, торговле и морских перевозках (ДДТМП)¹⁷ признаются в Германии юридическими лицами зарубежного права, что свидетельствует том, что в отношении их деятельности на территории ЕС действует привязка к корпоративному праву страны учреждения. Поскольку, как сказано выше, в отношении российских компаний действует режим не менее благоприятный, они также должны признаваться в Германии правоспособными, процессуально-правоспособными субъектами, которые могут быть внесены в поземельную книгу, а также заявить о возбуждении конкурсного производства¹⁸.

Поскольку верно мнение, что российские хозяйственные общества могут перенести в Германию место фактического нахождения своих административных органов и центр своих экономических интересов, сохраняя при этом свою иностранную организационно-правовую форму, то возникает вопрос о последствиях этого правового положения в случае несостоятельности таких компаний. В принципе, связанные с этим правовые проблемы, по сути, аналогичны проблемам, возникающим в отношении компаний из государств — членов ЕС. Однако здесь имеются особенности, вытекающие из применения соответствующих предписаний к компаниям из третьих стран. В отношении возбуждения конкурсного производства, права на подачу ходатайства о воз-

¹³ Решение Девятого арбитражного апелляционного суда от 22.12.2008 № 09АП-15886/2008-АК // СПС «Консультант-Плюс»; Постановление Арбитражного суда г. Москвы от 01.09.2008 № А40/33530/08-99-76 // СПС «КонсультантПлюс»; Решение Арбитражного суда ФАС Московского округа от 04.08.2008 № КГ- А41/5629-08 // СПС «КонсультантПлюс»; подробно см.: Golovnenkov P. Op. cit. S. 85.

¹⁴ См., напр., EuGH, приговор от 05.11.2002 г. Rs. C-208/00 Slg. 2002 I-9919 «Überseering»; EuGH NJW. 2002. 3460; EuGH GmbHR. 2002. 1137. В этом решении Европейский суд отклонил основывающееся на «теории местонахождения» мнение VII Судебной коллегии по гражданским делам Федерального Верховного Суда ФРГ (NZG 2000. 926) и установил, что коммерческая компания, законно учрежденная в соответствии с законодательством государства — члена ЕС, в соответствии со ст. 43 и 48 Договора об основании ЕС (ст. 49, 54 Договора о режиме работы ЕС), согласно своему уставу остается правоспособной и процессуально-правоспособной даже в том случае, если она перенесла центр своей предпринимательской деятельности в другое государство — член ЕС.

¹⁵ BGHZ 154, 185; 164, 148, 151; 178, 192, 196; BGH NStZ 2010. 632, 633 с дальнейшими ссылками.

¹⁶ В Германии в силе с 16.04.1998 г., см.: BGBl. 1997 II S. 4, 102 и след.

¹⁷ BGBl. 1956 II S. 487.

¹⁸ См.: Golovnenkov P. Op. cit. S. 103 и след.

буждении конкурсного производства и обязанности подачи такого ходатайства для иностранных компаний из государств — членов ЕС с местонахождением в Германии действует немецкое право. Этот вывод следует из того, что в ст. 4 (абз. 1) Постановления ЕС о конкурсном производстве¹⁹, являющейся наднациональной общей коллизионной нормой, законодатель устанавливает применимость конкурсного права того государства, суды которого, согласно ст. 3 (абз. 1) Постановления ЕС о конкурсном производстве, имеют международную подсудность для возбуждения дела (*lex fori concursus*). В соответствии с этим предписанием, открытие конкурсного производства находится в компетенции судов того государства — члена ЕС, на территории которого находился центр основных интересов (COMI) должника на момент подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства. Это также касается и российских компаний, центр основных интересов которых находится в Германии, поскольку верным представляется мнение, что сфера применения Постановления ЕС о конкурсном производстве открыта уже при наличии односторонней связи с государством — членом ЕС (так называемой простой связи)²⁰. Требование двусторонней связи (так называемой квалифицированной связи)²¹ означало бы, что имущество, которое имеется у должника из «неевропейской страны» в третьей стране, не было бы учтено в конкурсном производстве. Иными словами, конкурсное производство в отношении имущества, документально подтвержденного в третьей стране, без всякой необходимости подчинялось бы другим правилам, чем производство в отношении имущества, находящегося в государстве — члене ЕС. Кроме этого, Постановление ЕС о конкурсном производстве явно исходит из простой транснациональной связи, поскольку 14-й пункт декларативной части связан лишь с центром основных интересов должника в ЕС.

2. Последствия, связанные с преступными деяниями в сфере несостоятельности

а) Неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства

Рассмотрим сначала наказуемость руководителя российского хозяйственного общества с основным полем деятельности в Германии за неподачу ходатайства о возбуждении конкур-

ного производства, согласно § 15a (абз. 4, 5) Положения о конкурсном производстве ФРГ.

Сфера применения немецкого уголовного законодательства в отношении данных деяний открыта, в соответствии с § 3, 9 (абз. 1, альт. 1) Уголовного уложения ФРГ (далее — УУ ФРГ)²², поскольку место совершения деяния (неподачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства) находится в Германии.

На основании Закона ФРГ «О модернизации законодательства, касающегося обществ с ограниченной ответственностью, и о борьбе со злоупотреблениями (MoMiG)» в Положение о конкурсном производстве ФРГ был введен § 15a, устанавливающий под угрозой уголовного наказания общую обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства. Одновременно с данным нововведением в отраслевых законах были упразднены соответствующие предписания²³, предусматривавшие такую обязанность в зависимости от организационно-правовой формы компаний. Таким образом был разрешен многолетний правовой спор о том, является ли руководитель иностранной компании специальным субъектом деликта неподачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства, в пользу мнения, в соответствии с которым *director* (директор) английской *Ltd.*, действующей на территории Германии, и до упомянутой реформы обладал свойствами специального субъекта²⁴. Неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства в контексте § 15a (абз. 4 и 5) Положения о конкурсном производстве ФРГ по-прежнему является (истинным) деликтом со специальным субъектом, однако, предпосылки § 15a (абз. 1 предл. 1 и 2) Положения о конкур-

²² См.: Головненко П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия (*Strafgesetzbuch — StGB*): науч.-практ. комм. и пер. текста закона. 2-е изд. М.: Проспект, 2012.

²³ Ранее действовавшие нормы § 84 (абз. 1 № 2) в сочетании с § 64 (абз. 1) Закона об обществах с ограниченной ответственностью, § 401 (абз. 1 № 2) Закона об акционерных компаниях, § 148 (абз. 1 № 2) Закона о товариществах, § 130b Коммерческого кодекса, § 15 Вводного закона к ЕЭМЗ были отменены. Отсылочные нормы § 177a Коммерческого кодекса, § 53 (абз. 4) Закона о введении в действие Постановления (EG) 2157/2001 Совета от 08.11.2001 об Уставе Европейского общества (SE) и § 36 (абз. 1) Закона о введении в действие Постановления (EG) 1435/2003 Совета от 22.07.2003 об Уставе Европейского товарищества (SCE) были адаптированы соответствующим образом.

²⁴ См.: Hellmann U., Beckemper K. *Wirtschaftsstrafrecht*. Rn. 360 с дальнейшими ссылками; Hellmann U., Beckemper K. *Fallsammlung zum Wirtschaftsstrafrecht*, 1. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2008, Rn. 482 и след.; Weiß U. *Strafbare Insolvenzverschleppung durch den Director einer Ltd. Baden-Baden: Nomos*, 2009, S. 145 с дальнейшими ссылками. С недавнего времени также господствующее мнение, см.: BT-Drs. 16/640, S. 55, 82; Altenhain K. *Wietz C. NZG*. 2008. S. 569, 570; Bittmann F. *NStZ*. 2009. S. 113, 114; Borchardt F. *HKInsR*, § 15a Abs. 4, 5 *InsO* Rn. 6 с дальнейшими ссылками; Knierim T. *Insolvenzstrafrecht*, Rn. 515; Radtke H., Hoffmann M. *EuZW*. 2009. S. 404, 407; Wegner A. *HWStR*. VII. 2. Rn. 84; Weiß U. *Op. cit.* S. 217.

¹⁹ EUInsVO. Постановление (EG) № 1346/2000 Совета от 20.05.2000 о конкурсном производстве, *ABLEg* 2000 № L 160/1.

²⁰ См.: Bittmann F. *NStZ*. 2009. S. 113, 114; Haubold H. // *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*. 2005. Kap. 30. Rn. 30; Westphal D., Wilkens M. *EWiR*. 2004. S. 847, 848.

²¹ См., напр.: Eidenmüller H. *Ausländische Kapitalgesellschaften*. München: Beck, 2010. § 9 Rn. 8; Ehrhke U., Ries J. *JuS*. 2003. S. 313, 314; Duursma-Kepplinger H. // Duursma-Kepplinger H. Duursma D. Chalupsky E. *EuInsO*. Art. 1. Rn. 52, 53; Leible S., Staudinger A. *KTS*. 2000. S. 533, 539; Pannen K., Riedemann S. *NZI* 2004. S. 646, 651; Vallender P. *KTS*. 2005. S. 283, 285.

ном производстве ФРГ не касаются теперь определенной организационно-правовой формы, так что они применяются к членам представительских органов и к ликвидаторам всех юридических лиц. В связи с этим всего лишь необходимо, чтобы речь шла о юридическом лице, признанном таковым в Германии. Российские хозяйственные общества по сути их организационно-правовых форм и по основным вопросам ответственности сравнимы с соответствующими немецкими компаниями и должны быть признаны в Германии как юридические лица зарубежного права, способные участвовать в немецких командитных обществах на правах «полного товарища»²⁵. Исходя из этого, такие компании (как и соответствующие компании из государств — членов ЕС и США) охвачены объективным составом неподдачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства. Кто именно является в таких компаниях членом представительского органа и, следовательно, обладает свойствами специального субъекта данного деликта, устанавливается в соответствии с предписаниями зарубежного корпоративного законодательства (то есть законодательства, в соответствии с которым данное общество было учреждено).

Поскольку обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства относится к правовому регулированию несостоятельности, и эту обязанность следует квалифицировать как конкурсно-правовую²⁶, ее правовое регулирование определяется не законодательством страны учреждения компании, а, согласно ст. 4 (абз. 1), 3 (абз. 1) Постановления ЕС о конкурсном производстве, — национальным конкурсным правом. Таким образом, § 15 (абз. 1) Положения о конкурсном производстве ФРГ применим к руководителю находящейся в стране компании из государства — члена ЕС или из привилегированного третьего государства, из чего следует, что имеется коллизия привязка для применения национального конкурсного права и § 15a (абз. 1) Положения о конкурсном производстве ФРГ к руководителю иностранной компании российского права, осуществляющей свою деятельность в стране. Следовательно, руководитель российской компании с местонахождением в Германии может совершить уголовно наказуемое деяние, связанное с неподачей или несвоевременной подачей ходатайства о воз-

буждении конкурсного производства, согласно § 15a (абз. 4, 5) Положения о конкурсном производстве ФРГ.

б) Составы преступного деяния в сфере несостоятельности по Уголовному уложению ФРГ

Помимо этого, совершить уголовно наказуемое деяние криминального банкротства, согласно § 283 (абз. 1 № 1-4, № 8) УУ ФРГ, или деяние, связанное с предоставлением преимуществ одному из кредиторов, согласно § 283c УУ ФРГ, может руководитель коммерческой организации, учрежденной в России, центр основных интересов которой в форме филиала или представительства находится в Германии, или руководитель немецкого командитного общества, в котором российская коммерческая организация выступает участником, ответственным всем своим имуществом по обязательствам общества (Komplementär)²⁷. В соответствии с § 3, 9 УУ ФРГ, в этих случаях подлежит применению немецкое уголовное право, поскольку, во-первых, место совершения деяния находится в Германии, а во-вторых, местом возникновения последствий всех составов преступного деяния, связанных с несостоятельностью, является Германия, ведь в качестве объективного условия наказуемости во всех этих деликтах необходим «экономический крах» должника (§ 283 абз. 6 УУ ФРГ)²⁸.

Следует учитывать, что как признаки экономического кризиса (сверхзадолженность и неплатежеспособность), так и объективное условие наказуемости (прекращение платежей по требованиям кредиторов, открытие конкурсного производства, отклонение ходатайства об открытии конкурсного производства за отсутствием конкурсной массы) относятся к правовому регулированию несостоятельности компании, так что согласно ст. 3 (абз. 1 предл. 1), ст. 4 (абз. 1) Постановления ЕС о конкурсном производстве, которые применимы также для российских коммерческих организаций, действующих на территории Германии²⁹, на них распространяется исключительно немецкое право.

Кроме того, руководитель такого предприятия подлежит уголовной ответственности за преступное деяние в сфере несостоятельности в соответствии с § 283 (абз. 1 № 5-7), 283b УУ ФРГ, если он совершает указанные в диспозициях этих норм действия, нарушая бухгалтерские

²⁵ Для обозначения участника немецкого командитного общества, ответственного всем своим имуществом по обязательствам общества (Komplementär), избран российский термин «полного товарища», поскольку правовое регулирование в отношении такого участника немецкого командитного общества (§ 128 Торгового кодекса ФРГ) и российского товарищества на вере (командитного товарищества) (ч. 1 ст. 82 ГК РФ), в принципе, схоже.

²⁶ Golovnenkov P. Op. cit. S. 125 и след. с дальнейшими ссылками.

²⁷ В сходном по структуре российском товариществе на вере (командитном товариществе) таким участником был бы (как сказано выше) полный товарищ. См.: ч. 1 ст. 82 ГК РФ.

²⁸ Под действие § 9 (абз. 1 алт. 3) УУ ФРГ подпадают, в соответствии с верным господствующим мнением, также такие последствия, которые содержатся в объективных условиях наказуемости, в квалификационных признаках или примерах особо тяжелых случаев. См.: BGHSt 42, 235, 242 f.; Möhrenschräger M. // Wabnitz H., Janowsky T. Kap. 3. Rn. 38; Tiedemann K. LKStGB. § 283 Rn. 242a; подробно Golovnenkov P. Op. cit. S. 147 и след. с дальнейшими ссылками.

²⁹ См.: Golovnenkov P. Op. cit. S. 136.

и балансовые обязательства, установленные российским законодательством. Применимость российского законодательства, касающегося ведения бухгалтерского учета, следует из того, что, согласно верному мнению в немецкой юридической литературе, обязанности ведения бухгалтерского учета и составления балансов, которые по своему регулятивному содержанию подлежат торговому праву и касаются внутренней структуры имущества и организации компании, относятся не к конкурсной, а к корпоративной сфере регулирования деятельности коммерческой организации³⁰ и, следовательно, определяются согласно праву государства, в котором учреждена компания. Таким образом, в этом отношении предпосылки, предусмотренные в диспозициях § 283 (абз. 1 № 5-7), 283b УУ ФРГ, конкретизируются иностранными (не уголовно-правовыми) обязанностями. В данном случае не возникает сомнений в правомерности применения иностранных правовых норм, поскольку эти положения не касаются состава преступного деяния как такового, а служат исключительно для толкования его отдельных признаков, предусмотренных немецким уголовным законом.

III. Иностранная несостоятельность отечественных компаний

Другая сфера применения уголовно-правового регулирования в области транснациональных преступных деяний, связанных с несостоятельностью, касается уголовной ответственности управляющего делами немецкого хозяйственного общества или руководителя российской коммерческой организации с немецкими инвестициями, осуществляющих свою деятельность на территории России, совершивших там преступное деяние, связанное с несостоятельностью, и задержанных на территории Германии.

1. Коллизионно-правовая квалификация корпоративной и конкурсной сферы регулирования деятельности коммерческой организации

В отношении правового регулирования статуса немецких хозяйственных обществ, которые перенесли фактическое местонахождение своих административных органов и/или основное поле деятельности за границу (отток), немецкий законодатель признал, на основании Закона о модернизации законодательства, касающегося обществ с ограниченной ответственностью, и о борьбе со злоупотреблениями (MoMiG), действие теории места учреждения компании. Согласно новой редакции § 4a Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью (GmbHG) и § 5 Закона ФРГ об акционерных компаниях (AktG), свобода перемещения для не-

мецких компаний, в принципе, является полной и неограниченной, по крайней мере она касается государств — членов ЕС и третьих стран, компании которых на основании наднациональных (европейских) или бинациональных соглашений (ст. 28 СПС) пользуются в Германии правом свободного выбора места деятельности. Однако следует принять во внимание, что переезд немецкой компании в третьи страны с сохранением своей организационно-правовой идентичности возможен только в случае, если корпоративное право государства, в которое переезжает компания, также руководствуется теорией места учреждения компании. Поскольку российское корпоративное право, в соответствии со ст. 1202 ГК РФ, допускает приток иностранных юридических лиц с сохранением их (иностранной) организационно-правовой формы, немецкие инвесторы могут осуществлять свою хозяйственную деятельность в России через филиалы, имеющие организационно-правовую форму, принятую в стране учреждения³¹.

2. Последствия, связанные с преступными деяниями в сфере несостоятельности

Согласно § 7 (абз. 2 альт. 1 № 1) УУ ФРГ, немецкое уголовное право применимо к преступным деяниям в сфере несостоятельности, совершенным гражданином Германии за рубежом. В настоящем контексте речь может идти о (немецком) руководителе немецкой компании или ее филиала с основным полем деятельности в России или российской компании с иностранными инвестициями. Если такую компанию (филиал) возглавляет гражданин России, задержанный на территории ФРГ, немецкое уголовное право применяется только в том случае, если имеется препятствие для выдачи, обусловленное неподачей или несвоевременной подачей запроса о выдаче или невозможностью исполнения экстрадиции, § 7 (абз. 2 альт. 1 № 2) УУ ФРГ. В обоих случаях дополнительным условием для применения немецкого уголовного права является наказуемость деяния также в стране его совершения (*lex loci*), то есть в данном случае в России.

Таким образом, в случае иностранной несостоятельности отечественной компании, осуществляющей свою деятельность в России, или российской компании с немецкими инвестициями для открытия пути к применению немецкого уголовного законодательства, регулирующего ответственность за совершение преступных деяний в сфере несостоятельности, в соответствии с § 7 (абз. 2 альт. 1) УУ ФРГ, необходимо, чтобы деяние было наказуемым согласно российскому законодательству. Если руководителем такой компании является гражданин России, проживающий в Германии, также необходимо, чтобы его

³⁰ См.: Heinz H. Die englische Limited, § 12. Rn. 25; Rönnaу T. ZGR. 2005. S. 832, 846 с дальнейшими ссылками; Westhoff G. Grenzüberschreitende Gesellschaften. § 17. Rn. 31 и след.

³¹ См.: ст. 21 и след. Федерального закона РФ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации».

выдача России, несмотря на материально-правовую допустимость, была невозможна из-за препятствия, обусловленного неподачей или несвоевременной подачей запроса о выдаче или невозможностью исполнения экстрадиции. В свою очередь, для материально-правовой допустимости выдачи в соответствии с договорным правом, касающимся экстрадиции, требуется двусторонняя наказуемость преследуемого деяния, то есть необходимо, чтобы деяние, наказуемое согласно российскому праву, можно было подвести под состав преступного деяния согласно немецкому праву (ст. 2 № 1 Европейской конвенции об экстрадиции). В обоих случаях не требуется, чтобы речь при этом шла об абсолютно «равнозначных» составах преступления³².

а) Неподача ходатайства о возбуждении конкурсного производства

Если в России немецкий управляющий делами (руководитель) компании, несмотря на несостоятельность компании, не ходатайствует о возбуждении конкурсного производства, то немецкое уголовное право не применимо по нескольким причинам. Во-первых, отсутствует «идентичная норма», поскольку нарушение обязанности подачи заявления должника в арбитражный суд, вытекающей из п. 1 ст. 9 Федерального закона РФ о несостоятельности (банкротстве), в России уголовно не наказуемо, а является административным правонарушением, сопоставимым с нарушением порядка согласно немецкому праву. Во-вторых, в этом случае не были бы выполнены предпосылки состава по § 15a (абз. 4) Положения о конкурсном производстве ФРГ, поскольку по всем вопросам, касающимся правового регулирования несостоятельности немецких компаний, осуществляющих свою деятельность в России, подлежит применению исключительно российское конкурсное право³³. Коль скоро обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства (заявления должника) касается материи конкурсного права и, следовательно, относится к правовому регулированию несостоятельности компании, ответственное лицо нарушало бы соответствующую конкурсно-правовую обязанность, установленную российским законодательством. Однако бланкетная диспозиция § 15a (абз. 4) Положения о конкурсном производстве ФРГ содержит прямую ссылку на § 15a (абз. 1) того же закона, в котором установлена обязанность подачи ходатайства о возбуждении конкурсного производства согласно немецкому праву. Лишь за нарушение этой обязанности в немецком уголовном

законодательстве предусмотрена уголовная ответственность. В случае нарушения соответствующей иностранной обязанности уголовная ответственность не наступает.

Выдача России управляющего делами (руководителя) немецкой компании, который не является гражданином Германии, невозможна из-за отсутствия «строгой» двусторонней наказуемости, предусмотренной в ст. 2 (№ 1) Европейской конвенции об экстрадиции.

б) Составы преступного деяния в сфере несостоятельности по Уголовному уложению ФРГ и Уголовному кодексу РФ

В отличие от составов преступного деяния в сфере несостоятельности по УУ ФРГ российские диспозиции соответствующих составов (ст. 195 и след. Уголовного кодекса РФ — УК РФ) предусматривают необходимость наступления последствий такого деяния в виде причинения крупного ущерба. Если такого последствия нет, то речь идет об административных правонарушениях, в отношении которых, в соответствии с нормами о действии немецкого уголовного закона, не применяются составы § 283 и след. УУ ФРГ, и которые не обосновывают возможности экстрадиции правонарушителя. В остальных случаях (то есть при причинении крупного ущерба), как правило, имеет место двусторонняя наказуемость, поскольку оба уголовных закона, в принципе, преследуют одинаковые деяния. Только в случае «фиктивного банкротства» согласно ст. 197 УК РФ наказуемость в немецком праве вытекает из § 263 УУ ФРГ (мошенничество). Однако это обстоятельство не имеет значения ни в отношении действия немецкого уголовного законодательства, ни в отношении экстрадиции, поскольку как для применения уголовного законодательства ФРГ в отношении деяний, совершенных за границей (§ 7 абз. 2 альт. 1 УУ ФРГ), так и для двусторонней наказуемости (ст. 2 № 1 Европейской конвенции об экстрадиции) не требуется полной идентичности норм.

Следует учесть, что при применении норм УУ ФРГ, касающихся преступных деяний в сфере ведения бухгалтерского учета и отчетности, необходим дифференцированный подход. Если речь идет о немецкой компании, осуществляющей свою деятельность в России, то у нее в отношении обязанностей по ведению бухгалтерского учета и отчетности, которые необходимо соблюдать в России, в принципе, есть право выбора, и она может принять решение о соблюдении обязанностей, предусмотренных в Германии. Иначе обстоит дело с российской компанией с иностранными инвестициями, поскольку для нее применимы обязанности по ведению бухгалтерского учета и отчетности, предусмотренные исключительно российским законодательством. Исходя из этого, в трансграничных уголовных делах по § 283 (абз. 1 № 6) УУ ФРГ немецкий

³² См.: BGHSt. 2. 160, 161; BGH NJW 1954. 1086; OLG Celle. NJW. 2001. 273; Ambos K. IntStrR. § 3. Rn. 50 с дальнейшими ссылками; Eser A. Schönke Schröder, § 7. Rn. 8 с дальнейшими ссылками.

³³ Подробно: Golovnenkov P. Op. cit. S. 174 и след.

уголовный суд может столкнуться с необходимостью проверить нарушение российского корпоративного права.

IV. Заключение

Глобализация в сфере корпоративного права давно вышла за пределы не только Германии, но и ЕС. Следуя импульсам европейского права, немецкий законодатель значительно модернизировал национальное корпоративное право, так

что для полного признания иностранных компаний требуется всего лишь «подрегулировать» действующее законодательство. Уголовному праву также не удастся избежать этого процесса глобализации. И хотя национальные суды по уголовным делам, как и раньше, применяют только немецкое уголовное право, для конкретизации определенных признаков состава правоприменитель должен также использовать зарубежное (в том числе и неевропейское) право.

Библиография:

1. Головненко П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия (Strafgesetzbuch — StGB): науч.-практ. комм. и пер. текста закона. — 2-е изд. — М.: Проспект, 2012. — 312 с.
2. Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht / hrsg. von H. Eidenmüller. — München: Beck, 2010. — 450 s.
3. Golovnenkov P. Das transnationale Insolvenzstrafrecht im Verhältnis zu Russland. — Baden-Baden: Nomos, 2012. — 244 s.
4. Grenzüberschreitende Gesellschaften. Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften/ hrsg. von H. Yirte, T. Bückner. — Köln; Berlin; München: Heymann, 2005. — 576 S.
5. Insolvenzrechts-Handbuch / hrsg. von P. Gottwald. — München: Beck, 2010. — 2508 s.
6. Zivilrecht unter europäischem Einfluss / hrsg. M. Gebauer, T. Westphal. — Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden: Boorberg, 2005. — 1675 s.

*Перевод с немецкого Л.Р. Шабайкиной,
старшего преподавателя кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

CRIMINAL LAW CONSEQUENCES OF CORPORATE LEGAL RECOGNITION OF THE «THIRD STATE COMPANIES» WHEN COMMITTING INSOLVENCY CRIMES

Golovnenkov, Pavel Valerievich — Dr. iur., assessor iuris, Chief Scientific Researcher of the Department of Criminal Law and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the University of Potsdam, Advocate.
[golovnenkov@googlemail.com]
14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *The article concerns the topical issues of the international criminal bankruptcy from the standpoint of the German law towards the «third states», taking an example of Russia. Based upon the possibility of entrepreneurial activities of the «non-European» economic entities in Germany and of the German companies in the «third countries», which is subject to some prerequisites, it becomes important to define possibilities for the punishment of directing and managing staff due to possible deviations from the legal requirements in cases of insolvency of these companies in accordance with the German law. The issue concerns the fundamental problems related to the corporate and bankruptcy law, as well as application of national criminal law in case of insolvency of a German company abroad, and the problems of application of foreign law in the German criminal law in cases of insolvency of foreign companies in the German territory.*

Keywords: *insolvency, bankruptcy, criminal law, transnational criminal law in the sphere of insolvency, application of foreign legislation in national law, application of national criminal law in the conditions complicated by a foreign element, economic entities, insolvency of foreign companies in the territory of Germany, insolvency of German companies abroad.*

References:

1. Golovnenkov P.V. Criminal code (the Criminal Code), Federal Republic of Germany (Strafgesetzbuch — StGB): scientific and practical. comm. and trans. the text of the law. — 2nd ed. — М.: Prospect, 2012. — 312 p.

УВЕ ХЕЛЛЬМАНН (Uwe Hellmann)*

ТЕЛЕФОН КАК ТАЙНО ПРИМЕНЯЕМЫЙ ИНСТРУМЕНТ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Аннотация. Коммуникация обвиняемого с другими соучастниками или с третьим лицом посредством телефона является важнейшим источником сбора доказательств по уголовному делу. Большая часть записанных и на определенное время сохраненных коммуникационных данных открывает для правоохранительных органов многочисленные возможности для проведения дальнейшего предварительного производства. Так как подобные меры, предпринимаемые в рамках предварительного расследования, в существенной мере затрагивают основные права обвиняемого, условием их применения является наличие законодательной основы, в которой определены предпосылки, сущность и границы соответствующей меры. Масштабом применения этих мер является не техническая возможность, а правовая допустимость определенного действия в рамках предварительного расследования. Далее будут рассмотрены предпосылки и границы немецкого уголовно-процессуального законодательства, касающиеся тайного применения мер при проведении предварительного расследования, в ходе которого правоохранительные органы прослушивают и записывают содержание телефонных разговоров, а также используют коммуникационные данные для прояснения обстоятельств дела. Кроме того, будут рассмотрены допустимые меры по определению местонахождения мобильного телефона.

Ключевые слова: Германия, уголовно-процессуальное право, телекоммуникационное наблюдение, мобильный телефон, определение местонахождения, определитель IMSI (международного идентификатора мобильного абонента).

А. Введение

Анализируя существующие положения в уголовно-процессуальном законодательстве, можно сделать вывод, что тайное применение мер, допустимых в рамках предварительного расследования в немецком уголовном процессе, является относительно новым явлением. Только в 1968 г. в Уголовно-процессуальный кодекс Германии (далее — УПК ФРГ) была впервые введена норма о контроле радиои телефонной коммуникации (§ 100а УПК ФРГ)¹ как тайной мере при проведении предварительного расследования. Закон о борьбе с организованной преступностью (OrgKG) от 1992 г. утвердил сразу несколько подобных предписаний, в особенности § 110а и след. УПК ФРГ, регулирующий внедрение тайных агентов в пре-

ступные организации, и § 100с/d УПК ФРГ (в ранней редакции) о применении определенных технических средств без ведома лиц, которых затрагивают данные меры. В 1998 г. было принято — противоречащее Конституции² — положение о «широкомасштабном прослушивании электронных средств коммуникаций», а в 2002 г. был введен § 100i УПК ФРГ, регулирующий применение особого инструмента в виде определения местонахождения мобильного телефона. Дальнейшие преобразования довольно сложной совокупности правовых положений были проведены в 2005 г. путем внесения поправок в положения, регулирующие применение средств акустического контроля жилых помещений, и принятием закона о внесении поправок в положения, регулирующие контроль телекоммуникаций и других тайно применяемых мер в рамках проведения предварительного расследования,

¹ См.: Головненков П.В., Спица Н.А. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия: науч.-практ. комм. и пер. текста закона. М.; Potsdam: Universitätsverlag Potsdam: МГЮА им. Кутафина, 2012.

² BVerfGE 109. 279 и далее.

© Hellmann U., 2015

* Хелльманн Уве (Hellmann Uwe) — Dr. iur. habil., профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия). [golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

а также в ходе реализации директивы 2006/24 Европейского Сообщества от 21.12.2007³.

Для так называемого online-обьиска, то есть тайного применения компьютерной программы, позволяющей копировать файлы, хранящиеся в электронной памяти компьютера, и их последующей передачи с целью обработки в правоохранительные органы, § 102, 103 УПК ФРГ не являются законодательной основой⁴. По этой причине данная мера была квалифицирована законом от 25.12.2008⁵ о «Тайном вмешательстве в информационно-технические системы» как мера полицейского воздействия, в соответствии с положением § 20k Закона о Федеральном ведомстве уголовной полиции. Довольно узкие границы применения данного положения были введены с учетом решения Федерального Конституционного Суда, установившего неконституционность § 5 (абз. 2 № 11) Закона об охране Конституции федеральной земли Северная Рейн-Вестфалия⁶, регламентирующего online-обьиски и наделяющего полномочиями для применения данной меры ведомство по охране Конституции федеральной земли Северная Рейн-Вестфалия.

Детальное представление возможностей и правовых границ тайного применения мер при проведении предварительного расследования не осуществимо в рамках этой статьи. Поэтому основное внимание будет уделено лишь некоторым аспектам возрастающего тайного использования телефона подозреваемого или третьего лица как инструмента проведения предварительного расследования.

Б. Контроль телекоммуникации

Текст закона различает контроль содержания телекоммуникации (§ 100a/b УПК ФРГ) и технический контроль телекоммуникации (§ 100g УПК ФРГ). § 100i УПК ФРГ, разрешающий использование так называемого определителя IMSI, является техническим средством контроля.

1. § 100a/b УПК ФРГ

§ 100a УПК ФРГ позволяет контролировать и записывать телекоммуникации и представляет собой законодательную основу для ограничения конституционного права на конфиденциальность телекоммуникации (ст. 10 Основного Закона) подозреваемого и непричастного третьего лица (например его собеседника)⁷. Поста-

новление о контроле может быть направлено и против третьих лиц, в отношении которых на основании конкретных фактов предполагается, что они являются посредниками для передачи сообщений, то есть передают или принимают сообщения, предназначенные для подозреваемого или исходящие от подозреваемого, или что подозреваемый пользуется их абонентским подключением к сети телекоммуникации (§ 100a абз. 3 УПК ФРГ).

§ 100a УПК ФРГ охватывает все формы телекоммуникации, включая не только переговоры по стационарному или мобильному телефону, но и передачу информации с помощью компьютера через Интернет, а также сообщения, передаваемые по факсу⁸.

На основании того, что область применения § 100a УПК ФРГ охватывает лишь контроль и запись телекоммуникационных данных (без ведома лиц, которых затрагивают данные меры), информация, сохраненная на компьютере и предназначенная для передачи или полученная подозреваемым, в частности написанные или полученные им электронные письма, рассматривается как предмет выемки с применением соответствующих положений о выемке (§ 94 и след. УПК ФРГ). Выемка может производиться в отношении компьютера и носителя информации с целью считывания данных. Наличие предпосылок § 100a УПК ФРГ не требуется⁹. Таким образом, контроль телекоммуникации имеет место в том случае, если информация контролируется и записывается в процессе ее передачи посредством телекоммуникации. Этот процесс включает и «промежуточное хранение» на сервере провайдера¹⁰.

1. Прослушивание и запись разговоров, сделанных в жилом помещении

Вопрос о том, позволяют ли положения § 100a УПК записывать и использовать как средство доказывания в рамках основного судебного разбирательства разговоры, которые ведутся в жилом помещении, приобрел новую актуальность в связи с использованием мобильной телекоммуникации.

В 2003 г. Федеральный Верховный Суд вынес решение¹¹, основанием для которого явилось прослушивание абонентского подключения к

³ BGBl. I 2007. 3198.

⁴ См.: BGHSt. 51, 211–212 и далее; более подробно Claus S. Der Galerist // Fallsammlung zum Strafprozessrecht / Hellmann (Hrsg.). Berlin; Heidelberg; NY: Springer, 2008. S. 53–62; Heghmanns M. Heimlichkeit von Ermittlungshandlungen // Festschrift für U. Eisenberg zum 70. München, 2009. S. 511–525.

⁵ BGBl. I 2008, 3083.

⁶ Решение от 27.02.2008. BVerfGю NJW 2008ю 822 и далее.

⁷ BVerfG от 12.10.2011. NStZ 2012. 833 и далее.

⁸ См.: BGH, NStZ 2003.668 (669); Bär. CR. 1993, 578–580, 657; О частоте контроля телефонных разговоров и о техническом процессе см.: Thommes K. Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess aus der Sicht des Datenschutzes // StV. 1997. S. 657–665.

⁹ См.: Kemper A. NStZ. 2005. S. 538–542; Palm, Roy. NJW. 1997. S. 1904–1905; о выемке мобильного телефона для считывания информации с SIM-карты см. подробнее: под Б II 3.

¹⁰ См.: BGH. NJW. 1997. S. 1934 и далее; NStZ. 1997. S. 247 и далее; Kemper A. Op. cit. S. 538–543; Meyer-Gofner S. Strafprozessordnung, 56. Aufl. 2013. § 100a. Rn. 6; иное мнение см.: Landgericht Ravensburg, NStZ 2003, 325 и далее; Karlsruhe Kommentar zur StPO, 6. Aufl. 2008, § 100a Rn. 22.

¹¹ BGH. NJW. 2003. S. 2034.

мобильной телефонной сети Y, назначенное судом. Y позвонил K из своего легкового автомобиля, но разговор не состоялся, так как K не взял трубку, и на его телефоне включился автоответчик. Y не хотел оставлять сообщений и закрыл телефон, ошибочно исходя из того, что телефонная связь была прервана. Однако для этого было необходимо нажать клавишу отбоя. До автоматического отключения автоответчика (в течение 7 минут) разговор между Y и его пассажиром прослушивался и был записан полицией. Запись разговора, которая представляла собой улику, указывающую на наличие сговора о совершении тяжкого разбоя, была воспроизведена на основном судебном разбирательстве. Земельный суд, вынося обвинительный приговор за сговор о совершении тяжкого разбоя, учел при вынесении решения также и прослушанный и записанный разговор о подготовке преступления.

Федеральный Верховный Суд в 1983 г. при рассмотрении похожего дела, применяя § 100a УПК ФРГ *старой редакции*, регулирующий контроль радио- и телефонных переговоров, отклонил допустимость использования записи разговора, сделанного в жилом помещении, как средства доказывания в рамках основного судебного разбирательства¹². После телефонного разговора по стационарному телефону, абонентское подключение которого прослушивалось по назначению суда, один из жильцов квартиры плохо положил трубку, что позволило прослушать и записать все разговоры, проходившие в жилом помещении, где находился телефон. Недопустимость использования записи как доказательства в судебном процессе Федеральный Верховный Суд обосновал тем, что, согласно действующему § 100a УПК ФРГ, используемое в тексте закона определение «радио- и телефонные переговоры» кроме собственно разговора охватывало только в силу необходимости непосредственно связанные с ним процессы, к примеру телефонный разговор и разговор с другими лицами, присутствовавшими в помещении¹³, однако, не разговоры, ведущиеся не по телефону в жилых помещениях. Поэтому было недопустимо записывать разговор, ведущийся в жилом помещении. Запрет на использование подобных записей как доказательств в уголовном процессе основывается на том, что в данном случае речь идет о коммуникации в семейном кругу, что является неприкосновенной сферой личного пространства и находится под абсолютной защитой ст. 2 (абз. 1) в сочетании со ст. 1 (абз. 1) Основного Закона Германии.

В новом решении с противоположным результатом Федеральный Верховный Суд ссыла-

ется на то, что понятие «телекоммуникация» идентично по содержанию с нормативным определением из § 3 (№ 22) Закона о телекоммуникации и отличается от используемого ранее определения «радио- и телефонные переговоры» тем, что он включает в себя «процессы отправления, передачи и получения сообщений различного типа, то есть в принципе всего обмена информацией посредством телекоммуникационных устройств». И процессы, которые в конкретном случае приводятся в исполнение без ведома и согласия лица, являются телекоммуникацией¹⁴. Однако в научной литературе¹⁵ обоснованно возражали, что понятие телекоммуникации, указанное в Законе о телекоммуникации, служит иным целям, чем указанное в § 100a УПК ФРГ, которое собственно является правовой основой для ограничения конституционного права ст. 10 Основного Закона Германии правоохранительными органами. Данная функция требует истолкования, которое учитывает положения Основного Закона. В отношении области личной защиты ст. 10 Основного Закона защищает лиц, участвующих в процессе телекоммуникации, и тех, кто принимает в нем участие. Кто является участником, определяет инициатор процесса. Следовательно, телекоммуникация требует не только того, чтобы процесс передачи данных был запущен сознательно, но и того, чтобы инициатор сознательно начинал процесс с целью передачи данных. Однако в приведенном выше случае отсутствовали подобные обстоятельства, так как Y исходил из того, что завершил разговор.

Разговор, ведущийся в закрытом помещении, был в нашем случае допущен судом в качестве доказательства в рамках основного судебного разбирательства, несмотря на недопустимость применения записи, так как при взвешивании всех обстоятельств государственный интерес уголовного преследования перевесил личные права обвиняемого. В отличие от предыдущего решения, в данном случае речь шла не о разговоре в кругу близких людей Y, а сама запись могла быть беспрепятственно произведена на законных основаниях, а именно: посредством мер, указанных в § 100c (абз. 1 № 2) УПК ФРГ, позволяющих полиции в качестве органа, проводящего предварительное расследование, и как представителю прокуратуры применять данную меру в случаях, не терпящих отлагательства¹⁶.

¹⁴ BGH. NJW. 2003. S. 2034 и далее.

¹⁵ См.: Braum C. Juristenzeitung. 2004. S. 128–130; Fezer. NSTZ. 2003. S. 625 и далее; Günther R. NSTZ. 2005. S. 485–491; Hellmann M. Op. cit. Rn. 331 и далее; Weßlau E. StV. 2003. S. 483–484.

¹⁶ См.: BGH. NJW. 2003. 2034–2035 и далее. Иного мнения: Braum C. Op. cit. S. 128–130; Fezer B. Op. cit. S. 625–628; Weßlau E. Op. cit. S. 483–484.

¹² BGHSt. 31. S. 296 и далее.

¹³ См.: Oberlandesgericht Düsseldorf. NJW. 1995. S. 975–976; иного мнения: Meyer-Goßner S. Op. cit. § 100a Rn. 2.

2. Контроль телекоммуникации с помощью IMEI (международного идентификатора мобильного оборудования)

Закон о внесении изменений в положения, регулирующие контроль телекоммуникации, разрешил спорные моменты в отношении § 100b УПК ФРГ ранней редакции, касающиеся допустимости контроля телекоммуникации с помощью IMEI в сфере мобильной телефонной связи. Для процесса передачи данных в сетях мобильной связи конечные приборы, то есть мобильные телефоны, снабжены неизменным номером прибора, «международным идентификатором мобильного оборудования» (IMEI). Каждая чип-карта также имеет свой неизменный номер, известный только сетевому оператору, а также известный всему миру номер карты, «международный идентификатор мобильного абонента» (IMSI)¹⁷. Зная эти два номера, можно идентифицировать мобильный телефон вне зависимости от того, какая SIM-карта используется, и таким же образом SIM-карту вне зависимости от того, в каком мобильном аппарате она используется. Практическая потребность контроля мобильного аппарата возникает тогда, когда контроль номера телефона и номера карты не приносит результатов, так как обвиняемый использует другую SIM-карту, которая неизвестна правоохранительным органам, к примеру, принадлежит его другу. Та же проблема возникает при использовании карт предоплаты, при покупке которых невозможно установить личность покупателя, или в случае использования карт зарубежных сетевых операторов.

Спорные моменты о допустимости контроля с помощью IMEI возникли в результате того, что, согласно ранней редакции § 100b (абз. 2 предл. 2) УПК ФРГ, в постановление о назначении контроля телекоммуникации, наряду с именем и адресом лица, в отношении которого назначается применение меры, должны были быть включены также номер телефона и *иные обозначения абонентского подключения к телекоммуникационной связи*. То обстоятельство, что номер прибора мобильного аппарата представляет собой обозначение абонентского подключения, было частично оспорено тем, что с помощью IMEI определяется не абонентское подключение к сети, а сам прибор, и поэтому невозможно осуществить необходимую индивидуализацию лица, в отношении которого применяется данная мера¹⁸. По мнению судьи, совершающего процессуальные действия в рамках предварительного расследования при Федеральном Верховном Суде, в случае определения IMEI мобильного аппарата речь идет о «ином обозначении» в смысле § 100b (абз. 2

предл. 2) УПК ФРГ *ранней редакции*¹⁹, на основании которого могло быть назначено применение мер по контролю телекоммуникации. Однако по меньшей мере некоторые прокуратуры и даже Федеральное управление уголовной полиции не разделяли данную точку зрения.

Новая редакция § 100b (абз. 2 № 2) УПК ФРГ предписывает, что судебное постановление о назначении данных мер должно содержать информацию о телефонном номере или другое обозначение контролируемого абонентского подключения или *прибора*, то есть в процессе осуществления контроля телекоммуникации допустимо использование IMEI²⁰.

II. § 100g УПК ФРГ

Технический контроль телекоммуникации регулировался § 100g/h УПК ФРГ в редакции от 01.01.2002. Данное положение заменило к тому времени уже не актуальный § 12 Закона о телекоммуникационных установках²¹. С 01.01.2008, после внесения поправок, вступил в силу § 100g УПК ФРГ.

Это положение является правовой основой для сбора коммуникационных данных, в смысле § 96 (абз. 1) ст. 113a Закона о телекоммуникации²², которыми являются, например, номер карты, определение местоположения, телефонный номер или обозначения, в особенности IMEI у мобильных аппаратов и IP-адрес у компьютеров, абонентских подключений, из которых производятся или принимаются звонки, начало и конец соединения и использованная телекоммуникационная услуга, если «существует подозрение, основанное на конкретных фактах, что определенное лицо в качестве исполнителя или участника совершило преступное деяние, являющееся значительным также в конкретном случае, в особенности, преступное деяние, указанное в § 100a (абз. 2)» или «преступное деяние при помощи средств телекоммуникации». Технический контроль осуществляется при соблюдении тех же узких правовых рамок, как и при контроле содержания телекоммуникации в соответствии с § 100a/b УПК ФРГ.

1. Определение местоположения мобильного аппарата

Включенный мобильный аппарат имеет не только в активном режиме постоянное соеди-

¹⁷ См.: Meyer-Goßner S. Op. cit. § 100i Rdn.1.

¹⁸ См.: Thiede F. Kriminalistik. 2003. S. 165.

¹⁹ BGH [ER]. MMR. 1999. 99.

²⁰ См. также: BT-Drucks.16/5846. 46.

²¹ См. напр.: BGH. NStZ. 1993. S. 192,.

²² § 113a Закона о телекоммуникации, регулирующий обязанности оператора связи хранить информацию, в 2010 г. Федеральный Конституционный Суд объявил противоречащим Конституции и тем самым отменил его; BVerfG от 02.03.2010, BVerfGE 125, 260 и далее. Новая поправка, не противоречащая Конституции, до сих пор не была принята. Приведенные изменения не влияют на допустимость технического контроля согласно § 100g УПК ФРГ.

нение с точкой беспроводной связи, чтобы обеспечить непрерывный доступ. Эти сообщения о местонахождении записываются сетевым оператором, что дает возможность воссоздать карту передвижения лица, имеющего при себе телефон²³.

Вопрос о допустимости определения местонахождения подозреваемого при помощи сообщений о местонахождении его аппарата в режиме ожидания и необходимых условиях для применения меры был остро оспорен до внесения поправок в § 100g УПК ФРГ. Единственным очевидным выводом был лишь факт, что § 161 (абз. 1 предл. 1), § 163 абз. 1 предл. 2 УПК ФРГ не представляют собой правовую основу для применения данной меры. По причине высокой степени интенсивности ограничения конституционных прав подобная мера не может применяться на основании генеральной клаузулы, а требует особого законодательного регулирования, представления специальных полномочий. § 100c (абз. 1 № 2) УПК ФРГ в старой редакции (равно как и § 100h абз. 1 № 2 УПК ФРГ в новой редакции) не применялся и не применяется в этом случае, так как положение, хотя и позволяет применение технического средства для проведения наблюдения, но не является правовой основой для обоснования обязанности поставщика телекоммуникационных услуг предоставлять сведения, касающиеся данных соединения телекоммуникации.

В научной литературе преобладало мнение²⁴ о применении § 100a УПК ФРГ, согласно которому контроль телекоммуникации охватывает и запись данных об определении местоположения²⁵. Противоположная точка зрения в литературе (с некоторыми оговорками) обоснованно отклоняет данное мнение. В любом случае принятие § 100g УПК ФРГ лишило преобладающее мнение аргументационной основы, так как текст закона различает контроль содержания телекоммуникации, согласно § 100a УПК ФРГ, и контроль данных соединения телекоммуникации, согласно § 100g УПК ФРГ. Определение местонахождения обвиняемого при помощи данных о местонахождении его аппарата возможно при наличии предпосылок § 100g УПК ФРГ²⁶. Сведения о местонахождении

аппарата, согласно § 100g (абз. 3 № 1) УПК ФРГ ранней редакции, относились к данным, которые оператор связи был обязан предоставить по запросу уполномоченных органов, исключительно «в случае выхода на связь» мобильного телефона. Таким образом, данное положение не предоставляло полномочий на ограничение соответствующего конституционного права подозреваемого путем установления местоположения мобильного аппарата в том случае, если аппарат находился в режиме stand-by²⁷. § 100g (абз. 1) УПК ФРГ новой редакции, напротив, позволяет сбор сведений о «данных коммуникации», к которым, согласно § 96 (абз. 1 № 1) Закона о телекоммуникации, при абонентском подключении к мобильной телефонной сети принадлежат и «данные о местоположении мобильного аппарата», которые записываются операторами связи²⁸. Сбор сведений о местонахождении мобильного аппарата в режиме реального времени дозволен, согласно § 100g (абз. 1 предл. 3) УПК ФРГ, для изучения обстоятельств дела или для определения местонахождения подозреваемого в случае предполагаемого совершения преступных деяний, перечисленных в § 100a (абз. 2) УПК ФРГ²⁹.

2. Контроль радиосоты посредством «невидимого СМС»

Остро оспоренным является вопрос о том, может ли мера по определению местонахождения подозреваемого, которая (предположительно) довольно активно применяется правоохранительными органами³⁰, а именно: посредством отправки «невидимого СМС» с помощью компьютерной программы «SMS-Blaster», которая располагает функцией «Stealth-Ping»³¹, назначаться на основании § 100g УПК ФРГ.

Stealth-Ping представляет собой СМС без содержания, отправляемое с помощью компьютерной программы или другого мобильного аппарата на знакомый мобильный номер, то есть на телефонный номер адресата, в данном случае подозреваемого. При этом получатель сообщения не извещается о входящем СМС, в отличие от обычного процесса получения СМС, и оно не показывается в мобильном аппарате. Отправитель СМС получает подтверждение о получении СМС, из которого можно узнать, включен ли мобильный аппарат подозреваемого. Файл с соответствующими данными о связи, включая

²³ О технических возможностях см.: Kriminalistik. 1998. S. 202 и далее; Strafverteidiger Forum 2002. S. 109–118; Weßlau E. Op. cit. S. 681–688.

²⁴ См.: BGH [ER]. StV. 2001. S. 214; LG Aachen. StV. 1999. 590; LG Dortmund. NStZ. 1998. S. 577; LG Ravensburg. NStZ-RR. 1999. 84; Kriminalistik. 1998. S. 202–206; 2001. S. 427; MMR. 2001. S. 443–444.

²⁵ См.: Demko D. Die Erstellung von Bewegungsbildern mittels Mobiltelefon als neuartige strafprozessuale Observationsmaßnahme // NStZ. 2004. S. 57–59; Eisenberg U., Singelstein T. NStZ. 2005. S. 62–66; Günther R. NStZ. 2005. S. 485–492; Wohlers W., Demko D. StV. 2003. S. 241–247.

²⁶ Иное мнение см.: Günther R. Op. cit. S. 485–492. Автор придерживается точки зрения, что данные режима «stand-by» не охватываются предметной сферой защиты ст. 10 Основного закона Германии.

²⁷ См.: Golovnenkov P. Big Brother: Überwachung total // Fallsammlung zum Strafprozessrecht. Rn. 278.

²⁸ О несоответствии конституции положения, обосновывающего обязанность оператора связи о длительном хранении данных см. сноску 22.

²⁹ См.: BT-Drucks. 16/5846, 51.

³⁰ См.: Eisenberg U., Singelstein T. Op. cit. S. 62. По мнению автора статьи, опубликованной в журнале «Spiegel» 07.04.2003, «невидимое СМС» является кое-где «любимой игрушкой каждого деревенского полицейского».

³¹ См.: Eisenberg U., Singelstein T. Op. cit.

местонахождение мобильного аппарата, запрашивается правоохранительными органами у оператора мобильной связи³².

Мера по определению местонахождения посредством «невидимого СМС» не имеет однозначной правовой основы. Допустимость применения может быть обоснована § 100a/b УПК ФРГ (контроль содержания информации) и § 100g УПК ФРГ (технический контроль телекоммуникации), § 100i УПК ФРГ или генеральной клаузулой проведения предварительного расследования (§ 161 абз. 1 предл. 1, § 163 абз. 1 предл. 2 УПК ФРГ). Для ответа на вопрос о допустимости применения необходимо учесть, что данная мера состоит из двух процессов, а именно: получения данных посредством отправки «невидимого СМС» и запроса таким образом полученных данных у оператора сети³³.

Обоснованным представляется мнение, что первая стадия меры, а именно: получение данных телекоммуникации, не может применяться на основании § 100a/b УПК ФРГ. Данные положения регулируют контроль и запись телекоммуникации, и область их применения очевидно охватывает лишь ознакомление с содержанием телекоммуникации. Кроме того, § 100a/b УПК ФРГ не могут быть правовой основой, предоставляющей полномочия правоохранительным органам для применения названной меры, так как контроль телекоммуникации является пассивной деятельностью, то есть ознакомлением с содержанием коммуникации. Активная деятельность правоохранительных органов разрешена лишь в том случае, если для ознакомления с содержанием коммуникации необходимо предпринять определенные действия, направленные на получение соответствующих данных. Следовательно, приведенные положения не предоставляют полномочий для тайного получения этих данных посредством активной деятельности³⁴.

Приведенные выше аргументы действительны и для § 100g УПК ФРГ. К данным коммуникации, которые можно получить согласно этому положению, можно отнести и определение местонахождения мобильного аппарата посредством «невидимого СМС». Однако это положение не дает разрешения собственно на получение этих данных. В основании законопроекта об изменении положений, регулирующих телекоммуникацию, остался открытым вопрос о допустимости отправки «невидимого СМС». В любом случае § 100g УПК ФРГ в редакции законопроекта не

может считаться правовой основой, к тому же возможность определения местонахождения в «режиме реального времени», вероятно, устранит и саму необходимость применения этого средства³⁵.

§ 100i УПК ФРГ также не является уполномочивающей правовой основой, так как определение местоположения мобильного аппарата, находящегося в активном режиме, посредством «невидимого СМС» осуществляется не техническим средством, а с помощью данных коммуникации.

Несмотря на то, что «невидимое СМС» на практике довольно часто применяется при проведении предварительного расследования, данная мера не находит правовой основы и в § 100h (абз. 1 № 2) УПК ФРГ. «Невидимое СМС» отправляется посредством компьютера или мобильного аппарата, но в обоих случаях речь идет не о техническом средстве в смысле этого положения. Приведенная норма применяется с целью проведения наблюдения, так как получение информации о местонахождении осуществляется не посредством приборов, а посредством данных, полученных с помощью «невидимого СМС».

Правовыми основами меры, наделяющей полномочиями для ограничения конституционного права подозреваемого, могут, следовательно, являться генеральные клаузулы. На основании того, что получение данных посредством «невидимого СМС» в значительной мере ограничивает как ст. 10 Основного Закона Германии, так и основное право на информационное самоопределение, согласно ст. 2 (абз. 1) в сочетании со ст. 1 (абз. 1) Основного Закона Германии, применение данной меры может происходить исключительно на основании однозначной уполномочивающей основы. Такой вывод соответствует (с некоторыми ограничениями) теории существенности Федерального Конституционного Суда³⁶.

Отсутствие однозначной правовой основы для получения данных, однако, вовсе не означает, что § 100g УПК ФРГ в новой редакции будет разрешать определение местонахождения посредством применения данной меры.

3. Изъятие мобильного аппарата для считывания SIM-карты

Определенными данными о соединении телекоммуникации располагает не только оператор сети, они также частично сохранены на SIM-карте. Это касается, к примеру, исходящих и входящих звонков, времени разговора и номера телефона собеседника. Спорным является вопрос о том, наделяют ли общие положения

³² См.: Eisenberg U., Singelstein T. Op. cit. S. 62–63 с дальнейшими ссылками.

³³ См.: Ср. BT-Dr 15/1448. 2 и далее; LT-Dr 15/352 (Niedersachsen). 3 и далее. Противоположное мнение Eisenberg U., Singelstein T. Op. cit. S. 62–63, 66, считающие разделение данной меры недопустимым.

³⁴ См.: Singelstein T. NStZ. 2012. S. 593–601 и далее.

³⁵ BT-Drucks. 16/5846. 51.

³⁶ К такому же выводу приходят Eisenberg U., Singelstein T. Op. cit. S. 62–64.

о проведении изъятия (§ 94 и след. УПК ФРГ) правоохранительные органы компетенцией на получение этих данных посредством изъятия мобильного телефона или SIM-карты и их считывания, или же эта мера требует специальной уполномочивающей правовой основы.

В соответствии с общепринятым толкованием предметной области защиты ст. 10 Основного Закона Германии, которая обеспечивает сохранение тайны индивидуальной коммуникации, одними из основных параметров ее определения являются метод и способ передачи информации³⁷. Поэтому конфиденциальность данных связи прекращается тогда, когда сообщение приходит получателю³⁸. Кроме того, ограничение ст. 10 Основного Закона Германии имеет место, когда к сохраненным на мобильном аппарате данным имеется доступ, связанный с местом передачи данных, например в случае промежуточного хранения электронного письма на сервере у провайдера. Следовательно, коммутируемый доступ к носителю информации или запрос информации о содержании автоответчика у оператора сети представляет собой ограничение конституционного права в виде применения мер, затрагивающих незавершенный процесс передачи данных. Ограничения, касающиеся непосредственно не процесса передачи данных, который обеспечивается оператором сети, а сохраненных данных, находящихся в области воздействия получателя, не охвачены предметной областью защиты ст. 10 Основного Закона Германии³⁹. Сообщения, факсы или электронные письма, находящиеся в компьютере получателя, не защищены ст. 10 Основного Закона Германии.

Третья палата второго⁴⁰ сената Федерального Конституционного Суда установила в своем решении, что информационные данные о том, были ли, когда и насколько часто проведены радио- и телефонные переговоры или обмен телекоммуникационными данными между абонентскими подключениями телекоммуникационной сети, охватываются предметной областью защиты ст. 10 (абз. 1) Основного Закона Германии, которая распространяется на защищенные от государственного контроля предметы коммуникации. Из этого следует, что и любое ограничение должно соответствовать требованиям ст. 10 (абз. 2 предл. 1) Основного Закона Германии, а именно: иметь соответствующую правовую основу. Изъятие детализированного списка звон-

ков у поставщика телекоммуникационных услуг или считывание с электронных носителей приборов коммуникации, на которых записаны данные соединения, может быть допущено только в случае наличия предпосылок § 100g/h УПК ФРГ ранней редакции.

Данная точка зрения не представляется убедительной. Если к области конфиденциальности данных относится информация об обстоятельствах телекоммуникации, несмотря на то, что эта информация находится в области воздействия подозреваемого, тогда то же самое тем более должно действовать и в отношении содержания телекоммуникации. В таком случае правоохранительные органы имеют право, например, на ознакомление с данными, сохраненными в компьютере обвиняемого, в исходящих или входящих электронных письмах или факсах, а также в сохраненных на SIM-карте сообщениях, исключительно при наличии предпосылок § 100a УПК ФРГ. Но тогда электронная почта была бы (без всякого объяснимого обоснования) защищена в намного большем объеме, чем обычная почтовая связь, так как, согласно специальному положению § 99 УПК ФРГ, изъятию подлежат лишь те почтовые отправления, которые еще не были доставлены получателю.

Изъятие SIM-карты и считывание сохраненных на ней данных не представляет собой обход § 100g УПК ФРГ. Лицо, в отношении которого применяется мера, не может предотвратить записи данных оператором связи. На этом основании оно должно быть защищено от целенаправленного сбора сведений. Кроме того, существует возможность самостоятельного предотвращения или устранения предпосылок и хранения детализированного списка разговоров, а также сохранения данных на SIM-карте путем отказа от получения детализированного списка разговоров или удаления детализированного списка разговоров сразу после получения и данных связи с SIM-карты.

III. § 100i УПК ФРГ

§ 100i УПК регулирует применение так называемого⁴¹ определителя IMSI, с помощью которого существует возможность получения данных о номере прибора (IMEI) и номера карты (IMSI), так же как и о местонахождении мобильного аппарата для разъяснения обстоятельств дела или для определения местонахождения подозреваемого.

Каждый мобильный телефон при включении регистрируется по радиосоте в ближайшей базовой станции, автоматически передавая при этом информацию о номере телефонной карты и номере прибора. Определитель IMSI — это при-

³⁷ См.: Hauschild A. Entscheidungsanmerkung // NStZ. 2005. S. 339.

³⁸ См.: Ibid.

³⁹ См.: Bär B. MMR. 2002. S. 403-

⁴⁰ См.: BVerfG NJW. 2005. S. 1637 с критическими замечаниями; Hauschild A. Op. cit. S. 339 и далее; Weyand C. StV. 2005. S. 520.

⁴¹ О технике см.: Gundermann L. K&R. 1998. S. 48-54; Fox S. DuD. 1997. S. 539; DuD. 2002. S. 212 и след.; Pütz S. DuD. 1998. S. 462 и далее.

бор, который с помощью стандартной антенны, ноутбука и мобильного телефона симулирует подобную радиосоту⁴². Все находящиеся в радиусе действия мобильные телефоны автоматически регистрируются в этой базисной станции без ведома подозреваемого. Определитель IMSI может быть использован и в легковом автомобиле, если существует техническая возможность мобильного применения.

В так называемом режиме обнаружения в определителе IMSI устанавливаются все обозначения мобильных телефонов, находящихся в активном режиме в области действия радиосоты. В течение небольшого отрезка времени по этим мобильным аппаратам невозможно осуществлять разговоры. Таким образом, мера касается всех мобильных телефонов, находящихся в радиосоте⁴³.

Когда будут получены обозначения IMSI и IMEI нужного телефона, можно установить, находится ли он в радиосоте, и при необходимости произвести задержание разыскиваемого лица.

Если обозначения подозреваемого неизвестны, можно провести сравнение всех полученных обозначений с данными, полученными от оператора связи, и установить, какие до сих пор неизвестные SIM-карты или какой мобильный телефон на данный момент использует подозреваемый, и тем самым получить возможность прослушивать его разговоры. Получение данных посредством применения определителя IMSI, по мнению Федерального Конституционного Суда,

не затрагивает предметную область защиты ст. 10 (абз. 1) Основного Закона Германии⁴⁴.

С помощью дополнительного программного обеспечения определитель IMSI может находиться в «режиме прослушивания» для прослушивания исходящих звонков мобильного телефона, так как данный прибор имеет технические приспособления для расшифровки разговоров, ведущихся с помощью мобильных аппаратов⁴⁵. Другие находящиеся в радиосоте телефоны в этот момент не могут установить соединения с телекоммуникационной сетью. Применение определителя IMSI в режиме прослушивания не может происходить на основании § 100i УПК ФРГ. В отношении данной меры действуют предпосылки § 100a/b УПК ФРГ, которые лишь немного строже, чем указанные в § 100i УПК ФРГ⁴⁶. В основном предпосылки этих положений почти идентичны.

В. Заключение

Абонентское подключение (мобильного) телефона к телекоммуникационной сети и огромное количество записанных данных связи дают правоохранительным органам многочисленные возможности для проведения предварительного расследования, которые, хотя и с частичным ограничением — обязательным соблюдением узких правовых границ, были легализованы путем реорганизации наблюдения за телекоммуникацией.

Библиография:

1. Головненков П.В., Спица Н.А. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия: науч.-практ. комм. и пер. текста закона. — М.; Potsdam: Universitätsverlag Potsdam: МГЮА им. Кутафина, 2012. — 404 с.
2. Hegh manns M. Heimlichkeit von Ermittlungshandlungen // Festschrift für U. Eisenberg zum 70. — München, 2009. — S. 511–525.
3. Fallsammlung zum Strafprozessrecht / U. Hellmann (Hrsg.). — Berlin; Heidelberg; NY: Springer, 2008. — 215 s.
4. Thommes K. Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß aus der Sicht des Datenschutzes // StV. — 1997. — S. 657–665.

*Перевод с немецкого М.А. Бирюковой,
канд. культ. наук, доцента, заведующего кафедрой иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

⁴² См.: Schäfer R. in: Löwe-Rosenberg. StPO. 25. Aufl. Berlin, 1997 и след., § 100i Rn. 4.

⁴³ См.: Fox S. DuD 2002. S. 212; Schäfer R. Op. cit. § 100i, Rdn. 4 с дальнейшими ссылками.

⁴⁴ См.: BVerfG. NJW. 2007. S. 351–352.

⁴⁵ Fox S. DuD 2002. S. 212–214.

⁴⁶ Иного мнения Schäfer R. Op. cit. § 100i, Rn. 4, который по причине законно урегулированной обязанности содействия оператора сети в § 100a/b УПК ФРГ полностью отклоняет допустимость применения определителя IMSI в режиме прослушивания.

**TELEPHONE AS A SECRETLY USED APPLIANCE
IN PRELIMINARY INVESTIGATION**

Hellmann, Uwe — Dr. iur. habil., Professor, Head of the Department of Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University, Germany.
[golovnenkov@googlemail.com]
14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *Communications of an accused person with other co-participants or with a third party via telephone is an important source for collecting evidence in a criminal case. Most of the communications data, which is recorded for a certain period of time, provide the law-enforcement bodies with the multiple opportunities for the further preliminary investigation activities. Since such measures, when applied in the course of preliminary investigation, have a significant impact upon the basic rights of an accused person, the necessary condition for their application involves legislative basis, defining prerequisites, nature and limitations to a relevant measure. The scale of application of these measures is limited by the legal acceptability of the action within the framework of the preliminary investigation, rather than by the technical possibility. The author further studies the prerequisites and limitations, as provided by the German criminal procedural law, concerning secret application of measures in preliminary investigation in the course of which the law-enforcement bodies tape and listen to the telephone calls, and use communication data for clarifying the circumstances of the case. Additionally, the author studies the acceptable measures used in order to establish where a mobile phone is currently situated.*

Keywords: *Germany, criminal procedural law, telecommunication surveillance, mobile phone, establishing the place, IMSI (International Mobile Subscriber Identification) identification.*

References:

1. Golovnenkov P.V. Spoke NA Code of Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany: scientific and practical. comm. and trans. the text of the law. — M.; Potsdam: Universitätsverlag Potsdam: MSLA them. Kutafin, 2012. — 404 p.

ШТЕФАН ГАТЦХАММЕР (Stefan Gatzhammer)*

ВОЛЬФГАНГ ЛОШЕЛЬДЕР: РЕКТОР, ПРОФЕССОР, ДОКТОР ПРАВА (1940–2013)

Аннотация. Статья посвящена биографии и чествованию бывшего ректора университета Потсдама, профессора, доктора права Вольфганга Лошельдера, скончавшегося в феврале 2013 г. Будучи профессором в университетах Трира, Бохума и Потсдама, Вольфганг Лошельдер занимался правоведением в широчайшем диапазоне: от государственного служебного права, административного, муниципального, экологического права до пищевого законодательства, семейного, церковного и религиозно-конституционного права. Долгие годы он был членом, а затем президентом Немецкой комиссии по пищевой продукции и председателем бюджетной комиссии Герресовского общества по поддержке науки. Уроженец Рима, крещенный в соборе Св. Петра, убежденный католик, он заслужил славу своим трудом на благо науки, церкви и общества. Он заложил фундамент для восстановления образования раввинов в Германии и основал церковно-правовые институты при университете Потсдама.

Ключевые слова: Лошельдер, административное право, должностное право, государственное служебное право, государственное церковное право, Канонистический институт, раввинское образование, Немецкая комиссия по пищевой продукции, исламская конференция, Герресовское общество, Ротари-клуб.

Вольфганг Лошельдер родился 25 июля 1940 г. в Палаццо Дзуккари в Риме (Италия), в семье историка музыки доктора Йозефа Лошельдера, работавшего в Немецком историческом институте в Риме, и его жены доктора Элизабет, урожденной Хеземан¹. Был крещен на территории Ватикана в соборе Св. Петра, крестной была одна из жительниц Рима, дружившая с семьей. С 1943 г. семья жила в Нойсе в Рейнланде. После изучения юриспруденции в Бонне с 1960 по 1965 г., сдачи первого (1965) и второго (1971) государственного экзамена по юриспруденции Вольфганг Лошельдер в 1976 г. защитил первую докторскую диссертацию (Dr. iur.) в

Боннском университете у Юргена Зальцведеля, на кафедре которого он был ученым секретарем и ассистентом². Его научным руководителем в боннский период был также Йозеф Исензее, с которым он поддерживал связь в течение всей жизни. Свою вторую докторскую диссертацию (Dr. iur. habil.) она защитил в Боннском университете в 1980 г.³ В зимнем семестре 1980–1981 гг. он начал читать первые лекции по введению в публичное право в качестве исполняющего обязанности главы кафедры университета г. Трир. В 1981 г. его пригласили в Рурский университет г. Бохума на должность профессора и заведующего кафедрой публичного права. С мая 1986 г. по сентябрь 1987 г. он являлся деканом юридического факультета Рурского университета в Бо-

¹ См.: Grempler M. Die Vorgeschichte und Gründungsphase der Musikgeschichtlichen Abteilung am Deutschen Historischen Institut Rom // Von der Geheimhaltung zur interdisziplinären Forschung. Die Musikgeschichtliche Abteilung des Deutschen Historischen Instituts in Rom 1960–2010 / hg. von S. Ehrmann-Herfort und M. Matheus. Berlin, 2010 (= Bibliothek des Deutschen Historischen Instituts in Rom, Bd. 123). S. 83–130; S. 90–96.

² Loschelder W. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietsgestaltung. Berlin: Duncker und Humblot, 1976.

³ Loschelder W. Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung: zur Institutionalisierung d. engeren Staat/Bürger-Beziehungen. Heymann: Köln: Heymann, 1982.

хуме, затем с ноября 1987 г. по декабрь 1991 г. членом ученого совета Рурского университета в Бохуме⁴.

Свой путь из Бохума в Потсдам⁵ уходящий ректор университета Вольфганг Лосхельдер при передаче полномочий своей преемнице Сабине Кунст на встрече Нового года 18 января 2007 г. описывал так: в январе 1991 г. он приехал в Потсдам «собственно лишь ради того, чтобы прочитать лекцию на юридическом факультете, находившемся в стадии основания. Декан факультета, мой коллега по факультету из Бохума и проректор Рурского университета, профессор Рольф Граверт попросил меня об этом в телефонном разговоре 31 декабря 1990 г. — я как раз собирался пойти в церковь на новогоднюю службу и уже надел пальто. С этого все началось»⁶.

Вольфганг Лосхельдер, один из шести профессоров, основавших юридический факультет, работал в Потсдамском университете с октября 1991 г. В мае 1992 г. он возглавил кафедру публичного права, в частности административного, административно-процессуального и экологического права, на юридическом факультете. Вскоре факультет избрал его на впервые открывшуюся на самом факультете должность декана, которую он занимал с марта 1993 г. по март 1994 г. С марта 1994 г. по сентябрь 1995 г. он занимал должность проректора по планированию развития и финансам. 15 июня 1995 г. ученый совет университета избрал Вольфганга Лосхельдера ректором. Он принял руководство университетом 1 октября 1995 г. В этой же должности он был утвержден путем переизбрания в 1999 г. В 2001 г. он в качестве ректора резюмировал итоги десяти лет с момента создания Потсдамского университета⁷. В 2004–2005 гг. он являлся председателем конференции ректоров земли Бранденбург. До 31 декабря 2006 г. он занимал должность ректора Потсдамского университета.

Вольфганг Лосхельдер специализировался в области государственного служебного права, в частности норм, регулирующих правовое положение государственных служащих. С 1980 по 2003 г. он был одним из редакторов журнала о правовом положении государственных слу-

жащих⁸. В этом журнале⁹ он комментировал доклад учебной комиссии о реформе государственного служебного права и исследовал суверенные полномочия федерального ведомства по трудоустройству в отношении функции жизнеобеспечения административной власти¹⁰. В дискуссиях о служебном праве он постоянно затрагивал аспекты справедливости обеспечения государственных служащих и его приравнивания к пенсионному страхованию¹¹. Он указал конституционные границы оговорки о гражданстве в немецком служебном праве, учитывая при этом право свободного передвижения и выбора места жительства рабочих на территории Европейского Сообщества¹². На 26-м служебно-политическом заседании Немецкого профсоюза служащих он обратил внимание на несоответствие между необходимостью экономии и участия в экономике¹³. Кроме того, он занимался спорными вопросами в отношении пассивного курения в публично-правовом управлении и основными правовыми аспектами компьютерного поиска возможных преступников на основании общих признаков (Rasterfahndung) в ходе проведения полицией предварительного расследования¹⁴. В неоднократно переиздававшемся пособии по государственному¹⁵ праву он рассматривал кон-

⁸ См.: Nachruf auf Professor Loschelder // Zeitschrift für Beamtenrecht. 2013. Heft 4. S. 109.

⁹ Loschelder W. Dienstrechtsreform auf dem Wege zur Realisierung? Zum Bericht der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts // Zeitschrift für Beamtenrecht. 1973. S. 189–197.

¹⁰ Loschelder W. Die Aufgaben der Bundesanstalt für Arbeit — «hoheitsrechtliche Befugnisse»? Zur verfassungskonformen Abgrenzung von Beamten- und Arbeitnehmerfunktionen in der das-einsvorsorgenden Verwaltung // Zeitschrift für Beamtenrecht. 1977. S. 165–172.

¹¹ Loschelder W. Versorgungsgerechtigkeit beim Zusammen-treffen von Ruhegehalt und Rente. Konzeptionelle und verfassungsrechtliche Einwände gegen § 55 BeamtVG // Zeitschrift für Beamtenrecht. 1983, S. 1–15. (zusammen mit W. Fürst); Loschelder W. «Annäherung» der Beamtenversorgung an die Rentenversicherung? Zu den Empfehlungen der «Sachverständigenkommission Alterssicherungssysteme» // Die öffentliche Verwaltung. 1984. S. 1003–1009. Loschelder W. Die Weiterbeschäftigung von Funktionsträgern des SED-Regimes im öffentlichen Dienst, in: Georg Brunner (Hrsg.), Juristische Bewältigung des kommunistischen Unrechts in Osteuropa und Deutschland (Osteuropaforschung 34) Berlin 1995. S. 188–210.

¹² Loschelder W. Der Staatsangehörigkeitsvorbehalt des deutschen Beamtenrechts und die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen supranationaler Definitionsmacht // Zeitschrift für Beamtenrecht. 1991. № 39. S. 102–112.

¹³ Loschelder W. Der öffentliche Dienst zwischen Sparzwängen und wirtschaftlicher Teilhabe. Zur 26. beamtenpolitischen Arbeitstagung des Deutschen Beamtenbundes // Die öffentliche Verwaltung. 1985. S. 190–192.

¹⁴ Loschelder W. Staatliche Regelungsbefugnis und Toleranz im Immissionsschutz zwischen Privaten. Die Passivraucher-Kontroverse in der öffentlichen Verwaltung // Zeitschrift für Beamtenrecht 1977. S. 337–355.

¹⁵ Loschelder W. Rasterfahndung — Polizeiliche Ermittlungen zwischen Effektivität und Freiheitsschutz // Der Staat. 1981. № 20. S. 349–372.

⁴ Доклад г-на Йорга Лоренца (Jörg Lorenz) // Universitätsarchiv. Ruhr-Universität-Bochum. 17.06.2013.

⁵ См.: Uhlig C. 10 Jahre Wissenschaftstransfer. Bochum und die neuen Bundesländer. URL: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/rubens/rubens48/12.htm>.

⁶ Речь прежнего ректора университета в Потсдаме, Вольфганга Лосхельдера, по поводу встречи нового 2007 г. в университете Потсдама, 18 января 2007 г. URL: <http://www.uni-potsdam.de/pressmitt/2007/loschelder.pdf>

⁷ Loschelder W. Zwischenbilanz nach zehn Jahren : Ausbau und Perspektiven // Görtemaker M. (Hrsg.). Die Universität Potsdam. Geschichte — Bauten — Umgebung. Berlin, 2001. S. 63–76.

ституционные права в особом статусе¹⁶. С 1980 г. являлся членом Объединения немецких преподавателей публичного права¹⁷.

Вольфганг Лошельдер был одним из первых правоведов Германии, кто начал университетские исследования пищевого законодательства, которое долгое время было предано забвению, но на практике становилось все более важной темой. В области пищевого законодательства и защиты прав потребителей¹⁸, а также и в области правовых норм¹⁹ и политики здравоохранения²⁰ он занимался научным обоснованием, структуризацией, систематизацией и догматическим расположением²¹. Федеральный министр по делам молодежи, семьи, женщин и здоровья назначил Вольфганга Лошельдера членом Немецкой комиссии по пищевой продукции (научная группа) сроком на 5 лет с 1 января 1989 г., согласно § 34 абз. 2 полож. 1 Закона о пищевой продукции и товарах первой необходимости, в связи с § 1 абз. 2 полож. 1 Устава Немецкой комиссии по пищевой продукции²². Как член различных специальных комиссий, он оказывал влияние на работу комиссии своими компетентными и основательными докладами²³. В период с 1 января

1999 г. по 31 декабря 2003 г. он был назначен заместителем председателя Немецкой комиссии по пищевой продукции и одновременно являлся членом ее президиума. К примеру, комиссия, состоящая из 32 членов, решала вопросы о праве на наименование продукции и разрабатывала руководства по ее составу. В июне 2004 г. он был назначен председателем Немецкой комиссии по пищевой продукции. Председателем Немецкой комиссии по пищевой продукции он являлся с 2005 по 2008 г. Собственно, реестр пищевой продукции — это сборник руководств, в которых описаны происхождение, характеристики или прочие признаки продуктов, имеющих существенное значение при определении товарной пригодности этих продуктов. Руководства призваны способствовать унификации в практике контроля пищевой продукции. Заинтересованный потребитель может почерпнуть там много полезной информации, в судах они служат вспомогательным средством при принятии решений. Для пищевой промышленности руководства представляют собой инструкцию по добросовестному производству и реализации²⁴. Всю жизнь он поддерживал связь с коллегами в сфере правового регулирования пищевой промышленности²⁵.

После защиты первой диссертации (Dr. iur.) Вольфганг Лошельдер продолжал публиковать работы по административному²⁶ и коммунальному праву²⁷. В 1993–1994 гг. он руководил основанием уникального для новых земель Междисциплинарного потсдамского института коммунальных наук (ИКН). Благодаря открытию в тот момент специальности «юриспруденция», а позднее — юридического факультета, коммунально-научные инициативы при участии профессора Лошельдера обрели институциональное положение. Благодаря деятельности декана-основателя юридического факультета профессора,

ное министерство питания, сельского хозяйства и защиты потребителей, от 05.07.2013.

²⁴ URL: <http://www.bmelv.de/SharedDocs/Standardartikel/Ernaehrung/SichereLebensmittel/Kennzeichnung/Lebensmittelbuch/MitgliederLebensmittelbuchKommission.html>.

²⁵ Loschelder W. «Feststellen?» «Beschreiben?» «Gestalten?». Die Aufgabe der Deutschen Lebensmittelbuchkommission // Festschrift für Michael Welsch. Hamburg, 2010. S. 119–127.

²⁶ Loschelder W. Vorgaben für die Festlegung der Abfallbeseitigungskompetenz durch den Gesetzgeber // Die Zuständigkeit der Landkreise für die Abfallbeseitigung. Schriften des Niedersächsischen Landkreistages. Bd. 2. Göttingen, 1982. S. 95–142 (zusammen mit J. Salzwedel).

²⁷ Loschelder W. Die Befugnis des Gesetzgebers zur Disposition zwischen Gemeinde- und Kreisebene. Aufgabenverteilung und Aufsichtszuordnung nach dem Maßstab des Art. 28 Abs. 2 GG // Schriften des Niedersächsischen Landkreistages. Bd. 6. Göttingen, 1986; Loschelder W. Selbstverwaltung durch mehrstufige Aufgabenerfüllung auf kommunaler Ebene. Zum organisatorischen und verfassungsrechtlichen Stellenwert kommunaler Verbundverwaltung // Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg-Christoph von Unruh. Heidelberg, 1983. S. 381–403; Loschelder W. Gemeinde- und Kreisaufgaben: Überlegungen zu einem vorläufigen Resümee // Der Landkreis. 1989. № 8–9. S. 380–383.

¹⁶ Loschelder W. Grundrechte im Sonderstatus // Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Bd. V. Heidelberg, 1992. S. 805–836; Loschelder W. Grundrechte im Sonderstatus // Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland / J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.). Bd. 9: Allgemeine Grundrechtslehre. Heidelberg, 2011. S. 1077–1109.

¹⁷ Доклад профессора, доктора Йоахима Виланда (Joachim Wieland), ректора университета административных наук в Шпейере, от 04.07.2013.

¹⁸ Loschelder W. Consumer Protection in the Federal Republic of Germany: A Brief Look at the German Law of Food // Saint Louis University Public Law Review. 1987. Vol. VI. № 1. S. 131–139; Loschelder W. Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen in den neuen Bundesländern // Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht. 1992. S. 111 и далее.

¹⁹ Loschelder W. Gesundheitsrechtliche Aspekte des AIDS-Problems // Neue Juristische Wochenschrift. 1987. S. 1467–1470; Loschelder W. Die Bekämpfung von AIDS als gesundheitsrechtliches Problem // Die Rechtsprobleme von AIDS. Baden-Baden, 1988. S. 153–170.

²⁰ Loschelder W. Beschränkungen der Außenwerbung als Mittel lokaler Gesundheitspolitik. Zur Differenzierung nach Produkten bei der Vergabe gemeindeeigener Reklameflächen // Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht. 1988. S. 488–508; Loschelder W. Die Kündigung gemeindlicher Werbenutzungsverträge aus gesundheitspolitischen Gründen. Fragen zur materiellrechtlichen Konstellation und zum Rechtsschutz der Vertragspartner, in: Wettbewerb in Recht und Praxis. 1991. № 6. S. 351–361.

²¹ Loschelder W. Ernährung, IV. Lebensmittelrecht // Staatlexikon der Görres-Gesellschaft. 2. Bd. 7. Aufl. Freiburg i. Br. 1986. S. 370–372.

²² Loschelder W. Die Rolle der Standardisierungsgremien im kooperativen Staat — Statements: Die Deutsche Lebensmittelkommission // Gremienwesen und staatliche Gemeinwohlverantwortung. Berlin, 2001, S. 167 и далее.

²³ Был членом: экспертного комитета № 2 «Хлебобулочные изделия из муки тонкого помола, кондитерские изделия, пудинговые и картофельные изделия»; экспертного комитета № 11 «Пищевые жиры и масла»; экспертного комитета № 15 «Хлеб и мелкоштучные хлебобулочные изделия». См.: Доклад г-жи Арианы Гирндт (Ariane Girndt), федераль-

доктора Рольфа Граверта и его преемника Лошельдера, в 1993 г. приказом министра науки, исследований и культуры земли Бранденбург, после рассмотрения различных моделей (институт-факультет, институт при университете) был основан Институт коммунальных наук как междисциплинарное научное учреждение университета. Вплоть до момента формирования первого ученого совета Института коммунальных наук как уставной руководящей коллегии и избрания коммерческим директором профессора, доктора Михаэля Нирхауза 16 февраля 1994 г. Лошельдер временно возглавлял ИКН — вначале в качестве декана, позже как проректор университета. Таким образом, он определял содержательную, организационную и междисциплинарную фазу основания и направление ИКН. Благодаря его усилиям, в частности, междисциплинарная идея института, закрепленная в уставе, последовательно реализовывалась с первого дня, помимо прочего, путем набора членов правления из представителей юридических, социально-экономических, политических и административных наук. Профессор Лошельдер также заложил основы контактов и сотрудничества с коммунально-научными организациями других федеральных земель и с коммунальными объединениями. Именно в первые институтские годы, не удовлетворившись изначальным «скромным оснащением», он принимал значительное участие в освоение материальных и финансовых ресурсов в пользу института. Его деятельности ИКН обязан получением наследия ученых Вайдеса и Йезериха. Заняв пост ректора университета в октябре 1995 г., он остался почетным председателем правления Института коммунальных наук вплоть до своей смерти и поддерживал его во всех направлениях деятельности²⁸. В 2000 г. совместно с Ральфом Енкелем Лошельдер издал обзор междисциплинарного экологического исследования, проводившегося в университете Потсдама²⁹.

Вольфганг Лошельдер был тесно связан в научном и личном плане с дисциплиной «государственное церковное право», или, как оно называлось ранее, — (конституционное) право вероисповедания. Юрист в области церковного права, Лошельдер регулярно принимал участие в экспертных заседаниях «Эссенских бесед» с 1983 г.³⁰ Будучи членом консультативного совета «Эссенских бесед» с 2000 по 2012 г., он считался у принимающей стороны в Бистум-Эссене³¹ и

среди своих коллег уважаемым собеседником и экспертом³². В мае 1989 г. председатель Немецкой конференции епископов — епископ, профессор, доктор Карл Леман — назначил его членом ученого совета Института государственного церковного права при епархии Германии в Бонне. С момента выхода в свет специального журнала «Церковь и право. Журнал церковной и государственной практики» в 1994–1995 гг. Вольфганг Лошельдер был членом этого совета³³.

Для признанного юриста в области церковного права основание, устройство и дальнейшее существование³⁴ церковно-правовых институтов при Потсдамском университете представляло личный интерес с момента основания Института (католического) церковного права при Потсдамском университете (с 2004 г. — Канонистический институт) 4 декабря 2002 г.³⁵ После того как 6 марта 2002 г. было заключено кооперативное соглашение между Потсдамским университетом и архиепископством Берлина, профессор Лошельдер предоставил этот текст также и евангелической стороне и от лица университета предложил заключить подобное соглашение и с представителем Евангелического института церковного права, тогда еще находившегося на стадии формирования³⁶. При этом он, помимо прочего, указал на то, что как ученый совет Потсдамского университета, так и юридический факультет Потсдамского университета по случаю основания Института католического церковного права при университете недвусмысленно высказались за то, чтобы вскоре был создан соответствующий институт евангелического права. 17 декабря 2003 г. в рамках праздничного мероприятия в Грибницее начал свою работу Евангелический институт церковного права, после того как были заключены соглашения между Потсдамским университетом, юридическим факультетом и Евангелическим институтом церковного права. При этих и других обстоятельствах профессор Лошельдер регулярно подчеркивал как во время, так и по окончании своей работы в качестве ректора, насколько важны для него эти два института церковного права. Решающим для деятельности двух церковно-правовых институтов было то, что юридический факультет Потсдамского университе-

²⁸ Доклад г-жи Кристианы Бюхнер (Christiane Büchner), коммунальное хозяйство института университета в Потсдаме, от 13.06.2013.

²⁹ Umweltforschung an der Universität Potsdam / R. Jänkel, W. Loschelder (Hrsg.) Potsdam, 2000. URL: <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2006/791/pdf/vol08.pdf>.

³⁰ Доклад г-жи Кристианы Лошельдер (Christiane Loschelder), Потсдам, от 22.05.2013.

³¹ Loschelder W. Militärseelsorge im Beamtenstatus? // Zeugnis des Glaubens im Dienst an der Welt, Festschrift für Franz Kardinal Hengsbach zur Vollendung des 80. Lebensjahres. Mülheim a.d. Ruhr, 1990. S. 783–802.

³² Loschelder W. Staatliche und kirchliche Kulturverantwortung auf dem Gebiet des Denkmalschutzes // Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat. Berlin, 1989. S. 611–621.

³³ См.: Gatzhammer S. In memoriam Rektor a.D. Prof. em. Dr.iur. Wolfgang Loschelder (1940–2013) // Kirche und Recht (KuR). 2013. S. 124–127.

³⁴ Президент университета Потсдама, профессор Гюнтер, в июне 2012 г. продлил полномочия профессора Лошельдера на представление интересов университета в рамках института.

³⁵ См.: Ein mutiger Schritt. Institut für Kirchenrecht an der Universität Potsdam gegründet // Portal. Die Potsdamer Universitätszeitung. 2003. № 1–2. S. 3.

³⁶ Доклад доктора Йоахима Гертнера (Joachim Gaertner), Евангелический институт церковного права при университете Потсдама, от 21.05.2013.

та в мае 2003 г. утвердил новый порядок занятий, где в предметный раздел «Основы права» был внесен предмет по выбору «Церковное право», изучая который студенты могут ознакомиться как с государственным церковным правом/конституционным правом вероисповедания, так и, в частности, с конституционным правом католической и евангелической церкви, а также с церковными источниками права. Церковно-правовые институты совместно с юридическим факультетом Потсдамского университета с 2004 г. проводят процедуру присуждения ученой степени доктора юридических наук³⁷.

Урожденный римлянин, Вольфганг Лошельдер вместе с супругой Кристианой с большой охотой принимал участие в римских семинарах, которые проводились Потсдамом начиная с 2003 г., а также в научных заседаниях в Риме и Ватикане. Будучи ректором, он очень гордился тем, что Папа Иоанн Павел II на генеральной конференции 8 октября 2003 г. лично поприветствовал его потсдамских студентов³⁸. Особый интерес представлял для него римский семинар, организованный совместно с Колледжем Авраама Гейгера и проходивший в Вечном городе с 6 по 13 марта 2005 г., темой которого в неделю братства был диалог между иудаизмом и католицизмом, в семинаре принимали участие более 50 представителей университета и семинара раввинов³⁹. Римские семинары регулярно проводились в Потсдаме профессором, доктором Томасом Брехенмахером, Новая история II (немецко-еврейская история), и доктором Штефаном Гатцхаммером, Канонистический институт, в сотрудничестве с Институтом изучения иудаизма и религиоведения, объединившимся в 2013 г.⁴⁰

Вольфганг Лошельдер заложил основы возрождения раввинского образования в Германии⁴¹. Колледж Авраама Гейгера на базе Потсдамского университета существует с 1999 г. и является первым образовательным семинаром для раввинов и канторов в континентальной Европе после Холокоста⁴². В

состоявшейся в Дрездене 14 сентября 2006 г. церемонии посвящения первого раввина⁴³, получившего образование в Потсдаме, Вольфганг Лошельдер принимал участие уже в качестве почетного члена совета Колледжа им. Авраама Гейгера⁴⁴. Целью колледжа, организованного им при университете, является подготовка раввинов и женщин-раввинов, канторов и женщин-канторов для еврейских общин в Центральной и Восточной Европе, в особенности в Германии. Академическое образование закреплено в учебном плане Института изучения иудаизма и религиоведения при Потсдамском университете и, таким образом, включено в общий контекст университета, с целью улучшения понимания иудаизма в плюралистических взаимоотношениях⁴⁵. Вольфганг Лошельдер был почетным членом в учредительном совете Организации Лео Бека, которая была основана в 1937 г. для поддержки изучающих еврейскую теологию⁴⁶. Открытие 19 ноября 2003 г. Школы еврейской теологии, интегрированной в философский факультет в качестве будущего учебного заведения для раввинов и канторов либерального и консервативного направления, спустя 70 лет после закрытия Высшей школы по изучению иудаизма в Берлине, имеет историческое значение⁴⁷.

За успешную деятельность Вольфгангу Лошельдеру 1 июля 2005 г. архиепископ Берлина Георг кардинал Стержинский вручил Папский орден «За заслуги перед Церковью и Папой» в рамках научного симпозиума по случаю 65-летнего юбилея⁴⁸. «Этим мы чтим заслуги Лошельдера как строителя мостов. Он возводил мосты не только как христианин между двумя христианскими религиями и университетом, между христианством и иудаизмом. Он строил мосты в человеческих отношениях в бурные годы политического перелома и, прежде всего, в позднейшей консолидации между Востоком и Западом. Его влияние присутствует в университете и на факультете не только сейчас, но будет присутствовать и в будущем»⁴⁹.

13 июня 2007 г. премьер-министр земли Бранденбург Матиас Платцек вручил Лошель-

³⁷ URL: <http://www.uni-potsdam.de/u/ambek/ambek2004/5/a2004-21-05-v01.htm>.

³⁸ См.: Potsdamer vom Papst begrüßt. Studiengruppe eine Woche bei der römischen Kurie zu Gast // Märkische Allgemeine. 2003. № 241. S. 16.

³⁹ См.: Bomhoff H.G. «Roma locuta, causa finita...» // Kescher. Informationen über liberales Judentum im deutschsprachigen Raum. 3. Jg. Ausgabe 2. Frühjahr 2005. Nissan-Aw 5765. S. 5; Rochlitzer N. Von Rom verzaubert. Lehrende und Studierende reisten gemeinsam nach Italien // Portal. Das Potsdamer Universitätsmagazin. 2005. № 4/6. S. 4.

⁴⁰ Последний выпуск 25.02-02.03.2013. URL: <http://www.zentrum-juedische-studien.de/institution/universitaet-potsdam/>. Университет Потсдама является одним из попечительских учреждений открытого в мае 2012 г. Центра еврейского образования Берлин-Бранденбург (ЦЕО).

⁴¹ См.: Traueranzeige des Abraham-Geiger-Kollegs // Potsdamer Neueste Nachrichten. 2013. S. 8.

⁴² См.: с международным признанием в качестве «первого и единственного раввинского учебного заведения в стране со времен Холокоста»: Homolka V. After 64 Years: 3 new Rabbis // The New York Times., 2006. Sept. 13. URL: <http://www.nytimes.com/2006/09/13/world/europe/13briefs-007.html?fta=y>.

⁴³ См.: Landler M. 3 Rabbis Ordained as Judaism Re-emerges in Germany // The New York Times. 2006. Sept. 15. URL: http://www.nytimes.com/2006/09/15/world/europe/15rabbis.html?_r=1&.

⁴⁴ URL: <http://www.zentralratjuden.de/down/Festschrift.pdf>.

⁴⁵ URL: <http://abraham-geiger-kolleg.de/abraham-geiger-kolleg/das-kolleg.html>.

⁴⁶ URL: <http://www.leo-baeck-foundation.org/de/stiftungsrat.htm>.

⁴⁷ См.: Hafner J. Ev., Grill G. Zur Integration von jüdischer Theologie in der Philosophischen Fakultät // Theologie(n) an der Universität. Berlin, 2013. S. 79–100; 91–100; ср. также: Homolka W. Der lange Weg zur Errichtung des Fachs Jüdische Theologie an einer deutschen Universität. S. 53–77; 73 и далее.

⁴⁸ См.: Katholische SonntagsZeitung. 2005. Juli. № 27, S. II; Kixmüller J. Ehre aus Rom // Potsdamer Neueste Nachrichten, 02.07.2005; Traueranzeige des Erzbistums Berlin. Generalvikar Prälat Tobias Przytarski, und des Kanonistischen Instituts, Dr. Stefan Gatzhammer // Potsdamer Neueste Nachrichten. 28.02.2013. S. 8.

⁴⁹ Bauer H. Einer, der Spuren hinterließ. Zum Tod des ehemaligen Rektors der Universität Potsdam, Prof. Dr. Wolfgang Loschelder // Portal. Das Potsdamer Universitätsmagazin. 2013. № 2. S. 15.

дери, занимавшему на протяжении многих лет должность ректора, орден земли Бранденбург «За заслуги» за его «решающий вклад в строительство и развитие университета в столице федеральной земли и развитие сети институтов Бранденбурга в целом»⁵⁰.

Вольфганг Лошельдер тщательно исследовал религиозно-правовую концепцию Конституции в отношении религиозных и культурных меньшинств, а также критически разобрал предпосылки и границы межкультурного диалога в рамках Конституции⁵¹. В этом смысле он, как никто другой, заострил внимание общественности на проблематике религиозного обучения⁵² мусульман в Германии⁵³, а также исламского религиозного образования в государственных школах⁵⁴. Он постоянно занимался на научной основе такими комплексными темами, как свобода вероисповедания⁵⁵, совесть и свобода совести⁵⁶, личная ответственность⁵⁷, контроль⁵⁸, а также свобода исследования⁵⁹ и преподавания⁶⁰.

После выхода на пенсию с 2009 по 2012 г. Вольфганг Лошельдер вел лекции и семинары

⁵⁰ URL: <http://www.stk.brandenburg.de/cms/detail.php/bb2.c.414344.de>.

⁵¹ Loschelder W. Minderheiten zwischen kultureller Identität und Integration. Das religionsrechtliche Konzept des Grundgesetzes: Elemente eines Modells // Preußens Himmel breitet seine Sterne, Beiträge zur Kultur-, Politik- und Geistesgeschichte der Neuzeit, Festschrift zum 60. Geburtstag von Julius H. Schoeps. Bd. 2. Hildesheim; Zürich; NY., 2002. S. 827–836.

⁵² Loschelder W. Konflikt und Konsens im Verfassungsstaat. Voraussetzungen und Grenzen eines «interkulturellen» Dialogs unter dem Grundgesetz // Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee. Heidelberg, 2007. S. 149–167.

⁵³ Loschelder W. Religiöse Unterweisung als Merkmal kultureller Identität. Die Auseinandersetzung über Religionskunde und Religionsunterricht für Muslime in Deutschland 1970 bis heute // Judaism, Christianity, and Islam in the course of history. München, 2011. S. 197–213.

⁵⁴ Loschelder W. Islamische Religionsunterweisung an öffentlichen Schulen. Anmerkungen zum Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin vom 4. November 1998 — OVG 7 B 4.98 (Sonderheft anlässlich des 70. Geburtstages von Heiner Marré) // Kirche und Recht. 1999. Bd. 5. S. 137–142

⁵⁵ Loschelder W. Religionsfreiheit: III. Geltendes Recht, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 4. Bd., 7. Aufl. Freiburg i.Br., 1988. S. 828–830.

⁵⁶ Loschelder W. Gewissen, Gewissensfreiheit, III. rechtlich // Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 2. Bd., 7. Aufl. Freiburg i.Br., 1986. S. 1056–1059.

⁵⁷ Loschelder W. Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung in der Exekutive // Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 2. Auflage Heidelberg, 1996. § 68. S. 521–566; Bd. V/ 3. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage. Heidelberg, 2007. § 107. S. 409–455.

⁵⁸ Loschelder W. Kontrolle // Staatslexikon der Görres-Gesellschaft. 7. Aufl. 3. Bd. Freiburg i.Br., 1987. S. 650–654.

⁵⁹ Loschelder W. Wissenschaftsfreiheit und Hochschulen // Präsident des Landtages Brandenburg (Hrsg.): 10 Jahre Verfassungswirklichkeit im Land Brandenburg. Potsdam, 2002. S. 65 и далее.

⁶⁰ Loschelder W. Das Grundrecht der Freiheit von Forschung und Lehre — identischer Wortlaut bei ausgewechseltem Substrat // Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft 1999. Köln, 1999. S. 65–88, также опубл. в: Brücken bauen und begehen, Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag. München, 2000. S. 467–489.

по государственному церковному праву, а также межфакультетские блоки семинаров о праве вероисповедания в международном аспекте в Канонистическом институте и на юридическом факультете в сотрудничестве с доктором Йоахимом Гертнером и доктором Штефаном Гатцхаммером; также с летнего семестра 2010 г. — семинары под названием «Ислам и конституция», проводившиеся трижды в связи с большим спросом среди студентов. Вольфганг Лошельдер дальновидно занимался этой тематикой уже со времен «Эссенских бесед»⁶¹ в 1985 г.⁶² 6 июля 2009 г. он прочитал доклад на тему «Религия в светском обществе» в рамках открытой дискуссии на Немецкой исламской конференции в историческом государственном зале Старой Ратуши в Регенсбурге⁶³.

По инициативе Вольфганга Лошельдера с летнего семестра 2013 г. был открыт блок религиозно-правовых семинаров для всех интересующихся студентов дополнительно к основному курсу аналогичных учебных дисциплин, задуманный так же, как ряд семинаров для студентов без определенного вероисповедания на базе Потсдамского университета — «Иудеи, христиане и мусульмане в религиозно-правовом сравнении»⁶⁴.

С мая 1981 г. Вольфганг Лошельдер был членом Герресовского общества по защите науки и в те же годы был избран в его ученый совет. Кроме того, с 1997 г. он был членом, а с 2009 по 2012 г. — председателем бюджетной комиссии Герресовского общества⁶⁵. С 1998 г. он был добровольным представителем Потсдама в Мальтийской службе помощи, а также добровольным контактным лицом и представителем интересов Мальтийской службы помощи в Потсдаме и окрестностях⁶⁶. Ему всегда были очень важны интересы его церковного прихода Св. Петра и

⁶¹ Loschelder W. Der Islam und die religionsrechtliche Ordnung des Grundgesetzes // Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, hrsg. von Heiner Marré und Johannes Stütting. Bd. 20. Münster, 1986. S. 149–203.

⁶² Loschelder W. «... in einem vom Christentum geprägten Land». Zur Position des Islam im staatskirchenrechtlichen System des Grundgesetzes // Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag. Berlin, 2009. S. 17–38.

⁶³ URL: <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/SharedDocs/Newsletter/DIK/DE/2009/09-06-dik-newsletter.html>

⁶⁴ Совместная инициатива религиозно-правовых институтов в университете Потсдама: Колледж имени Авраама Гейгера, раввин профессор Вальтер Гомолка; Евангелический институт церковного права, доктор Йоахим Гертнер; Форум для межкультурного диалога, Кадир Санчи, магистр гуманитарных наук; Канонистический институт и координация, доктор Штефан Гатцхаммер.

⁶⁵ Доклад г-жи Хелены Рейнарц (Helena Reinartz), Руководство герресовского общества, Бонн, от 27.05.2013. URL: [http://www.goerres-gesellschaft.de/sites/default/files/userfiles/Jahresbericht%202011%20Internet,%2017_6\(6\).pdf](http://www.goerres-gesellschaft.de/sites/default/files/userfiles/Jahresbericht%202011%20Internet,%2017_6(6).pdf).

⁶⁶ См.: PUTZ. Die Potsdamer Universitätszeitung. 1998. №. 5. S. 22.

Павла⁶⁷. С 1998 по 2008 г. он был представителем церковного правления потсдамского прихода пастора Св. Петра и Павла в административном совете Дома Св. Иосифа в Потсдаме (Больница Св. Иосифа в Потсдаме, Сан-Суси), а с 2005 по 2008 г. осуществлял функции наблюдателя для ООО «Алексианские братья»⁶⁸.

Всеми силами он оказывал помощь иностранным студентам и своей научной сотруднице Павлинке Маноловой⁶⁹, и в этой связи духовно и материально поддерживал инициативу «Женщины для женщин», которая предоставляет стипендии восточноевропейским студенткам⁷⁰.

В 2004 г. он был председателем-основателем, а позже почетным членом некоммерческой организации «Потсдам за знания» по поддержке науки и исследований, а также по построению структурной сети институтов, научных учреждений, экономики, культуры, политики, города и граждан в потсдамском регионе⁷¹.

С 1995 г. был членом Ротари Клуба в Потсдаме, в 2009–2010 гг. — его президентом, в особенности он поддерживал в эти годы школьный и студенческий обмен со странами Восточной Европы⁷². Он охотно опубликовал доклад в книге о Потсдаме, изданной его другом и тогдашним министром науки и образования земли Бранденбург Стефеном Райхе⁷³.

Основные права школ⁷⁴, государственная защита брака и семьи⁷⁵, свобода вероисповедания

и религиозных учреждений⁷⁶, а также воспитание ценностей⁷⁷ и границы государственной передачи знаний в школе⁷⁸ — над этими темами Вольфганг Лосхельдер постоянно и тщательно работал. В руководстве по государственному церковному праву он разработал фундаментальные задачи церкви как попечителя школ⁷⁹. В сентябре 2012 г. Вольфганг Лосхельдер прочитал доклад по актуальным вопросам факультетов исламской теологии в государственных университетах Германии для юбилейного сборника одного из потсдамских коллег, презентация которого прошла в апреле 2013 г.⁸⁰

20 февраля 2013 г. убежденный католик Вольфганг Лосхельдер скончался в Потсдаме в возрасте 72 лет после тяжелой и продолжительной болезни. У него остались супруга Кристиана, четверо взрослых детей и множество внуков. Его многолетний спутник, первый министр науки земли Бранденбург Гинрих Эндерляйн метко сказал во время академической траурной церемонии в Потсдамском университете 6 марта 2013 г.: «*Рейнландец, родившийся в Риме, должен был получить порцию прусских генов, иначе он никогда не смог бы справиться с этими обязанностями*»⁸¹.

Бывший ректор Потсдамского университета, профессор, доктор права Вольфганг Лосхельдер был признанным экспертом в области публичного права, в частности государственного, административного, муниципального и экологического права, а также в области пищевого законодательства, семейного, церковного и религиозно-конституционного права. Он занимался юриспруденцией в чрезвычайно широком диапазоне и заслужил славу своей неустанной деятельностью во благо науки, церкви и общества. «*В лице Вольфганга Лосхельдера мы потеряли признанного, деятельного ученого и великодушного человека*». Покойся с миром!

⁶⁷ См.: Pfarrbrief St. Peter und Paul // Katholische Kirchengemeinde Potsdam, 03 Dezember 2006 bis 17. Februar 2007/ S. 8 и далее; Nachruf im Pfarrbrief 18. Mai bis 28. September 2013. S. 38.

⁶⁸ См.: St. Josefs-Krankenhaus Potsdam Sanssouci 1862–2012, Berlin, 2012. Доклад профессора Эккарта Франца (Eckart Frantz), прежнего главного врача больницы Св. Иосифа в Потсдаме от 10.06.2013.

⁶⁹ URL: <http://www.uni-potsdam.de/studium/data-storage/zielgruppenbereich/international/portraits/frauenfuerfrauen/2011.html>.

⁷⁰ URL: <http://www.uni-potsdam.de/studium/data-storage/zielgruppenbereich/international/portraits/frauenfuerfrauen.html>.

⁷¹ URL: <http://www.wis-potsdam.de/cms/beitrag/11311992/8905046.html>.

⁷² Ср. Чествование Ротари клуба в Потсдаме; Доклад г-жи Биргит Раацке (Birgit Raatzke), Ротари клуб в Потсдаме, от 21.06.2013, а также доклад г-жи Юлии Теек (Julia Theek), сотрудницы пресс-службы, 07.03 — 29.06.2013.

⁷³ Loschelder W. Die Eremitage im Neuen Garten. Aus der Welt // Potsdam, wo es am schönsten ist — 66 Lieblingsplätze. Berlin, 2010. S. 49–51.

⁷⁴ Loschelder W. Schulische Grundrechte und Privatschulfreiheit // Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Bd. 4: Grundrechte in Deutschland. Heidelberg, 2011. S. 1313–1361.

⁷⁵ Loschelder W. Der staatliche Schutz für Ehe und Familie zwischen Verfassungsauftrag und rechtlicher Wirklichkeit // Juristentag im Bistum Essen am 28. November 1987. Bochum, 1987. S. 13 и далее; Loschelder W. Staatlicher Schutz für Ehe und Familie — der Auftrag der Verfassung und die Krise der Institution // FamRZ 1988. S. 333–339.

⁷⁶ Loschelder W. Desarrollo de la jurisprudencia sobre libertad religiosa y confesional en la Republica Federal de Alemania // Constitución y acuerdos Iglesia — Estado. Madrid, 1988. S. 79–96.

⁷⁷ Loschelder W. Wertebezogene Erziehung — rechtliche Spielräume und Grenzen // Renovatio. Zeitschrift für das interdisziplinäre Gespräch. 1985. Heft 2. S. 78–96; Loschelder W. Grundgesetz und Wertevermittlung. Eine Problemskizze // Kirche und Recht. 2007. Bd. 13. S. 23–39.

⁷⁸ Loschelder W. Grenzen staatlicher Wertevermittlung in der Schule // Zeitschrift für Beamtenrecht. Bd. 49. 2001. № 1/2. S. 6–14.

⁷⁹ Loschelder W. Kirchen als Schulträger // Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2. Berlin, 1996. S. 511–547.

⁸⁰ См.: Der Staat im Recht.: Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. S. 217–228.

⁸¹ Portal. Das Potsdamer Universitätsmagazin. 2013. № 2. S. 15. URL: http://www.uni-potsdam.de/db/up_blog/wp-content/uploads/2013/04/Portal_02_2013_April_WEB.pdf.

Библиография:

1. Gatzhammer S. LOSCHELDER, Wolfgang, Jurist, Staatskirchenrechtler, Universitätsrektor, * 25.7. 1940 in Rom; 20.2.2013 bei Potsdam, in: Biographisch-bibliographisches Kirchenlexikon Bd. XXXVI (2015) Spalten in Vorbereitung (online: http://www.bbkl.de/lexikon/bbkl-artikel.php?art=./L/LI-Lo/loschelder_w.art)
2. Loschelder W. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie und gemeindliche Gebietsgestaltung. Berlin: Duncker und Humblot, 1976. 317 s.
3. Loschelder W. Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung: zur Institutionalisierung d. engeren Staat/Bürger-Beziehungen. Heymann: Köln: Heymann, 1982. 524 s.

*Перевод с немецкого Л.Р. Шабайкиной,
старшего преподавателя кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

WOLFGANG LOSCHELDER: RECTOR, PROFESSOR, DOCTOR OF LAW, 1940–2013

Gatzhammer, Stefan — Dr. iur. can., M.A., Scientific Researcher of the Institute of Canon Law and the Department of Religion Studies specializing in Christianity of the Institute of Jewish Studies and Religious Studies of the Faculty of Philosophy of the University of Potsdam, Germany.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

Review. *The article is devoted to the biography and honoring of the former Rector of the University of Potsdam, Professor, Doctor of Law Wolfgang Loschelder, who passed away in February 2013. While being a Professor at the Universities of Trier, Bochum and Potsdam, Wolfgang Loschelder studied law in its vast variety, including public service law, administrative, municipal, environmental law, foodstuffs legislation, family, ecclesiastical and religious constitutional law. For many years he was a member, and then the President of the German Commission on Foodstuffs and the Chairman of the Budget Commission of the Goerres Society in Support of Science. He was born in Rome and baptized in St. Peter's Dome, he was a devout Catholic, and he deserved his fame by his work for the good of science, Church and society. He has laid the foundation for the restoration of the Rabbin education in Germany, and has founded church law institutions under the auspices of the University of Potsdam.*

Keywords: *Loschelder, administrative law, public position law, public service law, ecclesiastical law, Institute of Canon Law, German Commission on Foodstuffs, Goerres Society, Rotary Club.*

ХАРТМУТ БАУЭР (Hartmut Bauer)*

ВОЛЬФГАНГ ЛОШЕЛЬДЕР

20 февраля 2013 г. после тяжелой и продолжительной болезни в возрасте 72 лет скончался профессор Вольфганг Лошельдер. В его лице юридический факультет Потсдамского университета утратил увлеченного преподавателя государственного права и в то же время ученого, который с момента воссоединения Германии в течение многих лет на разных должностях принимал постоянное участие в формировании и развитии научного ландшафта в Восточной Германии и имел непреходящие заслуги в сфере интеграции Запада и Востока.

Вольфганг Лошельдер родился в 1940 г. в Риме. Семья жила в Риме, поскольку его отец в то время занимал должность специалиста по истории культуры в Вечном городе. Еще во время войны мать со своим сыном бежала в Германию, в г. Нойс-на-Рейне. Позже Лошельдер называл Нойс своим «родным городом», который со своей буржуазной рейнско-католической культурой оказал на него решающее влияние. После изучения права в Боннском университете и сдачи государственного экзамена была сначала защита первой докторской диссертации (Dr. iur.) «Гарантия коммунального самоуправления и формирование областной общины» в Бонне в 1976 г., а затем защита второй докторской диссертации (Dr. iur. habil.) «От особых властных отношений к особой публично-правовой связи» в 1980 г. Со времени, проведенного в Бонне, Лошельдер поддерживал близкие отношения не только со своим университетским преподавателем Юргеном Зальцведем, но и со своим научным руководителем Йозефом Изензее. Первое назначение на должность профессора не заставило себя долго ждать. Уже в 1981 г. Лошельдеру было предложено возглавить в Рурском университете в Бохуме кафедру публично-го права. Там он проявил себя, прежде всего, как административист, а также как специалист по государственному праву и правовым нормам, регулирующим отношения между государством и церковью. Из более поздней научной деятельности особо следует выделить область права, регулирующую производство продовольствен-

ных товаров и других предметов потребления. Эта тема правового регулирования, которой долгое время не уделялось должного внимания, но которая на практике становилась все более важной, «открыла» и раскрыла Лошельдера как одного из первых в ученых-правоведах в Германии в области университетского исследования. В этом сегменте он работал на передовой, научно обосновал, структурировал, систематизировал и догматически упорядочил развитие права.

Главная задача для его научной карьеры была поставлена после воссоединения Германии. На юридическом факультете Потсдамского университета Вольфганг Лошельдер работал с самых первых часов его создания. Еще в конце 1990 г. — воссоединенной Германии тогда исполнилось всего несколько недель — он заявил о своей готовности помочь в создании юридического факультета в Потсдаме. Это стало отправной точкой для головокружительной карьеры: вскоре Лошельдер стал одним из шести профессоров — учредителей юридического факультета и работал на нем уже начиная с октября 1991 г. В мае 1992 г. он возглавил кафедру публичного права, где занимался, в частности, административным правом, административно-процессуальным правом и правом охраны окружающей среды. Спустя непродолжительное время факультет впервые независимо избрал его на должность декана, которую он занимал с марта 1993 г. по март 1994 г. С марта 1994 г. по сентябрь 1995 г. он осуществлял деятельность проректора по планированию развития и финансовым вопросам, которая должна была стать всего лишь непродолжительной промежуточной станцией. Ученый совет Потсдамского университета уже в октябре 1995 г. избрал Лошельдера ректором и утвердил его в этой должности, переизбрав в 1999/2000 учебном году. Должность главы университета Лошельдер оставил по истечении двух сроков полномочий, уйдя в отставку в конце 2006 г. Однако даже после своей отставки он по-прежнему присутствовал в университете и на факультете в качестве востребованного консультанта, а также осуществляя многогранную науч-

© Bauer H., 2015

* Бауэр Хартмут (Bauer Hartmut) — Dr. iur. habil., профессор, заведующий кафедрой европейского и германского конституционного права, административного права, социального права и публичного экономического права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

ную, исследовательскую и преподавательскую деятельность.

Деятельность Вольфганга Лошельдера на руководящих должностях в университете и на факультете оставила глубокий след. Помимо уже упомянутого активного участия в формировании научного ландшафта Восточной Германии, а также в создании и превращении Потсдамского университета в научный центр земли Бранденбург, следует отметить его участие в работе Междисциплинарного института по изучению коммунального самоуправления, единственного в своем роде в новых землях. Изучение коммунального самоуправления в Потсдамском университете благодаря Лошельдеру получило истинное вдохновение и импульсы, которые внесли решающий вклад в создание хорошей репутации института в регионе и его притягательной силы, выходящей далеко за пределы земли Бранденбург и Германии. Еще более важными были замыслы Лошельдера по созданию религиозоведческого пространства в университете. К ним относятся ранние усилия по введению изучения еврейской теологии в Потсдаме, а также создание институтов, входящих в состав университета, по изучению евангельского и католического церковного права, то, что Лошельдер осуществлял в тяжелой политической обстановке, преодолевая разного рода сопротивление. Особенно много времени и сил он уделял Канонистическому институту

и сотрудничеству университета с католической церковью. Вообще для Лошельдера научное сообщество, изучающее католицизм, правовые нормы, регулирующие отношения между государством и церковью, и католическое церковное право, было его обителью, возможно, даже основной научной родиной, с которой он сохранил глубокую внутреннюю связь даже после своей отставки.

В 2005 г. Вольфганг Лошельдер получил из рук архиепископа Берлинского награду Папы Римского «Pro Ecclesia et Pontifice» («За заслуги перед Церковью и Папой Римским»), в 2007 г. — орден «За заслуги» земли Бранденбург из рук премьер-министра. Обе эти награды отметили заслуги Лошельдера в создании вузовского ландшафта в земле Бранденбург, заслуги перед университетом, находящимся в столице федеральной земли, и его деятельность по преодолению преград. Лошельдер возводил мосты не только между университетом и землей, между университетом и политикой, между естественными и гуманитарными науками, между университетом и религиями, между иудейством и христианством. В бросающие вызов годы политического перелома и последующей консолидации он сделал все возможное для сближения Востока и Запада, нового и старого. Он останется в памяти и повлияет на будущее не только как человек, который наводил мосты. Юридический факультет сохранит светлую память о Вольфганге Лошельдере.

Перевод с немецкого Н.Л. Овсянниковой, доцента кафедры иностранных языков Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

ИСТОРИЯ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

ЙЕНС ПЕТЕРСЕН (Jens Petersen)*

УТОПИЯ ПРАВА ВАЛЬТЕРА РАТЕНАУ**

Аннотация. Юриспруденция не исчерпывается лишь применением права. Дискуссии по юридической тематике обогатили выдающиеся юристы и те представители интеллектуальной истории, которые внесли значительный вклад в развитие права своего времени. К ним относится Вальтер Ратенау, живший и творивший во времена Веймарской республики, а позже занимавший пост министра иностранных дел, хотя он и не был достаточно оценен в этом качестве. В предлагаемом докладе предпринята первая попытка в этом направлении на основании анализа трудов этого великого мыслителя и политика для того, чтобы поставить правовые вопросы, не имеющие срока давности, и объяснить, как они представлены в трудах Ратенау. При этом становится очевидным, что его жизнь и смерть, его труд как политика и писателя касается многообразных проблем философии права. Очевидно также, насколько велика роль этого мыслителя, на которого оказал влияние Ницше, и который, в свою очередь, оказал значительное влияние (даже если и негативное) на других великих мыслителей, таких как Хайек.

Ключевые слова: Вальтер Ратенау, правовая наука, мыслитель в области права, история мысли (мышления), Веймарская республика, министр иностранных дел, политик, правовые вопросы, философия права, Фридрих Ницше, Фридрих Август фон Хайек.

I. Ратенау и право

Насколько известно, Вальтер Ратенау не занимает никакого места в существовавшей до сих пор дискуссии о философии права, истории права и догме права. С одной стороны, частично это вызвано становящимся все более явным несоответствием между его исторической ролью как политика и его самооценкой, которая явно прослеживается в опубликованном полном собрании его писем¹. Сам Ратенау никогда не рассматривал себя только как политика или предпринимателя, которым являлся по происхождению — как сын основателя электротехнического концерна АЕГ («Альгемайне электрицитетс гезельшафт»). Он считал себя только писателем. Действительно, он писал необычайно много; его

биографы исходят из того², что не в последнюю очередь это помогало ему справляться с одиночеством, а иногда и с отчаянием³, которые он ощущал, несмотря на все общественное признание и обязательства, в течение всей своей жизни.

² См.: Schölzel C. Walther Rathenau. Eine Biographie. München, 2006. S. 83 (со ссылкой на письмо к Эрнсту Норлинду от 19 июля 1919 г.: «Труд, в том числе и авторский, был для него средством борьбы с депрессией и мыслями о самоубийстве»).

³ Внешне это интересным образом сказалось на двери дома сохранившейся по сей день и первоначально архитектурно оформленной самим Ратенау виллы в Грюнвальде (Кёниггалле, 65), о которой его современники говорили, что это изображённый самим Ратенау знак одиночества, уединённости. Ср.: Ludwig E. Genie und Charakter. 20 männliche Bildnisse, 1924: «Дверь его благородного дома была узкой, слишком узкой, чтобы пропустить двух человек одновременно. Счастье единения, благоволения любви не было дано ни ему самому, ни его дому. Из этого проклятия одиночества он извлёк высокое достоинство своего труда, своего дома. Он никого не пускал в глубину своей души, дверь в этот храм была так же узка, как и дверь его дома».

¹ Письма опубликованы в т. 5 (ч. 1–2) полн. собр. соч. Вальтера Ратенау (под ред. H.D. Heilige, E. Schulin) см: Rathenau W. Briefe. T. 1: 1871–1913; T. 2: 1914–1922. Düsseldorf, 2006.

© Petersen J., 2015

* Петерсен Йенс (Petersen Jens) — Dr. iur. habil., профессор, заведующий кафедрой гражданского права, немецкого и международного экономического права юридического факультета Потсдамского университета (Германия). [golovnenkov@googlemail.com] 14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str., 89.

** Этот доклад был впервые опубликован в юбилейном сборнике Петера Гаувейлера в 2009 г. Благодарю за дружеское разрешение на повторную публикацию издательство Волтерс Клувер.

1. Странные сочинения (Своеобразные труды)

Замыслу данного исследования можно, конечно, *a limine* возразить, что Ратенау никогда не считал себя философом права или теоретиком права. Как бы это ни было правильно, нельзя все же, с другой стороны, упускать из виду, что совершенно своеобразный жанр его произведений во всех отношениях признает и подчёркивает роль права как средства для воплощения в жизнь его идей, даже если его первоначальный интерес относился к другим предметам. Вот что говорится, например, в одном фрагменте его труда «О грядущем»⁴, который одновременно стоит в центре внимания предлагаемых соображений: «Механические средства для разъяснения мер и законов, которые приводят к воплощению в жизнь основных идей в определённой стране, в первую очередь в Германии, станут лишь постольку задачей этого труда, поскольку речь пойдёт о новых понятиях, представляющихся неопределёнными, если бы не их взаимосвязь с действительностью и с тем, что свойственно человеку, то есть поскольку их существование будет конструктивно доказано»⁵. Уже в этом высказывании видна своеобразная сила языка, характерная для Ратенау и проявившаяся в другой книге («Новая экономика»), проданной в течение месяца в количестве 30 000 экземпляров⁶: «Непостижимо, парадоксально, невыразимо, вопреки всем пророчествам и тем не менее неоспоримо просто, что мировая революция и мировой суд переросли в одно — в мировую войну»⁷. Как и у Ницше, который ещё до Ратенау называл истину вселенским судом⁸, здесь — это словно превращение, поворот к фатальному, который, однако, не случайно выражен юридическим языком⁹.

2. Законы как «механистические средства»

Уже из процитированного выше отрывка, сознательно изъятых из контекста, видно, что Ратенау понимает законы как «механистические средства», и это важно уже только потому, что концепция механизации занимала центральное место в его мышлении¹⁰. Это проявляется и в более позднем труде, где он не упоминает право, но говорит об интеллектуально-механистических элементах цивилизации, под которы-

ми, как показывает связь с вышеупомянутым, подразумевает именно право¹¹. Одновременно становится очевидным, что он никогда не говорит только лишь о праве, которое рассматривает скорее как средство для достижения цели, а целью его является «настоящее» и «человеческое». Эти цели, которые относятся к несколько неясно определённой им «империи души»¹², впоследствии будут упоминаться только вскользь и в случае, если это будет необходимо для понимания правовых аспектов. И все же иногда проявляется нечто, относящееся к затрагиваемой тематике в том смысле, что делает наглядным утопическую направленность его произведений. Поскольку рассматриваемый здесь проект является в конечном счёте утопией, то возникает все ещё недостаточно прояснённый вопрос о том, какая роль в ней отводится праву. Об этом и пойдёт речь в данном очерке.

II. «О грядущем»

Среди трудов Вальтера Ратенау по истории и социальной философии книга «О грядущем» занимает особое место. Малоизвестная сегодня, эта книга в течение нескольких лет после убийства Ратенау была переиздана около 80 раз. Уже по этой причине не бессмыслен вопрос о том, какие идеи Ратенау представлял на суд общественности, и почему вместе с тем сила воздействия его концепции оставляла желать много лучшего. Даже если на эти вопросы здесь невозможно дать окончательный ответ, поскольку речь у нас идёт только о роли права, но и на данной основе можно попытаться найти по крайней мере осторожное решение, поскольку, как мы уже упоминали, право имело для Ратенау исключительный, но все же инструментальный характер.

1. Право и экономика как необходимые составные части

Само название «О грядущем» предвещает утопический характер этого смелого труда¹³. Но, наряду с этим, уже вступление определяет, что Ратенау не упускает из виду реальные условия: «В этой книге речь идёт о материальных предметах, но — во имя духа. Речь идёт о работе, нужде и приобретении, о ценностях, правах и власти, о техническом, экономическом и политическом строительстве, однако, употребляются и определяются эти понятия не как окончательные ценности»¹⁴. Уже здесь применительно к праву становится очевидной его инструментальная и

⁴ Rathenau W. Von kommenden Dingen. Berlin, 1917.

⁵ Ibid. S. 95.

⁶ Schölzel C. Op. cit. S. 216.

⁷ Rathenau W. Die neue Wirtschaft. Leipzig, 1916. S. 259.

⁸ См.: Ницше Ф. Несвоевременные размышления. Ч. II: О пользе и вреде истории для жизни, § 6. Ницше бесспорно относился к тем авторам, произведения которых Ратенау читал; см.: Schölzel C. Op. cit. S. 140.

⁹ О Ницше в этой связи см.: Petersen J. Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit. Berlin; NY, 2008. S.10 и далее.

¹⁰ Здесь прежде всего см.: Rathenau W. Zur Mechanik des Geistes. Berlin, 1913; только до 1925 г. вышло 21 издание.

¹¹ Rathenau W. Die neue Wirtschaft. S. 203 и далее.

¹² Наряду с Майстером Экхартом, здесь следует упомянуть Мартина Бубера. См.: Schölzel C. Op. cit. S. 132.

¹³ В соответствии с этим уже в самом начале (S. 12) речь пойдёт о «механистической утопии», чем снова обращает на себя внимание характерное для Ратенау чёткое структурное значение механистической метафоры.

¹⁴ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 11.

функциональная, а следовательно, буквально ограниченная роль. Это обосновывает риторический вопрос автора, одновременно сетующего на отсутствие внутренней направленности законодательства: «Откуда в это время черпали мужество, чтобы говорить о развитии, будущем и целях, чтобы посвятить половину своих деяний будущему, действовать для потомков, создавать законы и накапливать ценности?»¹⁵. Поэтому были необходимы «силы, определяющие направление»¹⁶ для «раскрытия (развития) души и её мира»¹⁷. Что под этим следует подразумевать — каким бы важным это ни было для образа мыслей Ратенау — не может быть предметом обсуждения в данной работе, тем более что ответ на данный вопрос может, помимо прочего, перейти в религиозно-философские рассуждения¹⁸. Речь пойдёт скорее о выявлении и рассмотрении идей о праве и справедливости.

2. Роль государства

«О грядущем» — это сочинение о государстве, в котором продолжены мысли, уже обсуждавшиеся в книге Ратенау «О механике духа», обнаруживающие, наряду со всеми социально-философскими тенденциями, вполне правовые предположения (импликации). Если он и отдаёт приоритет чувству солидарности, которое, впрочем, стало центральным принципом в новейшей философии, прежде всего благодаря Ричарду Рорти¹⁹, то для Ратенау это приобретает форму чисто практических юридических выводов: при гарантии частной собственности доход в порядке наследования должен быть минимизирован в пользу общества. С позиции наследника миллионов — это достаточно необычный постулат, который делает очевидным тот факт, что солидарность он представлял себе как чисто практическое дело. Также не является само собой разумеющимся, что он уже в работе «О механике духа» берет на мушку частную монополию.

а) Отрицание социализма

В книге «О механике духа» Ратенау отрицал социализм, которому, по его мнению, не доставало «стабилизирующей силы духа»²⁰. Его труд «О грядущем» «поражает догматический соци-

ализм в самое сердце»²¹, если можно доверять его автору: «Так как он происходит из материальной воли, в его центре находится разделение материальных благ, его целью является государственно-экономический порядок»²². Это высказывание похоже на то обоснование Ницше, с помощью которого он (Ницше) ведёт борьбу с социализмом в своих многочисленных трудах²³. Это соответствует установленному биографами заключению, согласно которому Ратенау заимствовал кое-что из философии Ницше²⁴. Об этом свидетельствует и его критика нигилизма: «Индивидуальный нигилизм, от которого мы страдаем, который делает для нас обобщение — сомнительным, закон — подозрительным, а действие — достойным презрения, утверждает, что довольствуется созерцанием несравненного индивидуума и, однако, втайне от закона, подпитывается действительностью: это безнадежно фальшивое веселье, неубедительная этика и самоотверженность против воли черпают из глубокого источника, который начинает струиться каждый раз, когда вера оставляет человека»²⁵.

За что Ратенау особенно критиковал основателей социализма — это за их веру «в неизбежные материальные законы человечества и в механистическое земное счастье»²⁶. В отношении вышесказанного поучительным является аллитерационное выражение материальных законов человечества, тесно переплетённых с механизацией, в результате чего законы вновь выступают как механистические средства²⁷. Но в качестве таковых они являются только средством, но не достаточной целью. Эта позиция находит свое отражение в оценке социализма, и «поскольку социализм борется за государственные учреждения, он остаётся политикой; он может критиковать, устранять недостатки, приобретать права, но никогда он не сможет преобразовать жизнь на земле, так как силу для этого имеют лишь мировоззрение, вера, трансцендентальная идея»²⁸. Даже если социализм сможет приобрести права, он не обретет окончательной легитимации. Таким образом, Ратенау инвертирует ответственность, обвиняя социалистов за то, что имущие классы отныне настаивают на своих правах, а их жестокосердие меркнет по сравнению с алчностью социалистов: «То, что настаивающие на своём праве и владении придерживаются своего жестокосердного

¹⁵ Ibid.. S. 12.

¹⁶ Ibid. S. 13.

¹⁷ Ibid. S. 14.

¹⁸ Так, он обозначает «веру, вытекающую из любви, отчаянную нужду и волю Бога» как «движущие силы» (S. 16), причём для данного контекста наиболее интересно, что он не рассматривает как таковые «не разумное стремление к механистическому равновесию, не благо и даже не справедливость» (Ibid).

¹⁹ См.: Рорти Р. Случайность, ирония и солидарность / пер. с англ. И. Хестановой, Р. Хестанова. М.: Рус. феноменолог. об-во, 1996.

²⁰ Rathenau W. Zur Mechanik es Geistes. S. 199 и далее.

²¹ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 14.

²² Ibid. с.14.

²³ См.: Petersen J. Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit. S. 141 и далее.

²⁴ См. выше I.2.

²⁵ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 18 и далее.

²⁶ Ibid.. S. 14.

²⁷ См. выше I.2.

²⁸ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 15.

мнения с уверенностью в своей правоте, так как существующий порядок кажется им таким абсолютно действующим, таким прочным, неизменным и незаменимым, что лишь всеобщий крах может прийти ему на замену²⁹, эта не имеющая собственного мнения односторонность и вынужденное ожесточение появляются по вине борьбы, а также планов борьбы социалистического движения»³⁰.

б) Сущность государства

Неудивительно, что человек, подобный Ратенау, размышлял именно о сущности государства и его основаниях: «Нигде не была настолько ощутима замена основы, как в самой сущности государства»³¹. Он оказался в буквальном смысле радикальным мыслителем, так как, в отличие от других попыток обоснования, не только предусматривает так называемую преемственность власти капитала и движимого имущества, но и считает, что она требует легитимации: «Их правомочия не были подвержены сомнению, а потому не обоснованы»³². С точки зрения философии права, интересно, что Ратенау отвечает за свою контрактуалистическую позицию и защищает ее от критиков: «Высмеивается мнение французской эпохи Просвещения о государстве как о двустороннем договоре и в качестве возражения выдвигается доисторический исток; и тем не менее в сущности покоящегося на равновесии сил организма больше от подобных договору взаимных отношений, чем от тотемистической или патриархальной функции, более того, преобразовательные процессы проходят в формах, очень похожих на преобразование договорных отношений»³³.

В то время как первую часть этого высказывания можно обозначить ещё как сравнительно

традиционную³⁴, то дополнение, ссылающееся на международное право, является нововведением. В отличие от Томаса Гоббса³⁵ и других, Ратенау выступает за скорее идеалистический подход, воспринимая узнаваемые заимствования у Руссо, но не следуя ему в деталях, и получает таким образом основную черту: «Каким бы ни был ваш направляющий основной закон, он никогда не сможет держаться на принуждении и насилии; он будет включать компромисс общей воли и воли индивида, однако, на нравственной основе, он оставит место самоопределению и ответственности, а также духовному развитию»³⁶. «Моральное средство, которое служило этому, было настолько просто, насколько оно является поучительным в этой простоте философии права: это может произойти только в том случае, если мы будем руководствоваться отрицанием несправедливости власти»³⁷.

в) Государство-дармоед в государстве

Собственность и правопритязание являются для Ратенау не просто частным делом³⁸, а делом в смысле *res publica*³⁹. С точки зрения богатого предпринимателя, предложение буквально невероятное и бескорыстное. Оно звучит следующим образом: «Общество должно задаться вопросом, какие требования оно может выдвигать от имени высшего права, а экономике следует то, что остается и что необходимо для поддержания механизма и для достойного образа жизни его надзирателей»⁴⁰. Прежде всего, Ратенау волнует вопрос о «несправедливых притязаниях»⁴¹. При этом его заботит то обстоятельство, что «пенсионеры и наследники могли бы жить на общественные средства без всякого вклада»⁴². Это в конечном счёте соответствует тому, от чего отказался Бенедикт XVI как от «государства тотального обеспечения»⁴³: «Государство, желающее

²⁹ Здесь, возможно, также проявляется возникшая в результате влияния Ницше психологическая интуиция, которая хотя и не свободна от солидарности, но по меньшей мере борется за понимание внутренних движущих мотивов другой стороны (см. об этом подробнее: Petersen J. Nietzsche Genialität der Gerechtigkeit. S. 25 и др.), к которой выносящий приговор не принадлежит никоим образом, как это было в случае с самим Ратенау по отношению к «упорствующим в праве и владении», несмотря на все его огромное богатство.

³⁰ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 65.

³¹ Rathenau W. Ibid. S. 74. Заменяемость причины характерна для Ратенау. По его мнению, «решающим является не то, по каким причинам и потребностям был создан организм, а то, какой необходимости он служит на самом деле и в настоящее время» (Ibid. S. 80).

³² Rathenau W. Ibid. S. 77. Интересно, что из-за своего происхождения (потомок основателя «Альгеймэйнэ электрицитетс гезельшафт» (AEG)), он в качестве «определённого внутреннего оправдания» приводит все возможные доводы, в частности непрерывную связь предприятий: «Предприятие переживает поколения, и требует поэтому непрерывной череды подготовленных руководителей и хозяев, как это предусматривает порядок наследования и как это было распространено в сельском хозяйстве (в усадьбах)». Однако подобные идеи насаждаются им сравнительно поздно и произвольно.

³³ Rathenau W. Ibid. S. 74.

³⁴ Подробнее см.: Petersen J. Wilhelm von Humboldts Ideen im Lichte der angloamerikanischen Rechtsphilosophie. Potsdam, 2005; 2-е изд.: Wilhelm von Humboldts Rechtsphilosophie. Berlin; NY., 2007.

³⁵ См.: Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского (1651). В рус. пер. см.: Гоббс Т. Соч.: в 2 т. Т. 2. М.: Мысль, 1991. С. 591–623.

³⁶ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 79; дополнительное замечание, за исключением типичного для Ратенау протеста, напоминает о духовном. Ст. 2 абз.1 Основного закона.

³⁷ Ibid. S. 79.

³⁸ Ibid. S. 87; см. также: Ibid. S. 90: «Потребление — это не личное дело, а дело общества, дело государства, нравственности, порядочности и человечности».

³⁹ Cicero Marcus Tullius. De re publica (Цицерон Марк Тулий. О государстве) Здесь, как видим, у него имелся предшественник.

⁴⁰ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 89.

⁴¹ Ibid. S. 85.

⁴² Ibid. S. 85.

⁴³ Первая энциклика Папы Римского Бенедикта XVI «Deus caritas est» (2006). Рус. пер.: URL: <https://archive.today/20131015173042/papst.pro/ru/1353#selection-1145.492-1145.1085>.

взять на себя заботу обо всем, поглощающее все в себя, становится, в конечном счете, бюрократической инстанцией, которая не может обеспечить главного, в чем нуждается страдающий человек — каждый человек: любовной заботы, обращенной лично к нему. Мы нуждаемся не в государстве, которое регулирует и управляет всем, но в государстве, которое, в соответствии с принципом вспомоществования, великодушно признает и поддерживает инициативы, исходящие из различных социальных сил и сочетающих в себе принцип добровольности с деятельным состраданием к нуждающимся в помощи людям»⁴⁴. Ратенау изобрел для этого проявления названного им несправедливым требования ещё одно понятие-метафору: «Государство-дармоед возникает в государстве»⁴⁵.

III. Попытка оценки

Трактат Ратенау, при всем глубоком уважении к автору, содержит, как и его прочие историко-философские труды, много пустого пафоса.

1. Сомнения и возражения

Его идеалистическая постановка цели иногда утомляет и нередко выглядит тривиальной⁴⁶. Кроме того, многие пассажи свидетельствуют о его склонности к сентиментальности, когда автор мечтает об «империи духа», которая кажется ему наивысшей ценностью. Однако, не принимая во внимание эти обстоятельства, можно сказать, что Ратенау отчасти был эклектиком, который объединял в своем новом понимании мира элементы тех мировоззрений и направлений, которые были ему известны и которые он обнаруживал благодаря своему разностороннему образованию, хотя и не всегда одинаково понятно, чем обусловлены некоторые его философские суждения. При этом нельзя, конечно, не заметить, что именно «империя духа» соответствовала духу времени, во всяком случае, это понятие употребляли приверженцы известного теософского гуманизма. О том же говорил и великий дирижер Бруно Вальтер, по уровню образования не уступающий Ратенау: «Непосредственное эмоциональное воздействие музыки показывает, насколько музыка родственна душе человека <...> широкая трансцендентальная империя духа таит в себе источник, в котором музыка берет своё

начало»⁴⁷. Это высказывание могло бы принадлежать и Ратенау и является прямо-таки художественным выражением сущности его идей. Так, вновь и вновь встречаются, даже если и разрозненные, представления, которые показывают, что он был на гребне интеллектуальной полемики того времени. И если, как говорится, «наука измеряет и взвешивает, описывает и объясняет, но не даёт оценки, за исключением общепринятых норм»⁴⁸, то это достойно внимания по меньшей мере по отношению к почти одновременно возникшей «свободе от оценки» Макса Вебера⁴⁹ в социологических науках. Но ход мысли не всегда характеризуется убедительной логикой. Затруднительные для понимания скачки мысли, несвязные останки в логической цепочке, а также непосредственные попытки новых мыслительных экспериментов усложняют чтение, задача читателя не облегчается также и тем, что содержание, за исключением введения, подразделяется, по сути, только лишь на разделы «Цель» и «Путь»⁵⁰.

2. Перераспределение путём «морализации» богатства

Совершенно несправедливо думать, что Ратенау предстает в своих историко-философских трудах как болтун и хвастун; скорее, он проявлялся в них, если воспользуемся словами короля Филиппа о маркизе Поза: «как своеобразный мечтатель, идеалист»⁵¹. Реалистом он был постольку⁵², поскольку отдавал себе отчёт в том, что для осуществления или преобразования его «утопической концепции», если она вообще возможна хотя бы частично, потребуются по меньшей мере десятилетия⁵³. Ратенау был, как писал

⁴⁷ Walther B. Thema und Variationen. Erinnerungen und Gedanken, 1947; см. также: Harold C. Schonberg H.C. Die großen Dirigenten, 1970. S. 252.

⁴⁸ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 14 и далее.

⁴⁹ Weber M. Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und Ökonomischen Wissenschaften // Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur. 1917. Bd. 7. S. 40–88. Влияние Макса Вебера было отмечено уже в другой связи Альфредом Керром: Kerr A. Weltpolizei // Pan. 1912. № 6. S. 132 и далее. Ср. также: Petersen J. Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre. Berlin, 2008. S. 29.

⁵⁰ Вышеупомянутую статью охватывает 3 направления: науку, стоящую во главе угла (с. 73 и далее.), обычаи (с. 152 и далее) волю (с. 219 и далее).

⁵¹ Шиллер Ф. Дон Карлос (акт III, сцена X, стих 3217).

⁵² Ср. также: Rathenau W. Von kommenden Dingen S. 86 и далее: «Мы знаем, что не единовременное механическое владение (пользование) всемирным капиталом приводит к справедливому и нравственному регулированию сути владения; мы должны будем проверить наши представления о собственности, о потреблении и о притязаниях, чтобы узнать, какое непреходящее право, какое устаревшее наследие вины и заблуждения лежит в основе этого понятия, и чтобы определить, какой путь выберет разумная и непоколебимая реальность, чтобы приблизить нас на пути материального к цели, которая называется и нравственностью, и душой».

⁵³ Schölzel C. Op. cit. S. 216; согласно «Новой экономике» (1916) Ратенау, это же относится и к *mutatis mutandis* в «О грядущем».

⁴⁴ См.: Horster D. Jürgen Habermas und der Papst. Glauben und Vernunft, Gerechtigkeit und Nächstenliebe im säkularen Staat. XTexte, 2006. S. 286 и далее; Petersen J. Wilhelm von Humboldts Rechtsphilosophie. 2007. S. 119 и далее.

⁴⁵ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 85.

⁴⁶ Роберт Музиль, рассуждая о книге Ратенау «О механике духа», к огорчению автора, резко раскритиковал этот труд как наивный и оторванный от жизни; по мнению другого биографа, сочинение Ратенау «Критика времени» содержит «банальнейшие положения», см.: Schölzel C. Op. cit. S. 139.

его сосед⁵⁴, друг и биограф Альфред Керр⁵⁵, настоящим «идеалистом»⁵⁶.

Но все то, что мы с сегодняшней точки зрения расцениваем как неосуществимость и преувеличение, не должно заслонять того, что социальная и историческая философия Ратенау предлагает вполне достойные внимания выводы, заслуживающие того, чтобы быть принятыми к сведению философией права, теорией права, а также экономическим правом.

Не будучи даже отдаленно социалистом, Ратенау, наследник миллионов, упоминал о справедливом распределении «механистических преимуществ»⁵⁷. Его представление о перераспределении было не в последнюю очередь меценатским требованием деятеля искусства и имело цель «морализовать»⁵⁸ унаследованное им богатство. Созданная им концепция «морализации общественного и экономического порядка, подчиняющихся закону о личной ответственности»⁵⁹, стала для него основным принципом и основным законом его действий.

3. Земная и божественная справедливость

Итак, утопия Ратенау, при всех возражениях, которые можно против неё выдвинуть, наряду с определённым тщеславием, была несомненно пронизана гуманизмом. Этот гуманизм был присущ его семье, и она сохранила его после убийства Ратенау преступниками-правоэкстремистами: его мать, Матильда Ратенау, написала матери одного из преступников, покушавшихся на её сына, трогательное письмо, основной темой которого была справедливость: «С невыразимой болью я протягиваю Вам, самой несчастной из всех женщин, руку. Скажите Вашему сыну, что я прощаю его от имени убитого, как и Господь простит его, если он чистосердечно признается перед земной справедливостью и раскается перед небесной. Если бы он знал моего сына, благороднейшего человека, когда-либо жившего на земле, то он скорее направил бы оружие на себя, чем на него. Пусть мои слова принесут мир в вашу душу»⁶⁰.

4. Оценки (признания)

Реакция общественности на трусливое убийство была сильной. Не кто иной, как Альберт Эйнштейн, с которым Ратенау часто и остро дискутировал, был одним из авторов некролога⁶¹. Но особенно точно оценил Ратенау не только как политика, но и как писателя Макс Варбург в письме брату: «Убийство Вальтера Ратенау ужасно, постыдно, достойно сожаления. Неимоверно тяжело для старой матери, гордящейся своим сыном, к которой он был сильно привязан, которую ежедневно навещал и с которой я познакомился несколько месяцев тому назад, в день ее рождения. Ужасно, что Ратенау был убит в тот момент, когда он действительно отдал все свои силы, не имея никакого другого интереса, для улучшения безотрадного положения своей страны⁶², он был мне близок, мы обсуждали все друг с другом очень открыто, но наши мнения не совпадали, поскольку он слишком был заинтересован внешним результатом, был слишком тщеславен и слишком часто менял свои взгляды; у него был великий дар комбинатора, но великим Ратенау все же не был, у него было больше таланта, чем величия, он не был честным до конца и находил удовлетворение в затушёвывании происходящего, вместо того чтобы стремиться к ясности»⁶³.

Ратенау сознательно отдавал себе отчет в своей противоречивости, которая делает его еще интереснее. Так, однажды он записал в своём дневнике: «Каким лакомым кусочком я буду для приват-доцентов в 1950 году!»⁶⁴ Карло Шмид лучше всех оценил труды Ратенау: «Ратенау очаровывает пророческим раскрытием глубинных причин тех правил игры, которые являются движущими в наше время и открывают нам глаза на новое, лежащее вне нашего восприятия, а также осознанием тщетности поиска уверенности в результате раздумий о будущем и необходимости, вопреки этому, ради интеллектуального достоинства человека, отважиться на это задуманное идейное первопродство»⁶⁵.

⁵⁴ Альфред Керр в 20-е годы проживал на Хофманнштрассе 6, позднее он переехал на виллу на Дуглаштрассе 10 (Balkow-Golitzer, Reitmeier, Biedermann, Riedel — Prominente in Berlin-Grünwald, 2006, с. 266), откуда он был изгнан в 1933 г/ национал-социалистами, см. гл. 3 книги: Kerr J. Als Hitler das rosa Kaninchen stahl (When Hitler Stole Pink Rabbit, 1971).

⁵⁵ Nadolny S. Ullsteinroman, 2004; автор приукрасил дружбу между Керром и Ратенау.

⁵⁶ Kerr A. A. Walther Rathenau, N.V.; Amsterdam: Querido-Verl. 1935. S. 36.

⁵⁷ Rathenau W. Zur Kritik der Zeit. 1912.

⁵⁸ Schölzel C. Op. cit. S. 143; к сочувствующим, видимо, принадлежали в какое-то время Эдвард Мунк и Герман Гессе.

⁵⁹ Rathenau W. Von kommenden Dingen. S. 79.

⁶⁰ Böttcher H. Walther Rathenau: Persönlichkeit und Werk. Bonn, 1958. S. 315. Автор говорит по поводу этого письма «героизме, напоминающем античность».

⁶¹ Einstein A. Wassermann J., Moszkowski A., Kessler H.G., Flake O, Jensen J. von, Renner K., Ludwig E., Loerke O., Reisinger H., Geitner H., Reuter G., Reicke G. In memoriam Walther Rathenau // Die Neue Rundschau. XXXIII. 1922. № 8. S. 805–834.

⁶² Ратенау был всего лишь несколько месяцев министром иностранных дел рейха.

⁶³ Письмо Макса Варбурга Паулю Варбургу от 24 июня 1922 г. цит. по: Schölzel C. Op. cit. S. 372 и далее. В письме дается ясный диагноз и мрачный прогноз: «Это убийство постыдно, так как оно снова делает очевидным дикость немецких обычаев; уже снова ощущается приближение грозы <...>. Это <...> подстрекательство, которое порождает такие акции <...> а затем следует, конечно, антисемитизм. <...> Возможно, это убийство положит начало другим беспорядкам».

⁶⁴ Rathenau W. Tagebuch. S. 159.

⁶⁵ Schmid C. Gesammelte Werke. T. III. Bern, München, Wien: Scherz, 1979. S. 94.

Библиография:

1. Böttcher H. Walther Rathenau: Persönlichkeit und Werk. — Bonn: Athenäum-Verl., 1958. — 322 s.
2. In memoriam Walther Rathenau // Die Neue Rundschau. XXXIII. 1922. № 8. — S. 805-834.
3. Petersen J. Nietzsches Genialität der Gerechtigkeit. — Berlin; NY.: Walter de Gruyter Recht, 2008. — 251 s.
4. Schölzel C. Walther Rathenau. Eine Biographie. — München: Ferdinand Schöningh Verl., Paderborn, 2006. — 652 s.

*Перевод с немецкого Г.В. Балашовой,
канд. филол. наук, доцента кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 11 июля 2013 г.

LEGAL UTOPIA OF WALTER RATHENAU

Petersen, Jens — Dr. iur. habil., Professor, Head of the Department of Civil Law, German and International Economic Law of the Law Faculty of the University of Potsdam, Germany.

[golovnenkov@googlemail.com]

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str., 89.

Review. *Jurisprudence is not limited just to application of law. Legal discussions were enriched by the renowned lawyers and representatives of the intellectual history, who have made a significant input into the development of law of their time. Among them, there was Walter Rathenau, who lived and worked at the time of the Weimar Republic, and who later held the position of the Minister of Foreign Affairs, while not being sufficiently appreciated in this position. The article contains the first ever attempt to analyze the works of this great thinker and politician in order to discuss the legal issues, which did not lose their relevance with time, and to explain how they are presented in the works of W. Rathenau. It then becomes obvious that his life and death, his work as a politician and a writer concern various problems of philosophy of law. It is also obvious how great the role of this thinker, who was influence by Nietzsche, and who, in turn had a great influence (even if a negative one) upon other great thinkers, such as F.A. von Hayek.*

Keywords: *Walter Rathenau, legal science, thinker in the sphere of law, history of thought (thinking), Weimar Republic, Minister of Foreign Affairs, politician, legal issues, philosophy of law, Friedrich Nietzsche, Friedrich August von Hayek.*

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ 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/

1. В Журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения Автор, 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**, т.е. 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 потребуется. 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.

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 16,12 усл.-печ.л., формат 60x84¹/₈. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 11.03.2015 г.

Печать офсетная. Бумага офсетная.

Отпечатано с готовых диапозитивов

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.

Для заметок

Для заметок

Для заметок