

ПРАВИТЕЛЬСТВО ЛЕНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ ИМЕНИ А. С. ПУШКИНА

Юридический факультет
Научно-исследовательская лаборатория

**ЛЕНИНГРАДСКИЙ
ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЖУРНАЛ**

№ 2 (8)

2007

*Научно-теоретический и информационно-практический
межрегиональный журнал*

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 2 (8)

Основан в 2004 году

Редакционный совет:

*В. Н. Скворцов (председатель), Н. Н. Вопленко, В. В. Кириллов,
В. И. Леушин, А. Ф. Малышевский, Е. С. Нарышкина, И. Ф. Покровский,
В. П. Реутов, В. Ф. Ружейников, В. А. Сапун, С. Л. Сергевнин,
В. М. Сырых, Г. П. Чепуренко.*

Редакционная коллегия:

Главный редактор *В. А. Сапун*
*Г. Г. Бернацкий (зам. главного редактора), С. Ю. Крицкая, С. Ф. Милоков,
В. Г. Павлов, К. В. Петров (отв. секретарь), М. Г. Смирнова,
Г. В. Стельмаишук, Г. П. Чепуренко.*

Экспертный совет:

*В. К. Бабаев, Н. А. Власенко, О. А. Городов, В. В. Лазарев,
Т. В. Кашанина, М. Н. Марченко, Н. И. Мазутов, Е. Ф. Мосин,
В. Ф. Попондопуло, Н. А. Придворов, И. Л. Честнов.*

***Статьи рецензируются. Мнение редакции не обязательно совпадает с мнением авторов.
Тексты статей даются в авторской редакции.***

*Без предварительного согласования с издателем
запрещается воспроизведение в любом виде и в любых целях.*

Журнал издается 4 раза в год.

Оформить подписку на журнал можно в отделениях связи
по каталогу Роспечати. Индекс 46786.

Свидетельство о регистрации:

ПИ № ФС 77-18800 от 25 октября 2004 г.

Адрес редакции:

196605, Санкт-Петербург, г. Пушкин, Санкт-Петербургское шоссе, 10
тел.: (812) 747-10-86, e-mail: lenjurmag@mail.ru

СОДЕРЖАНИЕ

МЕТОДОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>Т. В. Кашанина.</i> Соотношение частного и публичного права	5
<i>М. Г. Смирнова.</i> Институционализация социального притязания в праве	13
<i>В. В. Субочев.</i> Сущность законных интересов	35
<i>Л. В. Голоскоков.</i> О перспективах автоматизации правовых процессов	56

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

<i>А. В. Малько, Н. А. Сидорова.</i> Муниципальная договорно-правовая политика: актуальные проблемы	66
--	----

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ (DE LEGE LATA)

<i>Е. Ф. Мосин.</i> Категория «налоговая выгода» в налоговой практике	79
<i>Е. А. Смирнова, Р. Г. Степанов.</i> Четвертая часть Гражданского Кодекса РФ: охрана программ для ЭВМ и баз данных	88

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

<i>Н. С. Шерстнева.</i> Нормативное закрепление принципов семейного права при усыновлении детей иностранными гражданами	95
<i>А. В. Семенов.</i> Проблемы международного усыновления в Российской Федерации	104
<i>Н. Ф. Звенигородская.</i> История развития института приемной семьи в Российской Федерации	123

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- К. Т. Трофимов.* Правовая природа денег. Очерк сравнительного
 правоведения 130
- М. В. Белобородов.* Правовое положение иностранных лиц
 в гражданско-процессуальном законодательстве РФ и КНР . . . 144

ИЗ ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- М. Ю. Гутман.* Нормотворчество Советов Петрограда и Северо-Запада
 России по организации охраны общественного порядка (1918 г.) 156
- М. М. Степанов.* Особенности строительства милиции
 в годы гражданской войны 166
- А. А. Демичев.* Пореформенный суд в правосознании российских
 подданных (по материалам юридических анекдотов) 172

АСПИРАНТСКИЙ ВЕСТНИК

- А. В. Бухалов.* Договор как нетипичный источник частного права
 (к постановке проблемы) 182

НЕКРОЛОГ

- Памяти А. И. Королёва 191

МЕТОДОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА

*Т. В. Кашианина**

СООТНОШЕНИЕ ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

Частное право в нашей стране после многих десятилетий так называемого социализма по существу только начинает возрождаться, а сама проблема частного права — это хорошо забытая старая проблема, активно обсуждавшаяся дореволюционными учеными. Среди исследователей, обращавшихся к ней, можно назвать таких выдающихся русских правоведов, как Л. И. Петражицкий, Г. Ф. Шершеневич, И. А. Покровский.

В советской юридической науке проблема частного права никогда не обсуждалась. Путь к ее исследованию был закрыт знаменитым высказыванием В. И. Ленина, переходившим из учебника в учебник, из монографии в монографию, о том, что «мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное».¹ Правда, в советское время некоторые ученые находили в себе мужество исследовать проблему частного права — это М. М. Агарков, Б. Б. Черепяхин. Но их голос был «гласом вопиющего в пустыне». Свертывание товарно-денежных отношений, переход к управлению обществом на основе команд сверху — вот главная причина «узаконивания» всего и вся, т. е. победного шествия публичного права по России.

В период перестройки о необходимости возрождения частного права первым заговорил С. С. Алексеев. Его книги и публицистические

* Доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии.

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. 5-е изд. М., 1970. Т. 44. С. 398.

статьи позволили привлечь всеобщее внимание к этой проблеме.² Именно усилиями С. С. Алексеева был создан Научно-исследовательский центр частного права, под «крышей» которого объединились лучшие ученые страны для того, чтобы создать Гражданский кодекс — нормативный акт, составляющий основной каркас частного права.

Частное право возникло несколько тысячелетий назад. История же совместного существования частного и публичного права насчитывает всего лишь несколько столетий.

Право как социальное явление зародилось в древнем мире. Тогда все право было частным и называлось одним общим термином гражданское право. Однако сам термин гражданское право (*jus civile*) первоначально возник в Древнем Риме и обозначал лишь исконное национальное право, распространявшееся только на римских граждан. Появившееся затем наряду с исконным гражданским правом (правом римлян) право народов, а также преторское право были с ним объединены, но для обозначения этого «объединенного» права по-прежнему использовался термин гражданское право. У этого термина, правда, был синоним — частное право (*jus privatum*).³

В период безграничного господства частного права в древнем мире под правом вообще понимали естественный ход вещей, не зависящий от государства и высший по отношению к нему, или иначе — здравый смысл. И это было верно: отношения между частными лицами устанавливались на основе взаимного интереса, который определялся их экономическим положением, да и реальной обстановкой в целом. История права очень точно отражает движение материальных интересов. Государство как социальный институт в тот период было еще не развито, и в экономической жизни оно играло лишь роль арбитра, защитника обиженной стороны, и то далеко не всегда.

Для римлян право было единым. В древнем мире публичного права как такового не было, если не считать отдельных его уголовно-правовых вкраплений: в случае совершения преступлений лица сами решали, наказывать ли обидчика самостоятельно или обратиться с жалобой к власти. Частное право безраздельно господствовало не только потому,

² См. например: Алексеев С. С. 1) Право и перестройка. Вопросы, раздумья, прогнозы. М., 1987; 2) Собственность — право — социализм. М., 1989; 3) Перед выбором: Обновление или катастрофа? М., 1990; 4) Рынок как предмет тревоги // Литературная газета. 1990. 18 сент.

³ См.: Новицкий И. Б. Римское гражданское право. М., 1972. С. 8–10.

что государство было слабым, но и потому, что в обществе доминировали частные начала, интересы отдельных семей. Именно семья, замкнутая и самостоятельная, являлась основной хозяйственной единицей.

Средние века знаменовали собой отступление назад по сравнению с тем, что было достигнуто римлянами в области права. Некоторые ученые задают вопрос: существовало ли тогда право, если споры разрешались по закону сильного или произвольной властью вождя?⁴ Римская империя, как мы знаем, была завоевана варварами, которые стояли на более низкой ступени развития. Поскольку они еще не полностью перешли к производящей экономике, доля прибавочного продукта у них была крайне незначительной, что, в свою очередь, отнюдь не способствовало развитию обменных операций (торговли). Да и с территориальной точки зрения облик Европы изменился: она раскололась на множество мелких владений, экономические и политические связи между которыми были очень слабы. Экономика того периода развития человечества основывалась на натуральном хозяйстве. Блестящие конструкции римского частного права оказались для варваров слишком сложными. Вот почему они были отброшены за ненадобностью и забыты.⁵ Европа погрузилась в пучину обычного права.

Лишь спустя несколько столетий, а точнее в XII–XIII вв., общество начинает осознавать потребность в праве, понимать, что только оно может обеспечить порядок и безопасность, являющиеся непреложным условием прогресса. О том, что такой порядок необходим, давали знать расширяющиеся экономические и политические связи между отдельными феодальными ячейками (княжествами, графствами и т. п.).

Конечно же, все внимание и взоры обратились к римскому праву. Но как с ним ознакомиться? Поиски источников римского права увенчались успехом. В одном из подвалов г. Равенны были обнаружены рукописи, расшифровка которых давала возможность полагать, что это есть Дигесты, одна из составляющих Кодификации Юстиниана. Именно они стали основой преподавания римского права в университетах Европы. Первая из школ изучения римского права (школа глоссаторов) стремилась установить первоначальный смысл римских законов. Однако позднее пришло

⁴ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 52.

⁵ В связи с этим вызывает удивление мнение Г. Ф. Шершеневича о том, что феодальная эпоха была расцветом частного права за счет права публичного (См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1995. Т. 2. С. 165). Для расцвета частного права в феодальную эпоху не было условий. Существовало ли публичное право в дофеодальную эпоху? История на сей счет фактов не дает.

понимание того, что жизнь изменилась, и многие нормы римского права являются не вполне подходящими. Университетские ученые, не отбрасывая римские конструкции полностью, позаимствовали в них самое главное — дух римского права, его принципы, ведущим из которых был принцип справедливости. Именно создание атмосферы уважения к римскому праву, изложение принципов права можно поставить в заслугу западноевропейским университетам XVII–XVIII вв.⁶ Систематизация норм частного права в Западной Европе стала осуществляться по институциональному принципу (институция — лат. «наставление»).

Таким образом, в Западной Европе была возрождена сама концепция права, а не конструкции римского частного права, хотя при этом весьма активно использовалась терминология римского права (например, права вещные и личные, обязательства и др.).

В центре же Европы, в Германии, правовые традиции в области частного права складывались несколько иначе, и немецкое частное право стало развиваться и систематизироваться по пандектному пути (пандекты — лат. «конструкции всеобъемлющие, сводные, совокупные»). Здесь основное внимание было обращено на пристальное изучение именно конструкций римского частного права. Германское частное право — это «дитя» пандектного права, и оно отличается абстрактными, но вместе с тем точными формулировками и конструкциями.⁷

Российское право издавна ориентировалось на германское право, поэтому все сказанное в полной мере относится и к нему. Следует добавить, что после Октябрьской революции 1917 г. гражданское право, как, впрочем, и другие отрасли частного права, стало все больше и больше приобретать публично-правовой оттенок.

Почему же частное право Европы «раздвоилось»? Ученые дают следующие объяснения.

Р. Давид, например, считает, что отсутствие с XIII в. в Германии централизованной судебной системы не позволило создать систему немецкого права. Именно это и открыло дорогу рецепции римского права.

К. Цвайгерт и Х. Кетц объясняют восприятие в Германии римского частного права в «чистом виде» еще и причинами субъективного порядка: 1) первые немецкие профессора получали правовое образование почти

⁶ Давид Р. Основные правовые системы... С. 63.

⁷ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М., 1995. Т. 1. С. 222.

исключительно на всемирно известных юридических факультетах Северной Италии; 2) позднее, в XIX в., роковую роль в этом плане сыграл Савиньи, создатель исторической школы права. Считая право явлением народного духа, он предлагал искать его истоки в древности. Античность служила ему высшим мерилom ценности знания. Право Древнего Рима (Свод законов Юстиниана), по его убеждению, было сокровищницей правовых ценностей, не подверженных времени.

Однако, думается, неисследованными остались и другие причины «раздвоения» европейского частного права.

1. Климат, географические особенности Германии обусловили ее отставание в области экономики от других европейских стран. Раздробленность немецких земель сохранялась вплоть до XVIII в. Право — это средство общения между людьми, а коль скоро тесного общения между немецкими землями не было, то отсутствовала необходимость и в едином праве.

2. Когда связи между землями стали развиваться и потребность в праве начала ощущаться все сильнее, в Германии еще отсутствовали интеллектуальные предпосылки для создания единого национального права. Собственной правовой науки не существовало. Вот почему первые немецкие профессора ездили учиться в Италию: заимствовать чужой опыт проще, нежели создавать нечто свое.

3. Немецкие земли более тесно общались с Восточной Римской империей. В распоряжении западноевропейских ученых находились всего лишь Дигесты Кодификации Юстиниана, и поэтому они вынуждены были создавать свои правовые начала. Немцы же могли обзреть все части Кодификации (Институции, Дигесты, Кодекс и Новеллы), да к тому же познакомиться с практикой ее применения (Кодификация Юстиниана, составленная в VI в., продолжала действовать в Восточной империи в течение примерно пяти веков).

4. Объединительные тенденции немецких земель в XVIII в. породили мощное философское учение. Так, философские построения Гегеля поражают своей грандиозностью и до сих пор. Однако практическое значение философских конструкций было невелико. Частное право, во многом громоздкое и запутанное, предельно конкретизированное, было как бы противовесом абстрактным философским идеям, ни в каком виде не применимым на практике. Оно, в отличие от этих абстрактных идей, хоть в какой-то мере позволяло регулировать общественную жизнь. Исключение,

пожалуй, составляет учение И. Канта, проникнутое идеей справедливости, идеей, которая могла стать стержневой в процессе создания Германией своего права. Однако Канту в одиночку не удалось оказать решающего воздействия на запутанное и во многом устаревшее пандектное право и направить его по иному пути развития.

В современном мире различия в частном праве Западной, Центральной и Восточной Европы постепенно сглаживаются. Однако отпечаток «раздвоения» по-прежнему остался, и проявляется это в системе частного права, о чем пойдет речь несколько позднее.

Вместе с тем у права есть и другая сторона — *публично-правовая*.

Деление на частное и публичное право сначала возникло в науке в XVII—XVIII вв. и долгое время оставалось только ее предметом. Вольтер, Монтескье, Руссо, Локк, Гоббс и другие выдающиеся умы в своих работах ставили вопрос об упорядочении государственной власти, обосновывали необходимость ее подконтрольности народу, проводили мысль о том, что не народ служит власти, а наоборот, власть должна быть служанкой народа. Внимание же практических юристов было в тот период сконцентрировано на частном праве. Занятие публичным правом казалось бесплодным и даже опасным, поскольку публичное право — материя, тесно связанная с политическим режимом и национальными управленческими структурами. Конечно, тогда уже не составляло труда описать и даже подвергнуть критике действующие государственные институты и дать правителям соответствующие характеристики и рекомендации, но за это можно было поплатиться головой.

История публичного права в отличие от права частного, можно сказать, начинается с 1789 г. и связана с началом буржуазной революции во Франции. Именно в то время во многих европейских странах восторжествовала доктрина, провозглашавшая примат разума и существование естественных прав человека. Отношения между гражданами и властью в тот период начинают регулироваться иначе, чем отношения между частными лицами: путем установления законов. С развитием товарно-денежных отношений публично-правовые нормы понемногу распространяются и на другие сферы общественных отношений, в частности и на предпринимательскую деятельность, с целью нейтрализации или предотвращения тех негативных явлений, которые ей сопутствуют.

В процессе развития частное и публичное право начинают специализироваться (рис. 1). Так, в публичном праве выделяются такие

отрасли, как уголовное, конституционное, административное, позднее — финансовое право, а также ряд отраслей процессуального права; совсем недавно появилось право социального обеспечения, экологическое право. Можно предположить, что процесс специализации публичного права продолжится.

Частное право, которое раньше называлось одним термином «гражданское право», теперь имеет в своем составе гражданское, семейное, наследственное, изобретательское, авторское право. Из гражданского права выделилось право трудовое. Складывается особая отрасль предпринимательского права.

Практически все указанные отрасли частного права в той или иной мере имеют публично-правовые элементы, так же как и некоторые публично-правовые отрасли содержат элементы частного права (рис. 2). Есть отрасли права, в отношении которых нельзя со всей определенностью сказать, какие начала (частные или публичные) в них перевешивают, в качестве примера можно назвать природоресурсное право.

Граница между этими двумя частями права нечеткая и в настоящее время еще больше «размывается». Точнее, идет процесс публицизации частного права во всем мире, или «захват» территории частного права правом публичным. И, тем не менее, если сравнить право с поверхностью Земли, то можно отметить, что публичное право — это ее суша, а частное — океаны и моря. Такой большой его массив обязывает исследователей и правоприменителей к глубокому и детальному изучению частного права.

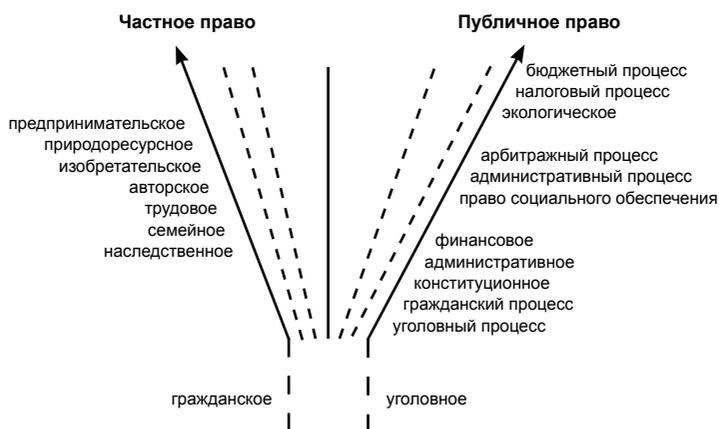


Рис. 1. Генеалогия частного и публичного права

С уверенностью можно констатировать, что *доля публичного права в дальнейшем будет увеличиваться*. Публичное право выражает отношения взаимозависимости членов общества, а поскольку общественные связи становятся все более многообразными и тесными (мир как бы делается уже), возрастает его роль, значение, а также увеличивается и массив публичного права. Однако этот процесс идет постепенно и прямо пропорционально экономическому, политическому, социальному, интеллектуальному и культурному развитию общества.

Доколе будет возрастать удельный вес публичного права? Это предугадать трудно. Ясно одно: человек не расстанется со своей свободой. Он сохранит свои личные, особенные интересы, и они будут отличаться от общественных, а посему частное право не исчезнет. Следует согласиться с М. М. Агарковым в том, что вряд ли общество будет развиваться по прогрессивному пути, если «личность не будет являться субъектом целеполагания», если она будет действовать по расписанному свыше, в соответствии с целями, заданными обществом. Ведь новое зарождается сначала в индивидуальном сознании, общественная же психология может лишь воспринять и осуществить новое, поскольку она не динамична.⁸ И хотя доля частного права все же уменьшится, но происходить это будет по доброй воле народов.

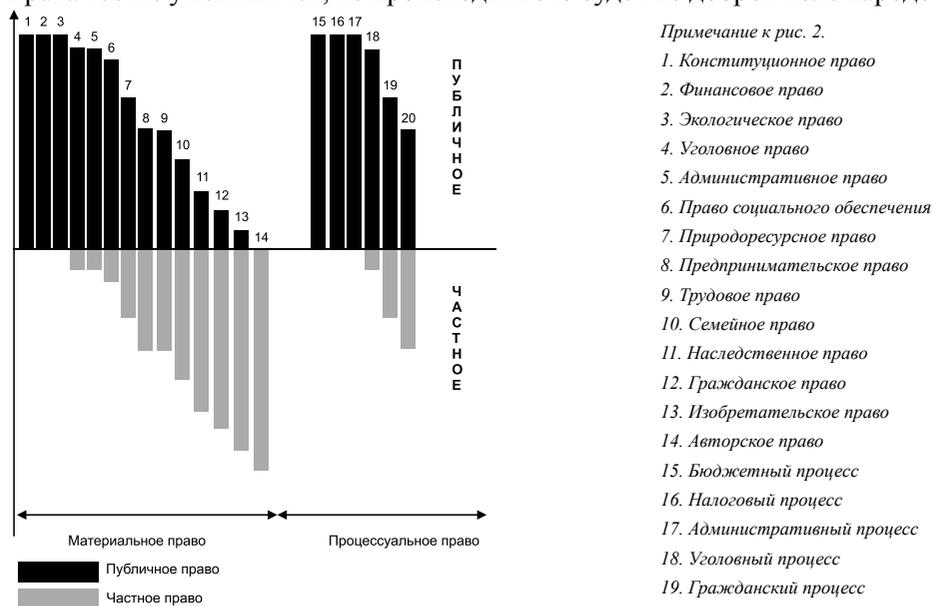


Рис. 2. Система отраслей публичного и частного права

⁸ Агарков М. М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 2. С.41.

*М. Г. Смирнова**

ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ СОЦИАЛЬНОГО ПРИТЯЗАНИЯ В ПРАВЕ¹

Социальные притязания являются ближайшим подступом к праву как юридическому феномену, его ближайшей социальной основой. Они, оказывая прямое влияние на правовое регулирование общественных отношений, через механизм правосознания, учитываются в правотворчестве и применении права. Посредством закрепления интересов притязателей в объективном праве и в процессе действия права, их социальные притязания получают свое воплощение в субъективном праве. Это обстоятельство является исходным, ключевым для исследования соотношения, взаимодействия социального притязания и субъективного права.

Существующие в отечественной юридической литературе представления о притязаниях в сфере правового регулирования связаны, как правило, с элементами субъективного права (Н. И. Матузов, Р. О. Халфина).

Изучение вопроса «притязаний» в общесоциальном ракурсе, с позиций философии права и социологии права, относится к числу тех проблем общей теории права, которые не только в достаточной степени не разработаны, но даже, по существу, не поставлены. В литературе нет ни одной специальной работы или хотя бы статьи, в которых указанный вопрос исследовался бы как самостоятельная тема.

Необходимость подобных разработок обусловлена смещением исследовательского интереса в отечественной юридической науке в сторону выявления природы права как специфического социального явления, изучения объективных процессов правообразования, поиска тех социальных интересов и притязаний, которые должны лежать в основе правовых решений. Практика показала, что главным фактором неэффективности принимаемого законодательства является как отсутствие механизмов его реализации, так и дефекты социального и юридического содержания законов, их неспособность быть инструментом согласования различных социальных интересов, притязаний.

* Кандидат юридических наук, доцент, научный сотрудник научно-исследовательской лаборатории юридического факультета Ленинградского государственного университета имени А. С. Пушкина.

¹ Работа выполнена в рамках проекта РГНФ, № 0503534.

Проблема социальных притязаний в их правовом опосредовании является в настоящее время чрезвычайно актуальной и практически значимой. Она затрагивает такие жизненно важные вопросы, как удовлетворение возникающих потребностей и запросов людей, повышение их общественной и правовой активности, создание соответствующих позитивных стимулов поведения, трудовой и политической деятельности и т. д.

Учет психологических моментов заинтересованности людей в своих делах и стремлениях, изучение движущих мотивов их поведения, в том числе поведения в сфере правового регулирования, анализ сложного взаимодействия этих факторов составляют одну из важных задач современной правовой науки, социологии и психологии.

Человек с его психологическим складом, интересами, потребностями, волеизъявлением должен находиться в центре внимания общей теории права. Многие ее вопросы тесно связаны с личностью и ее социально обусловленным поведением. Одним из них является проблема правового опосредования социальных притязаний, интересов субъектов. При этом основная задача для правовой науки заключается в юридическом обосновании, правильном законодательном закреплении указанных притязаний — как в самих правовых нормах, так и в субъективных правах. Благодаря фиксации в позитивном праве у любого участника отношений появляется уверенность: притязание будет постоянно поддерживаться юрисдикцией государства в качестве субъективного права, все иные субъекты обязаны с этим считаться.

Социальные притязания закрепляются в объективном праве и в процессе действия права, его реализации находят свое непосредственное отражение в составе субъективного права, его структурных элементах.

Таким образом, социальное притязание и право представляют взаимосвязанные между собой явления, т. к. конечной целью выдвижения субъектами своих общезначимых социальных притязаний является их воплощение в субъективном праве, посредством закрепления притязаний в праве объективном. Хотя не все притязания субъектов получают официальное признание в позитивном праве, как писал Никлас Луман: «В современном постоянно и быстро изменяющемся сверхкомплексном обществе возможностей (и ожиданий) больше, чем их можно актуализировать».²

² Луман Н. Тавтология и парадокс в самоописаниях современного общества // Социо-логос. М., 1991. Вып. 1. С. 194–195.

Объективная необходимость институционализации социальных притязаний людей коренится в господствующей системе общественных отношений, а не в самих социальных требованиях и их осознании. Реализация такой необходимости обусловлена настоятельностью материальной потребности, типом государства. Материальные потребности оказывают решающее влияние на формирование и закрепление соответствующих социальных притязаний субъектов. В обществе интересы и социальные притязания субъектов находят свое выражение в праве (объективном, а тем более субъективном) только благодаря упорной внешней деятельности их носителей. Объективные потребности в установлении соответствующего круга экономических, политических, культурных и личных прав не реализуются автоматически, осуществление этих потребностей происходит в условиях напряженной борьбы, столкновения сил прогресса с силами реакции, новых идей со старыми взглядами и предрассудками.

Сквозь столкновение и борьбу групповых, личных интересов и притязаний, через перипетии национальных отношений, формы развития культур, идеологии пробивает дорогу объективная необходимость в предоставлении такого круга прав и свобод, который отвечал бы потребностям нормального функционирования общества.

Следовательно, объективно обусловленные социальные притязания являются движущей силой деятельности людей. Именно они способствуют развитию и совершенствованию субъективного права, т. к. без его динамики законодательство страны оторвалось бы от реального социального движения и превратилось бы в мертвую схему логически связанных норм. Но в исключительной подвижности субъективных прав имеются и свои минусы — их динамика имеет тенденцию к деструктивному юридической формы, социальная жизнь может наполнить содержание субъективного права таким образом, что оно грозит взорвать правовую оболочку. Сдерживают такую тенденцию юридические нормы, т. е. объективное право, внося в правовое регулирование необходимую устойчивость и прочность; изменения, которые заранее осмыслены законодателем, строятся на известных обобщениях юридической практики.³

В целом весь процесс формирования субъективного права нельзя отрывать от формирования объективного права, он сложен и диалектичен, не может игнорировать рождающихся социальных притязаний, но и не сводится к простой их констатации в законодательстве.

³ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 176.

Ю. И. Гревцов понимает «объективное право», как систему общих юридических норм (нормативных правовых актов), в которых отражается опыт (и уровень) правового развития и получают закрепление результаты согласования различных интересов и их неизбежное ограничение.⁴ По нашему мнению, данное определение права ярко отражает связь объективного права с интересами субъектов, а, следовательно, и с социальными притязаниями.

Эта связь очевидна, поскольку социальная свобода ближайшим образом «подступает» к объективному праву в виде того специфического явления, которое в данной работе названо социальными притязаниями. «Право, — писал Н. Луман, — возникает не из-под пера законодателя. Оно обусловлено множеством нормативных ожиданий, иначе говоря, правовых требований, и едва ли могли бы издаваться законы без этого базиса. Прежде всего учитывается нормативность таких требований».⁵

С этой точки зрения есть основания для того, чтобы признать социальные притязания, конечно же, не все, а только те, которые носят правовой характер, сущностью объективного права «второго порядка».⁶

Именно в общих правовых нормах социальные притязания субъектов общественных отношений, если они отвечают соответствующим критериям, находят и должны находить четкое и стабильное выражение вне зависимости от того, идет ли тут речь о прямом или встречном правообразовательном процессе. Благодаря фиксации в общих правовых нормах (в объективном праве) у любого участника отношений появляется уверенность, что данное притязание будет постоянно поддерживаться юрисдикцией государства в качестве субъективного права и что все иные субъекты должны будут (юридически обязаны) с этим считаться.

Необходимо отметить, когда нормы права отстают от развития общественных отношений или неполно их регулируют, появляются притязания на признание соответствующих прав, что ведет либо к совершенствованию законодательства, либо к наполнению общих норм и вытекающих из них правоотношений новым социальным содержанием. Признавая данное притязание, компетентный орган определяет его содержание, границы и свойства, а также вытекающие из него обязанности,

⁴ Гревцов Ю. И. Социология права: Курс лекций. СПб., 2001. С. 84.

⁵ Luhmann N. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt a Main, 1981. S. 122.

⁶ Явич Л. С. О сущности второго порядка: Гносеологические вопросы общего учения о праве // Правоведение. 1976. № 1. С. 18.

должное поведение. Обязанное поведение, чтобы стать юридическим, также фиксируется государством.

Однако социальные притязания субъектов могут получить совсем иную схему своего последующего развития и стагнации. К примеру, различные притязания людей на те или иные права и свободы могут оцениваться не демократическими институтами, не посредством обсуждения и согласования различных интересов на этот счет, а путем бюрократически заформализованной процедуры, за которой обычно стоит либо авторитарный лидер, либо элитарные интересы какой-то могущественной группировки. Поэтому о мере действительной реализации устремлений, притязаний людей следует судить именно по характеру связи между официальной юридической нормой (в которой эти притязания нашли свое отражение) и юридическим отношением. Точнее, по самому факту — возникали или нет юридические отношения. Другими словами, важно выяснить, станут ли люди устанавливать между собой юридические отношения в соответствии с правилами, которые предписывает на этот счет официальная юридическая норма. Было бы неправильным думать, что правовые отношения устанавливаются людьми как бы автоматически и что для этого достаточно самого факта принятия государственной властью той или иной нормы законодательства. Не так уж редко те или иные социальные притязания людей на меру права удовлетворяются вначале фактически, путем защиты таких притязаний в судах, других организациях (и только на этой основе затем формулируется абстрактная норма права).⁷ В этом случае социальные притязания появляются из различных правовых ситуаций, т. е. из ситуаций, требующих правового решения.

«Правовая ситуация» — сложное жизненное обстоятельство, особый «поворот» в делах и событиях. То есть столкновение интересов и страстей, казус, не поддающийся разрешению на основе одних лишь представлений о морали, принятых в данном круге людей обыкновений, — словом, то, что уже в юридической сфере образует «дело».⁸

Подобные конфликтные ситуации, даже при известных положительных своих характеристиках, неотделимы от каких-то реальных или потенциальных свойств «раздора», «постоянного антагонизма», здесь, при решении таких ситуаций, нет альтернативы тому, чтобы решение конфликтной ситуации имело обоснованный и вместе с тем твердый,

⁷ Гревцов Ю. И. Очерки теории и социологии права. СПб., 1996. С. 158–159.

⁸ Алексеев С. С. Восхождение к праву: Поиски и решения. М., 2001. С. 288.

определенный по всем позициям, окончательный, неизменный на «сейчас» и будущее и, что особо существенно, предельно надежный, гарантированный характер. То есть характер правовой, освященный и поддерживаемый авторитетом и силой самого мощного в обществе института — авторитетом и силой государственной власти (государства).

Необходимо отметить, что даже в отдельных фрагментах действительности, в ситуациях, возникают разнообразные социальные притязания субъектов, которые предопределяют необходимость сугубо юридического решения. Поэтому в этих правовых ситуациях и в появляющихся на их основе социальных притязаниях, можно разглядеть заложенную в них потребность права, объективный «зов к праву» (что, обратим внимание на этот момент, выражает общую потребность права в данном обществе и в данном секторе социальной жизни), а отсюда надобность тех правовых средств, без которых ситуация не может быть решена, останется неопределенной, конфликтной, таящей угрозу «взорваться» разрушительными, губительными последствиями.⁹ Под этим углом зрения, есть основания для того, чтобы выделить в ситуации, нуждающейся в правовом решении, ее центральное звено — правовую суть. Ибо потребность права, т. е. именно правового, юридического решения для данного случая, притом определенного характера (запретить, признать право и т. д.), сосредоточена в данной ситуации и является первичной ступенью права.

Поэтому сложные задачи стоят перед законодателем, который при проектировании закона и институционализации соответствующих социальных притязаний, в идеале должен загодя определить и зафиксировать признаки и последствия возможных правовых ситуаций.

Итак, первичными в объективном праве являются правовые ситуации. Обратим внимание на то, что их решением выступают юридические конструкции той или иной сложности, которые возводятся законодателем в ранг общих правил, т. е. общеобязательных правовых норм.

В качестве примера мы можем привести тот факт, что уже на самых первых порах становления юридического регулирования нередко возникала ситуация, когда требовалось решить вопрос о судьбе вещи, выбывшей из обладания собственника, в том числе в случаях, когда имущество оказалось в обладании так называемых третьих лиц, т. е. не находящихся в прямых контактах с собственником, например, в обладании у лица, которое приобрело вещь у лица, похитившего ее у собственника. В римском праве

⁹ Алексеев С. С. Восхождение к праву... С. 288.

была выработана юридическая конструкция, в соответствии с которой собственник может истребовать свое имущество в принципе у любого «владеющего не собственника». Эта юридическая конструкция получила название «виндикационного иска». Этот термин сохранился и поныне в законодательстве ряда стран, в том числе в российском праве.

Примером ценной юридической конструкции, закрепленной в гражданском законодательстве российского государства, может служить «неосновательное обогащение», охватывающее все случаи обогащения лица без законных оснований, с последствиями по принципу «верни чужое», названное «кондикционным».¹⁰

Кондикционное обязательство — это не только уже существующая правовая реальность, но весьма эффективная правовая конструкция, имеющая субсидиарный характер и благодаря своим юридическим особенностям выполняющая важные правовые функции.

Обратим внимание на то, что рассматриваемый институт позволяет на твердой нормативной основе «закрыть» все нестандартные ситуации, решать многообразные случаи, на которые не давали конкретизированного ответа другие, традиционные институты. В том числе: обеспечивать в субсидиарном порядке надежную защиту интересов собственников, иных потерпевших лиц, а также включать в круг факторов, от которых зависит решение соответствующих дел, обстоятельства морального и гуманитарного порядка (в особенности при решении вопроса о возврате «чужого», полученного лицом в качестве средства существования, — заработная плата, сумм возмещения вреда и др.).

Таким образом, юридические конструкции представляют собой органический элемент собственного содержания права, его внутренней формы, рождаемый на первых порах спонтанно, в самой жизни, в практике, в результате выдвижения субъектами своих социальных притязаний. В правовом регулировании, в соответствии с потребностями жизни начинает «работать» особая юридическая логика, когда вслед за одной сформировавшейся юридической конструкцией как бы «по цепочке» появляются другие конструкции. Например, применение виндикационного иска к третьим лицам (когда собственник напрямую истребует вещь у того лица, которое ее приобрело по сделке купли-продажи не у собственника) потребовало того, чтобы был введен порядок «регресса»: новая конструкция,

¹⁰Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии. М., 1996. С. 591–603.

при помощи которой покупатель, утративший вещь, по виндикационному иску мог бы получить возмещение от недобросовестного продавца. А дальше оказывается необходимым формирование конструкций «односторонней реституции», «негаторного иска». И так далее — «по цепочке» требований жизни и юридической логики.¹¹

Это подтверждает тот факт, что в развитии права четко вырисовываются два взаимодействующих процесса: во-первых, развитие права, прямо обусловленное потребностями и волей государственной власти (этот процесс касается главным образом публичного права), и, во-вторых, спонтанное правовое саморазвитие, обусловленное социальными притязаниями, которые возникают на основе требований жизни, логики права и соотносятся с глубинными тенденциями саморазвития в обществе (этот процесс касается главным образом частного права).

Собственное развитие права, его самобытная история, его уникальная материя и сила — это под важнейшим для правоведения углом зрения во многом и есть история становления, развития и совершенствования юридических конструкций, являющихся одним из наиболее значимых результатов собственного развития права.

Итак, первичными в позитивном праве являются правовые ситуации, их решения и средства этого решения. Возведение подобных правовых средств (в том числе юридических конструкций) в ранг общих правил происходит посредством выдвижения субъектами соответствующих социальных притязаний. Данный процесс является особой и в какой-то мере последующей фазой в формировании права. В рамках этой фазы социальные притязания субъектов, оказывая прямое влияние на юридическое регулирование общественных отношений через механизм правосознания, внедряются в правотворчество и применение права. Важно отметить, данные требования носят естественно-правовой характер и в конечном итоге признаются государством и закрепляются им в объективном праве. Так, И. А. Ильин писал: «Основная задача положительного права состоит в том, чтобы принять в себя содержание естественного права, развернуть его в виде ряда правил внешнего поведения, приспособленного к условиям данной жизни и к потребностям данного времени, придать этим правилам смысловую форму и словесное закрепление и далее, проникнуть в сознание и к воле людей, в качестве авторитетного связывающего веления...

¹¹ *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. С. 290.

Положительное право есть целесообразная форма поддержания естественного права».¹²

В этом отношении социальные притязания в настоящее время выполняют особо значимую миссию, а именно образуют тот слой социальной жизни, лежащий в основе системы социальной регуляции, и в первую очередь позитивного права, который аккумулирует, сводит в некоторые нормативные начала, притом в виде изначально «должного», назревшие требования среды, всей социальной жизни — природные, экономические, политические.

При этом закрепляемые в праве социальные притязания должны отвечать определенным критериям.

Первым критерием успешного закрепления социальных притязаний в законе является их соответствие историческим традициям, культуре, социально-экономической и политической ситуации, а также конъюнктуре момента (ожиданиям населения). Соответствие историческим традициям означает, что если проводится институционализация какой-либо инновации, то она не должна быть «слишком новой», т. е. совершенно неожиданной, никак не связанной с традицией. К такому выводу, например, приходит Б. Вальденфельс, исследующий проблему инаковости порядка. Он справедливо утверждает, что если бы какой-то порядок существовал «совершенно иначе», чем мой собственный, то он был бы мне принципиально чуждым.¹³ Объективация инновации, не отвечающей вышеуказанному критерию, может привести к плачевным последствиям. Так, выдающийся юрист П. И. Новгородцев, предвидя пагубные последствия революции 1917 г., равно как и неизбежность крушения системы, установленной после ее осуществления, в работе «Восстановление святынь» писал: «Русскому человеку в грядущие годы потребуются героические, подвижнические усилия для того, чтобы жить и действовать в разрушенной и откинутой на несколько веков стране. Ему придется жить не только среди величайших материальных опустошений своей родины, но и среди ужасного развала всех ее культурных, общественных и бытовых основ».¹⁴

Критерий соответствия социальных притязаний социально-экономической и политической ситуации означает то, что они должны вытекать из реальных общественных отношений, т. к. права личности не

¹² Ильин И. А. О сущности правосознания. М., 1993. С. 58.

¹³ Waldenfels B. Der Stachel des Fremden. Frankfurt a Main, 1991. S. 28.

¹⁴ Новгородцев П. И. Об общественном идеале. М., 1991. С. 576–577.

«дар законодателя», а социальные возможности, обеспечивающие человеку определенный стандарт жизни. Законодатель не может искусственно «занижать» или «завышать» объем прав и свобод; он связан принципами и нормами естественного права, условиями социальных взаимосвязей людей, состоянием экономического развития общества. Так, в конце 90-х годов в нашей стране, по крайней мере среди политически активной части населения, сложились завышенные ожидания от принятия новых для нас норм либеральной экономики, парламентаризма, прав человека и т. п. Однако реальность показала, что эти нормы не отвечают социальным условиям их функционирования. Поэтому наступило разочарование в них и осознание необходимости их корректировки.

В качестве второго критерия объективации социального притязания в законе выступает требование об его относительной рациональности, т. е. закрепленные в норме права социальные интересы должны служить обеспечению целостности, интеграции общества, преодолению политического противостояния. Важно отметить, что право — это важнейший инструмент обеспечения единства общества. Общество, представляющее собой сложный конгломерат различных, зачастую противоборствующих друг с другом субъектов социального действия, находит свое единство именно в праве и в государстве.

Важно иметь в виду, что социальное единство на основе права — это единство различий, а не их отрицание или нивелировка. Право интегрирует общество, не унифицируя его. Ведь интеграция общества может быть достигнута различными способами, в том числе и силовым путем, характерным для обществ авторитарного и тоталитарного типа. Примером в данном случае является унификация в так называемом социалистическом обществе. Причем для нашей страны характерна была не только идеологическая и социальная, но и национально-этническая унификация, когда политика государства была направлена на формирование так называемой единой общности «советский народ», в рамках которой зачастую игнорировались национально-этнические различия. В отличие от этого правовая интеграция осуществляется не путем подавления различий и навязывания обществу чьей-то политической воли сверху, а посредством взаимоувязки многообразных социальных притязаний, интересов различных социальных субъектов, которые находят в праве свое отражение и защиту.

Право, конечно, — не единственный фактор социальной интеграции. Общество удерживается в рамках единой системной целостности благодаря

взаимодействию сложного комплекса ценностных, нормативных и иных регуляторов — права, нравственности, религии, культуры, моды, нормативов делового общения и т. п.

Под влиянием интеграционного воздействия различных регуляторов у членов общества формируются установки на следование групповым стереотипам, стремление оправдывать социальные ожидания, улучшать свой социальный статус путем достижения общепризнанных, как правило, нормативно зафиксированных социальных притязаний.

Благодаря своей общезначимости и общеобязательности, право занимает особое место в этой системе социальных регуляторов. В данной связи современный американский социолог права Л. Мейхью говорит о том, что право стимулирует процесс социальной интеграции, с одной стороны, путем адекватного истолкования смысла основных социальных ценностей, а с другой — с помощью репрессивных механизмов, которые имеются в распоряжении различных правоприменительных органов (суда, прокуратуры, полиции и т. д.).¹⁵

При этом следует подчеркнуть, что в процессе законодательного закрепления социальных притязаний в законе и иных официальных источниках, они не должны наносить ущерба свободе других индивидов, социальных групп, не ущемлять их здоровые интересы. Именно это положение и составляет суть второго критерия объективации социального притязания в законе, а его соблюдение способствует интеграции общества. Данный критерий является зеркальным отражением категорического императива И. Канта, который великий мыслитель назвал «всеобщим правовым законом», — поступай внешне так, чтобы свободное проявление твоего произвола было совместимо со свободой каждого, сообразно со всеобщим законом.¹⁶ Этот критерий является главным, поэтому очень важно, чтобы закрепляемые в официальных источниках социальные притязания, прежде всего, соответствовали ему. В основном в правотворческой деятельности так и происходит, но бывают и исключения. Ярким примером может послужить разработка законодателем конструкции аренды как способа приватизации, в соответствии с которой арендаторами становились не трудовые коллективы (как при последующей официальной приватизации), а самостоятельный субъект — организация арендаторов,

¹⁵ Цит. по: Лапаева В. В. Социология права / Под ред. В. С. Нерсисянца. М., 2004. С. 189.

¹⁶ Кант И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. СПб., 1995. С. 286.

формируемая из активных работников-трудяг данного коллектива. Так, при подготовке законопроекта об аренде так и не был поставлен и решен вопрос, относящийся к идее философского «основного закона»: не ущемляет ли порядок предоставления государственного имущества арендаторам из числа работников коллектива права (и свободы) других членов коллектива? И если да, то каково возможное решение трудностей, возникающих при реализации закона? И верно, трудности подобного свойства в последующем действительно были. Об этом ныне приходится говорить еще и потому, что аналогичные по важности и трудности проблемы возникают при совершении сделок, предметом которых является имущественный комплекс (предприятие в целом), включающий работающих там людей — персонал.¹⁷

Третьим критерием законодательного закрепления социального притязания является общезначимость отношений, получающих отражение в норме права, в случае объективизации социальных притязаний. Государство не должно стремиться к глобальной, всеохватывающей регламентации отношений между людьми, ставить цель держать каждого на «коротком поводке». Стремление «все предусмотреть и охватить» может связать инициативу и активность личности, культивировать пассивность. Да такой подход практически и неосуществим, ибо некоторые сферы человеческих отношений не поддаются какой-либо регламентации. Всякая норма права отражает и защищает известный интерес, но не всякий интерес опосредствуется правом. В качестве субъективных прав оформляются лишь наиболее важные, существенные, с точки зрения государства, общественно значимые интересы, социальные притязания. Их можно было бы назвать генеральными или базовыми. В противном случае прав было бы бесчисленное множество и уже этим они были бы обесценены. К тому же соответственно возросло бы и количество обязанностей. Все оказались бы настолько связаны между собой юридически, что нельзя было бы и шагу шагнуть без специального разрешения. Невозможно все втиснуть в рамки закона, да в этом и нет нужды. Важно отметить, что общезначимость нормы, полученной в результате институционализации в ней социального притязания, придает именно то обстоятельство, что субъекты отношений выступают здесь как формально равные друг другу лица. Это означает, что на их месте может оказаться любой человек, принадлежащий к сфере отношений, которые регулируются данной

¹⁷ *Степанов С. А.* Предприятие как имущественный комплекс по Гражданскому кодексу Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 12.

нормой. Принцип общезначимости права накладывает на взаимоотношения свободных и равных субъектов ограничения, не позволяющие им ущемлять свободу других лиц, отказывая им в равенстве. Такую общезначимость нормы также можно использовать как критерий при оценке правовой природы фактически складывающихся социальных норм. Норма, которая не носит общезначимый характер, т. е. не может быть распространена на всех субъектов регулируемого ею круга отношений, не является по своей природе и сущности правовой нормой и, следовательно, она не должна быть возведена в закон (в общеобязательную норму действующего позитивного права). Работающий характер такого критерия можно продемонстрировать на следующих примерах. В 70–80-е годы в бывшем СССР в сфере отношений так называемой теневой экономики между предприятиями сложилась практика обмена накопившимися у них сверхнормативными запасами ресурсов (выделились даже ресурсы, используемые в качестве своего рода всеобщего эквивалента — скот, цемент, кирпич, трубы и т. п.). К началу перестройки, когда уже было очевидно, что советское плановое хозяйство с его жесткой централизацией не в состоянии обеспечить надлежащее распределение ресурсов, ряд экономистов предлагали легализовать эту практику обмена, закрепив такую возможность в законодательстве.¹⁸

На первый взгляд, такое решение следовало бы считать социально оправданным, поскольку оно было вызвано хозяйственной необходимостью. Однако, если посмотреть на проблему с позиции правовых отношений собственности, в данном случае предприятия обменивали то, что не являлось их собственностью (у них было лишь право оперативного управления этим имуществом), т. е. они обменивали не свое, а чужое. Отсюда следует, что данные отношения обмена по своей природе носили характер исключения из общезначимого правила (ведь, по общему правилу, обменивать можно свое), а поэтому они не могли иметь то всеобщее значение, которое требуется правовой нормой. Отсутствие же у таких обменных норм правовой природы не позволяет придать им форму закона. На этом примере хорошо видно и то обстоятельство, что отсутствие общезначимости нормы неизбежно влечет за собой неравенство субъектов данных отношений. Ведь при легализации подобной практики обмена в более выгодном положении оказались бы не те, кто лучше работал, а те, кто сумел каким-то иным образом накопить

¹⁸ Заславская Т. И. Экономическое поведение и экономическое развитие // ЭКО. 1980. № 3. С. 29.

излишек ресурсов для обмена.¹⁹

Четвертым критерием институционализации социального притязания в законе является формальное равенство субъектов отношений, получающих отражение в норме права, в случае объективизации социальных притязаний.

Данный критерий означает, что социальные интересы субъектов, выраженные в притязаниях, реализуются в правовой форме в том случае, когда свобода в реализации интереса одного субъекта допускает равную меру свободы для интереса другого субъекта (т. е. нет привилегий для одного интереса за счет ущемления другого).²⁰

Например, в Конституции РФ (ст. 81) есть норма, согласно которой Президентом страны может быть лишь тот, кто прожил в ней не менее 10 лет.²¹ Нет ли в данном случае нарушения принципа правового равенства? Очевидно, что на момент принятия Конституции РФ (т. е. в 1993 г.) было достаточно веских оснований считать, что для того, чтобы понимать, что происходит в нашей стране и что нужно для ее благополучия, необходимо прожить в ней не менее 10 лет. Человек, проживший 10 лет до 1993 г. за пределами страны, не мог понимать реальное положение дел в стране в 1993 г. настолько хорошо, чтобы ему можно было доверить осуществление функций главы государства.

Нормативная конкретизация формального равенства требует от законодателя творческого подхода, нахождения такого социально обусловленного решения, которое в наибольшей степени отвечало бы общественным потребностям и задачам правовой регуляции конкретных отношений с учетом всего комплекса в общем контексте реалий данной социально-исторической действительности.

При юридиксо-социологическом изучении и рассмотрении конкретных форм проявления общеправового принципа формального равенства определенную сложность представляет проблема правовой трактовки и оценки таких различных по своей сути явлений, как льготы и привилегии. В общем виде можно сказать, что право (правовой принцип формального равенства и соответствующие этому принципу правовые нормы) допускает и признает льготы как правовое явление и отрицает привилегии как антиправовое (правонарушающее) явление. Хотя, по мнению ряда ученых, в

¹⁹ Ланаева В. В. Социология права. М., 2004. С. 187.

²⁰ Нерсесянц В. С. Право — математика свободы. М., 1996. С. 92.

²¹ Конституция Российской Федерации. М., 1998. С. 32.

действительности государство предоставляет некоторым категориям граждан ряд «экономических, социальных и культурных прав» как привилегию, т. е. как определенное преимущество, коего не имеет остальная часть граждан, с очевидностью игнорируя тем самым принцип формального равенства.²²

Под правовой льготой понимается правомерное облегчение положения субъекта, позволяющее ему полнее удовлетворить свои интересы и выражающееся как в предоставлении дополнительных, особых прав (преимуществ), так и в освобождении от обязанностей.²³ Льгота — это предусмотренное правовой нормой преимущество компенсационного характера в пользу тех или иных социально ущемленных или слабо защищенных категорий населения, которые по объективным (социально признанным и легитимированным) причинам не в состоянии в полной мере (наравне с другими членами общества) воспользоваться общим правовым равенством (равной правоспособностью) и нуждаются в дополнительной поддержке со стороны права. К их числу относятся, например, льготы для ветеранов войны и труда, для инвалидов, для многодетных семей, для представителей малочисленных народов при поступлении в вуз, налоговые льготы для предприятий, использующих труд инвалидов, квоты для женщин в руководящих органах политических объединений, в органах власти и т. д.

Социальная обусловленность льгот состоит в том, что они по своему смыслу и целям направлены на реальное осуществление того равноправия всех членов общества, которое присуще правовому способу регуляции общественных отношений.²⁴

Привилегии же, напротив, лишены такой социальной обусловленности и оправданности и направлены не на реализацию правовых возможностей в пределах уровня (и меры) правового равенства, а на получение тем или иным субъектом в порядке исключения (т. е. в обход и нарушение общих требований правовой нормы) личной выгоды сверх уровня (и меры) правового равенства. Так, если налоговые преимущества (освобождение от налогов или уменьшение их размера) предприятий, использующих труд

²² Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 9; Четвернин В. А. Государство: сущность, понятие, структура, функции // Проблемы общей теории права и государства. М., 1999. С. 639.

²³ Малько А. В. Проблемы льгот и поощрений в праве // Проблемы теории государства и права / Под ред. М. Н. Марченко. М., 1999. С. 357.

²⁴ Морозова И. С. Льготы в Российском праве (Вопросы теории и практики): Автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 12–13.

инвалидов, — это социально оправданная и правомерная льгота, то такие же налоговые преимущества, предоставляемые обычному предприятию, — это по своей сути антисоциальная и антиправовая привилегия.²⁵

Во всех тех ситуациях и случаях, когда возникает проблема правовой оценки тех или иных преимуществ определенных субъектов социальных отношений в качестве правомерных льгот или, напротив, неправомерных (противоправных) привилегий, критерием является принцип формального равенства.

В целом можно сказать, что критерием определения правовой природы того или иного отношения является формальное равенство субъектов этого отношения. Когда отношения такого рода, неоднократно повторяясь, складываются в устойчивое правило поведения, мы говорим о формировании правовой нормы. Правовую норму, следовательно, можно определить как норму, регулирующую отношения между формально равными субъектами общения.

Таким образом, если теория права сумеет разглядеть существующие или зарождающиеся в недрах социальной практики отношения, которые складываются на началах добровольного согласия и равенства сторон, то будет найдено направление правового развития данной сферы общественных отношений, нуждающееся в признании и поддержке законодателя. А если эти отношения уже приобрели нормативный характер, то мы имеем дело с фактически действующей общезначимой нормой, которая по своей природе является правовой и нуждается в законодательном признании и закреплении уже в качестве обеспеченной государственной защитой нормы.

Важно заметить, что в этом критерии находит свое яркое проявление идея социальной справедливости, если под справедливостью понимать формальное равенство свободных людей, соответствие (соразмерность) их правомочий и обязанностей, эквивалентность отдаваемого ими обществу и получаемого от него.²⁶ В процессе воплощения в жизнь социальной справедливости происходит равномерное перераспределение между субъектами экономических, социальных и политических благ. Один из известных сторонников либерального направления в социальной философии Ф. Хайек так определяет значение справедливости для современного миропорядка: «Три ценности, на которых стоит цивилизация... мир, свобода

²⁵ Ланаева В. В. Социология права. С. 186.

²⁶ Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. №. 7. С. 10.

и справедливость. Будучи самыми важными ценностями, они — все еще наименее гарантированные продукты цивилизации».²⁷

Та или иная идея справедливости занимает центральное место в структуре ценностно-нормативной ориентации любого общества. Представления общества о справедливости составляют стержень его правосознания в силу глубокого внутреннего единства таких социальных феноменов, как справедливость, свобода, правовое равенство.

Российское общество в этом плане не является исключением, более того, искания правды и справедливости всегда были одной из характерных особенностей российского менталитета. Поэтому современные преобразования российского общества не должны осуществляться вразрез с доминирующими в нем представлениями о справедливости. Однако, как свидетельствуют исследования, проводимые различными социологическими центрами на протяжении всего постперестроечного периода, реформирование общественных (и прежде всего экономических) отношений устойчиво сопровождается ущемлением чувства социальной справедливости у значительной части населения.

Игнорирование фундаментальной потребности людей в справедливости общественного устройства блокирует процессы нормальной правовой социализации. Люди перестают понимать, что есть добро и что зло, теряют не только нравственные, но и правовые ориентиры. В результате неизбежно ломается нравственный стержень общества и деформируется его правовое развитие.

Опытные политики хорошо понимают фундаментальное значение для общества идей социальной справедливости. В частности, как подчеркнула М. Тэтчер в своем интервью газете «Аргументы и факты», для того, чтобы люди могли поверить в себя, нужны две вещи — во-первых, торжество справедливости и, во-вторых, — здоровая валюта.²⁸ Потребность людей в справедливости так же естественна, как потребность в свободе и в нормальных, упорядоченных взаимоотношениях в рамках социума. В основе любого общественного устройства лежит та или иная идея справедливости, разделяемая большинством населения. Она составляет нравственный стержень общества, опору его ценностно-нормативной системы и правопорядка, фундамент, на котором строится общественное

²⁷ Хайек Ф. Общество свободных // Открытая политика. 1995. № 8 (10). С. 35–36.

²⁸ Маргарет Тэтчер о самом важном в политике // Аргументы и факты. 1996. № 35. С. 3.

согласие.

Именно по этим причинам та или иная идея справедливости занимает центральное место в структуре особенно значимых для правотворчества ценностно-нормативных ориентаций общества. При этом законодателю, стремящемуся создавать законы в соответствии с господствующими в обществе представлениями о справедливости, нет нужды заниматься философскими рассуждениями о сущности справедливости, о добре и зле и т. д. Его задача заключается в том, чтобы в каждом конкретном случае правового регулирования найти и сформулировать надлежащую форму (норму) конкретизации принципа правового равенства, а следовательно, и общесправедливого для адресатов права способа согласования социальных интересов, притязаний в сфере регуляции соответствующей правовой нормы.

Если такое согласование будет найдено, то механизм реализации закона в силу его социальной обусловленности и адекватности значительно упростится: опыт показывает, что закон, основанный на справедливом учете и согласовании различных социальных интересов, притязаний и тем самым способствующий равно справедливому для всех свободному развитию общественных отношений (т. е. правовой закон), обладает внутренней потенцией к самореализации. В отличие от этого неправовой закон (а с позиций теории права — это социально необоснованный, неоправданный, антисоциальный закон, нацеленный на защиту одних интересов в ущерб другим) для своей реализации нуждается в жестких, репрессивных механизмах.²⁹

Пятый критерий законодательного закрепления социального притязания может быть сформулирован следующим образом — подверженность отношений, получающих отражение в норме права, внешнему контролю и прямая заинтересованность в них общества.

Как уже говорилось ранее, право регулирует далеко не все отношения между людьми. Многие из них оно вообще не в состоянии урегулировать, ибо они не подвержены внешнему контролю, — там действуют иные социальные нормы, в том числе и этические нормы, внутренние «тормоза» личности.³⁰

Важно отметить, что закон не закрепляет в субъективных правах

²⁹ Ланаева В. В. Социология права. С. 206.

³⁰ Лазарев В. В. Определение сферы правового регулирования // Правоведение. 1980. № 5. С. 64; Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 91–102.

многие интересы не потому, что они малозначительны, а потому, что их слишком много и он не в состоянии «охватить» и должным образом защитить все, а государство не может их материально обеспечить, удовлетворить. Поэтому в качестве субъективных прав приходится декретировать из важных интересов наиболее важные, из массовых — наиболее типичные и жизненно необходимые, из существенных — наиболее существенные, основополагающие.³¹

Именно такие интересы, социальные притязания получают свою институционализацию в праве, к тому же в них должно быть прямо заинтересовано общество, т. е. они должны быть разумны, социально оправданы и отвечать общественным представлениям. Необоснованные притязания личности, даже если они и не противоречат праву, закон поддерживать и защищать не должен. Это значит, что надо различать объективно необходимые потребности, интересы, притязания, без которых личность действительно не может обойтись, и завышенные (непомерные) притязания, не осуществимые на данном этапе развития общества. Излишне высокие требования и запросы могут граничить с простыми прихотями и их нельзя подводить под «закон», они скорее «незаконны». Как заметил Гегель, «строгую меру в удовлетворении потребностей указать невозможно, но каждый может знать, что именно ему полезно, а что вредно».³²

В качестве шестого критерия объективации социального притязания в законе выступает требование о его непротиворечии нормам общечеловеческой морали, так как нельзя не видеть, что на протяжении всей истории человечества формировались и крепили элементарные гуманистические представления о том, каковы должны быть отношения между людьми.

С какими же требованиями морали не должны вступать в противоречие социальные притязания? Прежде всего — с общепринятыми, общечеловеческими, элементарными, этическими требованиями, соответствующими, например, библейским заповедям. При этом элементарные общечеловеческие требования, основанные на Христовых заповедях («не укради», «не убий» и т. д.), принципиально важны по самой своей глубинной сути: они в этой своей глубинной сути подчас в полной мере раскрываются именно сейчас, в современную эпоху. В то же время элементарные общечеловеческие требования, издревле утвердившиеся в

³¹ Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 124.

³² Гегель Г.-Ф.-В. Работы разных лет. Т. 2. М., 1971. С. 64.

бытии и образе жизни людей, не сводятся к ним одним, а представляют собой более конкретизированные и развернутые нормативные положения; такие связанные с современным уровнем цивилизации, как добросовестность, вера в свои поступки, открытое признание своей вины и другие, из того же ряда.

Право по своей органике представляет собой явление глубоко морального порядка и его функционирование оказывается невозможным без прямого включения в ткань права моральных критериев и оценок. Таким образом, право обусловлено элементарными, общечеловеческими моральными требованиями.³³

Конечно, на каждой ступени право выражает сообразные данной эпохе гуманитарные и моральные принципы, которые в той или иной мере согласуются с условиями жизни и требованиями общества этой эпохи, принятыми им. Вместе с тем нужно иметь в виду, что есть высшие гуманитарные начала и ценности, обусловленные самой сутью, природой общества и заложенным в его органике стремлением человека к высокому, достойному положению — всем тем, что реализуется в высших ценностях естественного права.

Поэтому большинство авторов считают право и мораль органически связанными, едиными. «Социально-историческое и культурное развитие человечества гораздо больше говорят нам о единстве и близости морали и права, чем об их противоположности», — констатирует Г. В. Мальцев.³⁴

Авторы учебников по теории права в целом единодушно отмечают, что «без нравственности, морали, этики право немыслимо»³⁵, что «характерной чертой права должна быть его моральная обоснованность»³⁶, что «право — категория этическая, нет и не может быть права, не подлежащего моральной оценке с позиций добра и зла, честного и бесчестного, добродетельного и постыдного. Мораль — ценностный критерий права».³⁷ «Учет требований... морали делает само право морально содержательным», — утверждает А. Ф. Черданцев и М. Г. Стоянкин.³⁸ «В основе права лежит

³³ *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. С. 208–209.

³⁴ *Мальцев Г. В.* Соотношение нравственности, морали и права в философии Гегеля // *Философия права Гегеля и современность.* М., 1977. С. 143.

³⁵ *Теория государства и права / Под ред. А. И. Матузова, А. В. Малько.* М., 2000. С. 326–327 и след.

³⁶ *Комаров С. А.* Общая теория государства и права. М., 1995. С. 139.

³⁷ *Теория государства и права / Под ред. Г. Н. Манова.* М., 1995. С. 121.

³⁸ *Черданцев А. Ф., Стоянкин М. Г.* Теория государства и права. Екатеринбург, 1995. С. 74

мораль, — считает Н. И. Матузов.³⁹ В. И. Гойман и Т. Н. Радько констатируют, что мораль (нравственность) воплощает в своих нормах абсолютные ценности, в силу чего моральные нормы и оценки являются высшим критерием поведения. Мораль по этой причине правомочна оценивать право с точки зрения его соответствия требованиям справедливости и моральным ожиданиям.

Суммируя, можно сказать, что главные их общие черты проявляются в том, что они являются моментами содержания человеческой культуры и цивилизации, имеют нормативное содержание и служат регуляторами поведения людей, служат общей цели — согласованию межличностных интересов и интересов личности и общества, обеспечению и возвышению достоинства человека; для них характерно структурное единство; они направлены на формирование должного, исходя из сущего; оба нормативно-целостных регулятора являются показателями гуманности социума и морального и правового прогресса.⁴⁰ Существенно указать, что нравственность и право являются ценностными формами сознания и обладают ценностным единством; в основе своей они имеют проявление свободной воли индивида и обращены к его ответственности за свои действия; идея справедливости воплощается и в праве и в морали (нравственности). Именно поэтому, исходя из единства этих категорий, можно сделать вывод о том, что те социальные притязания, которые получают свою объективацию в праве, должны не только не противоречить нормам общечеловеческой морали, но и должны иметь глубоко моральное содержание. Если так происходит, то социальные притязания, трансформируясь, в конечном итоге, в субъективные права, являются своеобразным связующим звеном между правом и моралью, т. к. в нормах права, при помощи институционализации социальных притязаний, происходит позитивация основных (в том числе моральных) ценностей цивилизационного общества.

Седьмым критерием успешного закрепления социального притязания в законе является его реальная исполнимость. Реальная исполнимость социальных притязаний означает то, что закон должен закреплять только практически осуществимые возможности и обеспечивать их юридическим

³⁹ Общая теория права / Под ред. В. К. Бабаева. Нижний Новгород, 1993. С. 190. См. также: Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М., 1996. С. 200–201.

⁴⁰ Лукашева Е. А. Право. Мораль. Личность. М., 1986. С. 132 и далее; Семитко А. П. Развитие правовой культуры и правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 23.

механизмом реализации. Поэтому требования притязателей должны быть фактически возможны и исполнимы. Если юридическая норма требует или позволяет объективно невозможное, то она лишается своей реальной регулирующей силы: «Право не защищает ничего невозможного»⁴¹, — отмечалось в русской литературе; «Требования должны быть известной величины, физически возможны и исполнимы»⁴²; «Дозволенное можно совершать лишь в пределах фактической, реальной возможности»⁴³. При этом в современных исследованиях общих критериев качества закона правильно подчеркивается, что юридический аспект качества закона характеризует закрепление таких правовых средств, которые способны обеспечить действенное регулирование общественных отношений.⁴⁴

Итак, охарактеризовав основные критерии институционализации социальных притязаний в законодательстве, хотелось бы отметить, что если требования, выдвигаемые притязателями, отвечают вышеперечисленным критериям, то они должны быть закреплены в нормах права и получить свою дальнейшую реализацию в субъективных правах или законных интересах. Необходимо подчеркнуть, что закрепление социальных притязаний в нормах права — это не какие-то уступки и льготы, которые законодатель преподносит притязателям, это очень важный процесс, который служит средством достижения социальной удовлетворенности субъектов, является методом повышения их общечеловеческой активности и жизненного уровня. Именно от степени развитости системы институционализации социальных притязаний в действующем законодательстве зависит степень его эффективности, действенности, это, в свою очередь, и обуславливает важность правильного выделения соответствующих критериев.

⁴¹ Муромцев С. Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 94.

⁴² Гололобов К. И. Законоведение. Саратов, 1912. С. 30.

⁴³ Коркунов. Н. М. Лекции по общей теории права. М., 1909. С. 149.

⁴⁴ Сырых Е. В. Общие критерии качества закона: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 16. О принципе обеспечения действенности норм права, их применимости см.: Законотворчество в Российской Федерации / Под ред. проф. А. С. Пиголкина. М., 2000. С. 64–67.

В. В. Субочев*

СУЩНОСТЬ ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ

Исследование взаимодействия интересов и права, а также генезис использования категории «законный интерес» в законодательстве и юриспруденции убедительно свидетельствуют о том, что право является объективно необходимым регулятором общественных отношений, а «государственная воля общества» — показателем социальной справедливости, целесообразности и приемлемости.

Однако социальная среда, на которую и направляет регулятивную мощь право, концентрируя ее в своей нормативности, является сложной системой, в которой в диалектическом единстве и противоречии находятся разноуровневые интересы: личности, самого общества и государства.

Диалектическое взаимодействие интересов обеспечивает существование и развитие их в единой самодостаточной системе, внешним, балансирующим элементом которой является право.

Однако право, как генетически необходимый обществу социальный феномен, отнюдь не истина, которая свидетельствует о разумности или единственно возможном способе реализации того или иного интереса. Прав Р. Иеринг, отмечая, что право стремится не к истине, которая будет идти впереди него, но к справедливости.¹

Право — это нормативное выражение диалектического единства интересов личности, общества и государства. Данная формула с необходимостью предполагает то, что:

- 1) далеко не всем интересам право предлагает равные шансы на реализацию;
- 2) право допускает реализацию одних интересов в ущерб другим;
- 3) право не в состоянии отразить все существующие в обществе интересы, предполагая в связи с этим шаблон правомерного, защищенного государством поведения.

Имеем, что нормативность, будучи элементом саморегулирования системы, взаимодействия разноуровневых интересов и права, не полностью

* Кандидат юридических наук, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Пятигорского государственного технологического университета.

¹ См.: *Иеринг Р. Цель в праве / Избранные сочинения.* Самара, 2003. С. 262.

охватывает своим воздействием существующие и желаемые способы реализации осознанных потребностей в удовлетворении различных потребностей, т. е. интересов.

Феномен, лежащий за нормативностью права, воплощенной, в том числе, в субъективных правах, и есть законные интересы.

Несмотря на кажущуюся ясность, категория «законный интерес» — весьма специфический феномен правовой системы современного общества, который действительно труден для его правильного, объективного и адекватного юридического восприятия. За привычным нам словосочетанием «права и законные интересы граждан» скрываются два серьезных правовых института, которые «легко объединяются» лишь в предложениях, на самом деле обладая различной «правовой сущностью». Для того, чтобы действительно грамотно и всесторонне осознать, что же хочет сказать законодатель, употребляя словосочетание «права и законные интересы граждан», что скрывается за каждой из этих фраз, почему защиту именно законных интересов так часто делают своим лозунгом политики, — необходимо глубже вникнуть в содержание, сущность и структуру законных интересов граждан.

Многие специалисты сходятся во мнении, что «предоставление любого субъективного права преследует цель удовлетворения того или иного интереса. Однако далеко не всегда интерес обеспечивается предоставлением субъективного права»².

Сам законодатель дает многочисленные основания к подобным заключениям, употребляя словосочетание «права и (или) законные интересы», «прав и охраняемых законом интересов». В ст. 3 ГПК РФ говорится о возможности обратиться в суд за защитой нарушенного или оспариваемого права или охраняемого законом интереса, ст. 4 АПК РФ прямо предусматривает защиту нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

Следовательно, одним из важнейших признаков законного интереса является отнесение его к самостоятельным объектам правовой охраны и защиты.

Таким образом, сам законодатель (вольно или невольно³) признает,

² Нохрина М. Л. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными. СПб., 2004. С. 182.

³ Указанное словосочетание используется в связи с отсутствием каких-либо пояснений со стороны законодателя относительно сути употребляемых им «законных интересов».

что наряду с субъективными правами существуют и законные интересы, в случае нарушения которых можно прибегнуть к помощи компетентных государственных органов.

Законные интересы — следствие, «юридическая производная» воплощения интересов в нормы права. Существующая же правовая система в своем концептуальном виде может указать на следующие немаловажные аспекты:

1. Количество интересов, которые нуждаются в законодательном их закреплении и непосредственной, конкретизированной охране гораздо обширнее норм, составляющих законодательную основу регулирования общественных отношений. Право более статично, чем регулируемые им отношения. Оно почти всегда «отстает от жизни» как при упорядочении социальных связей, так и при опосредовании многообразных интересов. Также вполне понятно, что «законодатель зачастую не успевает “признать” (закрепить, оформить законом) появляющиеся новые социальные возможности и интересы...».⁴ Поэтому и существуют интересы, которые «пробивают» себе дорогу в «законодательную материю», «жаждут» своего признания в объективном и субъективном праве, лоббируют право на свое существование в «защищенном государством», «гарантированном» виде. Эти интересы, в случае их непротиворечия сущности и принципам права в целом и можно назвать законными.

2. Ежемесячно в РФ принимается огромное количество нормативно-правовых актов. Существующая законодательная база, по крайней мере, в количественном своем отношении, представляет огромный пласт нормативного материала, который и регулирует разнородные социальные процессы. Поэтому те интересы и отношения, которые непосредственно не получили конкретного отражения, закрепления в нормах права, могут соответствовать «духу и принципам» уже существующего и «отражаться по аналогии». Это также будут законные интересы.

Таким образом, представленные два аспекта отражают в своем диалектическом взаимодействии сущность законных интересов, исходя из разных плоскостей исследования. Это вполне объективно, так как и сам процесс правового регулирования разнородных общественных отношений носит взаимообусловленный характер взаимодействия интересов и права.

Тем не менее, отметим, что первый из вышеприведенных аспектов

⁴ Малешин Н. С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. 1980. № 1. С. 30–31.

говорит об «отставании права» от темпов динамики общественных отношений и интересов, второй же указывает якобы на производность законных интересов лишь от той совокупности нормативных актов, которая существует в правовой системе государства.

Чрезмерное утрирование приведенных положений вряд ли будет целесообразным, ибо может привести к трактовке законных интересов как какой-то «ущербной» категории. На самом деле, ни о какой неполноценности рассматриваемого института не может идти и речи, так как законные интересы, наряду с субъективными правами, «сам законодатель относит к объектам правовой охраны»⁵, кроме того, ранжировать значимые элементы правовой системы по степени важности лишь в зависимости от того, в какой степени законодатель признает за ними способность отражать общественно важные и признанные устремления, вряд ли было бы полностью объективным.

Исходя из сказанного, вполне можно прийти к заключению, что «законным является интерес, охраняемый правом, но не обеспеченный конкретным субъективным правом личности».⁶

Существуют различные подходы к определению законных интересов. В литературе они квалифицируются как «допускаемые законом стремления субъекта к достижению определенных благ»⁷, как «юридически предусматриваемое стремление к получению тех благ, обладание которыми дозволено законодательством»⁸, как «отраженные в законе интересы»⁹, «интересы, которые не нашли прямого выражения в юридических правах и обязанностях, но подлежат правовой защите со стороны государства».¹⁰

А. В. Малько справедливо отмечает, что законный интерес, как и субъективное право, обладает некоторыми качествами правовой возможности, предоставленной личности и в определенной мере гарантированной государством.¹¹

⁵ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1994. № 4. С. 58.

⁶ Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. С. 165.

⁷ Кучинский В. А. Законные интересы личности: от Конституции к правореализующей деятельности // Теоретические вопросы реализации Конституции СССР. М., 1982. С. 86.

⁸ Ерошенко А. А. Судебная защита охраняемого законом интереса // Советская юстиция. 1977. № 13. С. 19.

⁹ Малейн Н. С. Охраняемый законом интерес. С. 34; Тихомиров Ю. А. Теория закона. М., 1982. С. 139.

¹⁰ Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 26.

¹¹ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес. С. 57.

Таким образом, «стремление» к определенным благам и «возможность» обладания данными благами — два понятия, связываемые различными специалистами с законными интересами.

Категория «возможность» фигурирует в определениях, даваемых законным интересам Ю. С. Завьяловым, Н. В. Витруком, З. В. Ромовской.

«Законность интересов, — справедливо замечает Ю. С. Завьялов, — не может характеризовать то обстоятельство, что нормами права гарантируются их достижения и защита; субъекту права предоставляется юридически обеспеченная возможность действовать ради достижения своего интереса».¹²

Таким образом, здесь презюмируется возможность действовать для реализации соответствующих закону стремлений. Соответствуют закону и законные интересы и субъективные права, однако гарантируются они в разной степени. В то же время, необходимо отметить, что государство охраняет и защищает законные интересы потому, что осуществление их является не противоправным, а правомерным поведением¹³, которое не нарушает границ закона, а также личные свободы граждан.

Н. В. Витрук отмечает, что «законный интерес, как и юридическое право, есть возможность личности по пользованию различными социальными благами. Эта возможность выражается в правомочиях носителя законного интереса действовать определенным образом, требовать определенного поведения от обязанных лиц, органов и учреждений, обращаться за защитой к компетентным государственным органам и общественным организациям».¹⁴

«Зачисление интереса в группу охраняемых законом создает его носителю, — подчеркивает З. В. Ромовская, — возможность действовать определенным образом, претендовать на определенное поведение другого лица, а в случае неудовлетворения этого интереса обращаться за его

¹² Завьялов Ю. С. Связь права с интересами коллектива и личности // Советское государство и право. 1967. № 7. С. 83.

¹³ См.: Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 43; Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 112; Кудрявцев В. Н., Малешин Н. С. Закон и пределы правомерного поведения // Советское государство и право. 1980. № 10. С. 32; Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 199; Тихомиров Ю. А. Теория закона. М., 1982. С. 148; Кучинский В. А. Законные интересы личности... С. 86.

¹⁴ Витрук Н. В. Система прав личности // Права личности в социалистическом обществе. М., 1981. С. 109.

защитой».¹⁵

Вполне можно согласиться с позициями, рассматривающими законный интерес как определенное стремление, допускаемое или предусмотренное законом, либо как возможность, в определенной степени гарантируемую существующими нормами права.

Однако то, что данная возможность гарантируется лишь в определенной степени и подчеркивает ее отличие от той возможности, которая «полностью» гарантируется и обеспечивается государством в виде предоставляемых участнику правоотношений субъективных прав. Законные интересы и субъективные права — абсолютно разные правовые возможности: первые — прямо предусматриваются законодателем, реализация вторых — всего лишь допускается.

Поэтому приведенные выше позиции Н. В. Витрука, Ю. С. Завьялова и З. В. Ромовской относительно законных интересов кажутся не совсем обоснованными, ставящими последние по степени гарантированности их реализации на одну ступень с субъективными правами. Тем не менее, возможности, заложенной в законных интересах, «в большей мере присущ абстрактно-правовой характер, ибо не всегда и не при всяких условиях она может реально осуществляться, реализовываться, а значит и не всегда происходит удовлетворение интереса».¹⁶

Косвенно это признает и сам Н. В. Витрук, справедливо определяя законные интересы как не нашедшие прямого отражения в юридических правах и обязанностях.

Ближе к истине находятся позиции, рассматривающие законный интерес как «юридически предусматриваемое стремление субъекта к достижению тех благ, обладание которыми дозволено государством и обеспечено путем предоставления лицу правовых возможностей определенного вида»¹⁷, либо как «всякое стремление субъекта к достижению определенных благ, как прямо допускаемых правом, так и не запрещенное им».¹⁸

Однако вновь необходимо оговориться, что «прямо допускаемое правом стремление» размывает грань между законными интересами

¹⁵ Ромовская З. В. Судебная защита охраняемого законом интереса // Вестник Львовского университета. 1983. Вып. 22. С. 77.

¹⁶ Малько А. В. Субъективное право и законный интерес. С. 58.

¹⁷ Ерошенко А. А. Судебная защита охраняемого законом интереса // Советская юстиция. 1977. № 13. С. 19.

¹⁸ Кучинский В. А. Законные интересы личности... С. 87.

и субъективными правами, которые, надо иметь в виду, являются также возможностями субъекта (хотя и гарантированными), а не его обязанностями.

Конструктивные высказывания относительно законных интересов делаются Н. В. Першиным в его работе «Законный интерес как средство выражения и реализации правового интереса».¹⁹ Однако автор утверждает, что «обеспечивая законодательное закрепление интересов определенного вида, законный интерес выступает также средством осуществления правового интереса».²⁰

Считаем объективным отметить, что законодательное закрепление интереса есть уже право. Нормативность права — результат правотворчества, отражение же интереса, тем более его закрепление в результате нормотворчества — отнюдь не законный интерес, но само право. Двигаясь от противного, стоит задаться вопросом, а что же тогда право, как не законодательное закрепление определенных интересов, сложившегося или желаемого порядка их реализации в результате определенных правоотношений? Право и интересы — органически связанные феномены; иначе как не из интересов право «вывести» невозможно, вопрос же и заключается в степени отражения и закрепления в последнем всей массы существующих в обществе интересов.

Тем не менее, полностью следует согласиться с Н. В. Першиным в том, что «исходная и общая посылка исследования законного интереса состоит в том, что он основан на законе... Однако ... эта бесспорная мысль не является достаточным условием согласия в понимании его природы... О законе можно вести речь в двух совершенно различных аспектах — в смысле буквы закона и в смысле его духа».²¹

Н. А. Шайкенов утверждает, что правовой признак законного интереса заключается в выражении последнего в норме права, что и обуславливает возможность его юридической защиты.²²

В. А. Патюлин же отмечает, что законность интереса означает его правомерность, легальность с точки зрения духа, а не буквы закона²³, с чем созвучна позиция Л. С. Явича о том, что об охраняемом интересе может идти речь только в случаях, когда объективное и субъективное право данный

¹⁹ Научные труды. Российская академия юридических наук. Вып. 2. М., 2002. Т. 1.

²⁰ Кучинский В. А. Законные интересы личности... С. 87.

²¹ Першин Н. В. Законный интерес... С. 181, 182.

²² Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение... С. 165–166.

²³ Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 112.

интерес так или иначе не опосредовало.²⁴

Ошибка Н. В. Першина заключается в том, что, исследуя законный интерес под различными углами зрения, он соединяет в своей концепции две противоположные по сути точки зрения, разделяя мнение о двух основных формах существования законного интереса, опосредованного правовыми нормами и правовыми нормами не опосредованного²⁵. «Получается, — пишет Н. В. Першин, — что при широком толковании категория законных интересов приложима к субъективным правам и собственно законным интересам, тогда как в узкой трактовке она обозначает только законные интересы, т. е. интересы, не получившие прямого выражения и закрепления в юридических правах и обязанностях».²⁶

Как «широкое», так «узкое» или любое другое толкование законных интересов должно говорить об одной сути исследуемого понятия, которая кардинально не меняется в зависимости от угла зрения.

Наиболее удачное и объективное определение дано законным интересам А. В. Малько. Ученый считает, что «законный интерес — это отраженная в объективном праве, либо вытекающая из его общего смысла и в определенной степени гарантированная государством юридическая дозволенность, выражающаяся в стремлениях субъекта пользоваться определенным социальным благом, а также в необходимых случаях обращаться за защитой к компетентным государственным органам или общественным организациям — в целях удовлетворения своих интересов, не противоречащих общегосударственным».²⁷

Общеизвестно, что невозможно дать определение сколь-нибудь комплексному феномену социальной действительности, полностью отражающее его суть, специфические черты, признаки. Поэтому любое определение, под которое бы мы подвели законные интересы в том числе, не будет абсолютно исчерпывающим.

Вышеприведенная дефиниция, как уже указывалось, считается наиболее приемлемой.

Хотелось бы отметить, что в данном определении А. В. Малько точно и справедливо указывает на два сущностных момента. Во-первых — то,

²⁴ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 189.

²⁵ Першин Н. В. Законный интерес как средство выражения и реализации правового интереса. С. 181, 182.

²⁶ Там же. С. 183.

²⁷ Малько А. В. Законные интересы советских граждан: Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1985. С. 58.

что, говоря о законных интересах, необходимо иметь в виду отраженную в объективном праве (но не прямо закрепленную в нем) юридическую дозволенность, во-вторых — что законные интересы гносеологически связаны со стремлениями субъекта пользоваться благами, направленными на удовлетворение интересов.

Однако есть и дискуссионные моменты. Не в полной мере можно согласиться с тем, что:

1) юридическая дозволенность (отраженная в объективном праве либо вытекающая из его общего смысла) и есть законный интерес, и что данная дозволенность выражается только лишь в стремлениях субъекта (пользоваться определенным социальным благом).

2) законные интересы, будучи юридической дозволенностью, допускают удовлетворение интересов, не противоречащих общегосударственным.

Вряд ли полностью можно отождествлять юридическую дозволенность, как определенный «режим» государственного благоприятствования, приемлемости чего либо, со стремлениями субъектов. Законный интерес — это все же интерес, не вполне охватываемый нормативностью права. Дозволенность в данном случае выступает лишь формой, правовой оболочкой, содействующей определенной реализации интереса в установленном государством режиме.

Юридическая дозволенность, в определенной степени гарантированная государством по отношению к законным интересам, вряд ли объективна, допуская защиту лишь тех интересов, которые не противоречат общегосударственным. Критерием социальной справедливости в государственно организованном обществе может выступать лишь право, синтезируя в самодостаточную систему диалектические противоречия интересов личности, общества и государства. Поэтому юридическая дозволенность должна быть на стороне тех стремлений, которые не противоречат ни общегосударственным интересам, ни нормам права, которые не всегда могут отражать общегосударственный приоритет.

Кстати сам А. В. Малько в более поздней своей работе, посвященной законным интересам, считает, что допускаемые стремления, характеризующие законный интерес, не должны противоречить общественным потребностям, что и нашло отражение в соответствующем определении.²⁸

²⁸ См.: Малько А. В. Политическая и правовая жизнь России: актуальные проблемы. М., 2000. С. 139.

На наш взгляд, законный интерес — это стремление субъекта пользоваться определенным социальным благом и в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения не противоречащих нормам права интересов, которое в определенной степени гарантируется государством в виде юридической дозволенности, отраженной в объективном праве либо вытекающей из его общего смысла.

Остается «незыблемой» истина о том, что любой интерес — это стремление субъекта пользоваться определенным благом, способным удовлетворить его потребность. Не нарушается и формула, согласно которой интерес является осознанной необходимостью в удовлетворении определенной потребности.

Таким образом, законный интерес необходимо рассматривать и как «интерес», производную интереса социального, и как определенное юридическое средство, имеющееся в распоряжении у государства, обусловленное свойствами права и его диалектической природой.

Следует отметить, что законные интересы — это не только дозволенные, разрешенные, но и не запрещенные стремления граждан к достижению определенных благ²⁹, так как правовое регулирование пользования гражданами благами осуществляется по формуле: «все, что не запрещено, дозволено».³⁰

Сказанное выше дает вполне ясное представление о категории «законный интерес», однако этого не достаточно для того, чтобы выявить сущность охраняемых законом интересов как правового, «жизненного» феномена, который присутствует в каждодневных правоотношениях сторон и «распознать» который можно лишь при условии четкого осознания присущих ему черт.

Другими словами, необходимо остановиться на содержании, сущности и структуре законного интереса.

Под содержанием, как отмечает Н. К. Вахтомин, «обычно понимается определенная совокупность элементов, образующих тот или иной

²⁹ См.: Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы как правовая категория. СПб., 2004. С. 73.

³⁰ См.: Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. М., 1974. С. 112; Кудрявцев В. Н., Малеин Н. С. Закон и пределы правомерного поведения. С. 32; Братко А. Г. Запреты в системе способов правового регулирования социалистических общественных отношений // Вопросы теории государства и права. Саратов, 1980. С. 116; Кучинский В. А. Законные интересы личности... С. 87.

предмет».³¹ Зададимся вопросом, что же образует законные интересы, какие элементы лежат в их основе.

Во-первых, существование законных интересов немислимо без того, чтобы субъект любых правоотношений не стремился к обладанию благом, способным удовлетворить его потребность.

Во-вторых, данное стремление к обладанию этим благом, т. е., в определенном смысле, способ реализации интереса должен соответствовать существующим нормативным предписаниям, смыслу действующего законодательства.

Понятно, что, прописав и гарантировав способ реализации законного интереса, мы получим субъективное право, но в данном случае речь идет не о букве закона, не о нормативности права как таковой, а о соответствии исследуемого стремления действующим шаблонам в виде норм права.

В-третьих, само благо, к которому стремится субъект, не должно быть противоправным по своей сути, что лишит данный интерес «ранга» законного (в данном случае можно будет говорить об интересе, имеющем юридический, правовой характер, но противоправном по своей сути).

В-четвертых, несмотря на то, что лицо, обладающее законным интересом, не может потребовать поведения, его не нарушающего, от других лиц, что и отличает последний от субъективного права, законный интерес — самостоятельный объект правовой охраны и защиты. Это значит, что любое лицо может обратиться в компетентные органы за его защитой.

Однако реализация законных интересов лишь в общем виде гарантирована государством, что не предполагает обязанности соответствующих структур устранять препятствия, стоящие на пути удовлетворения субъектом своих законных интересов.

Многое будет зависеть от анализа сопутствующих удовлетворению данного законного интереса факторов и обстоятельств, в числе которых имеет не последнее значение целесообразность интереса, субъективные права и обязанности корреспондирующих лиц, возможности государства и т. д.

Таким образом, в самом общем виде, можно представить содержание законных интересов, состоящее, как вытекает из сказанного, из четырех элементов.

Своеобразным концентратом содержания законного интереса выступает его сущность.

³¹ См.: Вахтомин Н. К. О роли категории сущность и явление в познании. М., 1963. С. 101.

Сущность феномена «законный интерес» заключается в диалектическом характере взаимодействия разноуровневых интересов — личности, общества и государства, которые не могут быть полностью регламентированы, отражены и закреплены в принимаемых нормах права.

Данные интересы, соответствующие праву стремления самых разнородных участников правоотношений, опираются на дозволенность, на принцип «разрешено все, что не запрещено». Тем не менее, нормативность права, у которой в силу самой природы последнего отсутствует универсальность, «абсолютность» в регулировании общественных отношений и «государственная воля общества» — два понятия, которые объективно передают стержневое начало законного интереса как явления, берущего свои истоки и развивающегося в правовом пространстве государства.

Вне всякого сомнения, «ядро» сущности законных интересов составляет юридическая дозволенность, отраженная в объективном праве, либо вытекающая из его общего смысла и в определенной степени гарантированная государством. Дозволенность позволяет вести речь о законном интересе как самостоятельном и своеобразном правовом явлении, отличном от всех других категорий.³²

Сущность и содержание не дают исчерпывающую характеристику законных интересов. Необходимо исследовать «иерархическую» связь перечисленных в содержании элементов законных интересов, что и будет представлять собой их структуру. Как справедливо отмечает В. И. Свидерский, «под структурой понимается способ или принцип связи элементов данного целого, система отношений между составляющими его компонентами».³³

Структурой законного интереса выступает внутренняя связь стремлений (элементов), их организация, тот или иной способ соединения, существующий в этой организации. Структура законного интереса является «продолжением» содержания, его важным моментом, без которого, собственно, не было бы и самого содержания.³⁴

Итак, в структуре законного интереса «осевым» является такой элемент, как необходимость субъекта удовлетворять свою потребность определенным социальным благом всеми имеющимися у него в

³² Подробнее об этом см.: Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы... С. 75.

³³ См.: Свидерский В. И. Элементы и структура как категории диалектики // Диалектика и логика научного познания. М., 1966. С. 252.

³⁴ Малько А. В., Субочев В. В. Законные интересы... С. 75.

распоряжении законными способами. Достигнуть желаемого, реализовать интерес, удовлетворить потребность — основной структурный элемент законных интересов, воплощающий в себе значительную часть его содержания.

Обращаться за защитой нарушенных или оспариваемых законных интересов в компетентные органы — второй структурный элемент исследуемого явления, производный от первого. В этой связи верно отмечает В. П. Грибанов, что «обращение к государственным органам за защитой не всегда представляет собой требование защиты права, а в ряде случаев связано с защитой интересов заявителя или иных лиц».³⁵

Таким образом, сложная и противоречивая сущность законных интересов, существующих в правовом пространстве государства благодаря устанавливаемым субъективным правам и юридическим обязанностям, но далеко им не тождественная, обладает достаточно простой структурой, состоящей из двух элементов.

Названные два элемента структуры законных интересов иерархически концентрируют четырехэлементное их содержание, и здесь нет никакой дилеммы или противоречия, ведь содержание — совокупность элементов, составляющих законный интерес, а структура — способ их связи.

Объективно обусловленные диалектической связью разноуровневых интересов (личности, общества и государства) изъяны нормативности права порождают существование разнородных дискуссий относительно того содержания, которое вкладывается в само понятие «законный интерес».

В связи с этим, есть необходимость остановиться на таких категориях, как правовой, юридический, охраняемый законом и законный интерес.

Определим изначальный методологический посыл, опираясь на который построены логические умозаключения настоящего исследования: законный интерес и охраняемый законом интерес — понятия тождественные, здесь нет «необходимости в наукообразности», исходя из которой данные понятия разграничиваются.

Однако некоторые авторы пытаются провести между ними грань. В частности, Е. П. Губин пишет: «В широком смысле любой юридический интерес есть интерес, охраняемый законом. В узком же смысле слова под „охраняемым законом интересом” следует понимать интересы, не опосредствованные субъективным правом... В широком смысле слова

³⁵Грибанов В. П. Пределы осуществления защиты гражданских прав. М., 1972. С. 278.

под “законными интересами” нужно понимать те интересы, которые не противоречат закону и его основным положениям... В узком смысле — только интересы, которые закреплены каким-либо образом в законе». ³⁶

Несколько по-иному проводит деление Н. А. Шайкенов. «Все интересы, выраженные в праве, — пишет он, — находятся под правовой защитой, и поэтому вполне правомерно рассмотрение их как „охраняемых законом”... Охраняемые законом интересы включают в себя как законные, так и юридические интересы... Интересы, которые находятся в сфере правового регулирования, но не обеспечены субъективными правами... целесообразно обозначить термином „законные интересы”, а ... интересы, реализация которых обеспечена субъективными правами... — „юридические интересы”». ³⁷

Отчасти можно констатировать, что каждый из специалистов вкладывает в интересующие нас словосочетания «удобный» для рассуждения смысл, то, что просто считает нужным. Не добавляет ясности в дискуссию и позиция Н. В. Першина, рассматривающего законный интерес как средство выражения и реализации интереса правового. ³⁸

Предлагаем следующий «выход» из сложившейся ситуации, который, кстати говоря, во многом способствует и систематизации логики вышеприведенных рассуждений.

Для начала вспомним позицию Р. Е. Гукасяна, на которую уже обращалось внимание. Согласно этой позиции, правовые интересы являются одноплановыми с экономическими, политическими, духовными и иными интересами в том смысле, что все они формируются условиями общественной жизни и имеют свои специфические средства удовлетворения. ³⁹

Поэтому юридический интерес, понятие, тождественное по смысловому наполнению правовому интересу, — интерес, находящий свое отражение либо конкретное закрепление в праве.

Ошибкой многих исследователей, ведущих речь о правовых и охраняемых законом интересах, является то, что они, говоря о

³⁶ Губин Е. П. Понятие интереса в гражданском праве // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1980. № 4. С. 63.

³⁷ Шайкенов Н. А. Правовой статус личности и ее интересы // XXVI съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск, 1982. С. 105.

³⁸ См.: Першин Н. В. Законный интерес как средство выражения и реализации правового интереса. С. 181.

³⁹ Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы // Советское государство и право. 1973. № 7. С. 116.

якобы «широком» и «узком» смыслах последних, кладут в основу классификационного их деления заведомо ложные основания.

Так, правовой интерес, с одной стороны, шире законного интереса, т. к. включает в себя интерес, опосредованный как в субъективном праве, так и охраняемом законе интересе. С другой стороны, экономический интерес, по смыслу отличный от правового, может быть законным и в определенной степени гарантироваться государством (если он не противоправный). Таким образом, законный интерес может быть наполнен экономическим и иным содержанием, в то же время существуя в правовой сфере. Другими словами, законный интерес является правовым по форме своего выражения (т. е. соответствующим закону), но не по содержанию. По содержанию он может быть разноплановым.

Таким образом, грань между правовыми (юридическими) и законными (охраняемыми законом) интересами нужно проводить, опираясь не на игру слов, но на конкретный смысл, вкладываемый в каждую категорию, на характер отражения в праве как законных интересов, так и субъективных прав, на те критерии, исходя из которых мы и называем интерес правовым.

Анализ статей многих нормативных актов, в которых устанавливаются термины «охраняемый законом интерес» и «законный интерес», показывает, что законодатель не проводит разграничения между ними, а рассматривает их как синонимы.

Не видят различий между этими категориями и многие ученые. Так, Р. Е. Гукасян замечает, что «термины „охраняемый законом интерес” и „законный интерес” выражают одно и то же понятие, поэтому могут использоваться как равнозначные».⁴⁰ На такой же позиции стоят и другие авторы.⁴¹

Отметим, что если законные интересы охраняются законом, то сами по себе они гарантируются не в определенной степени, а однозначно. (Гарантируется не однозначная их реализация, эффективность их реализации,

⁴⁰ Там же. С. 116.

⁴¹ См.: Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л., 1968. С. 38; Патюлин В. А. Государство и личность в СССР. С. 112; Явич Л. С. Общая теория права. С. 188–189; Ремнев В. И. Право жалобы в СССР. М., 1982. С. 15; Кузнецов А. В. Уголовное право и личность. М., 1977. С. 64; Витрук Н. В. Основы теории правового положения личности... С. 148; Кудрявцев В. Н., Малеин Н. С. Закон и пределы правомерного поведения. С. 32; Малеин Н. С. Охраняемый законом интерес. С. 26–27; Тихомиров Ю. А. Теория закона. С. 138–139; Кучинский В. А. Законные интересы личности... С. 86; Экимов А. И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 82.

а право на существование, поиск возможности реализации при определенной совокупности факторов). Другое дело, что гарантируется не реальное и конкретное притязание на что-либо с корреспондирующей ему (притязанию) обязанностью, а возможность пользования определенным благом при определенной совокупности условий, которые уже либо отражены в законе и имеют статус субъективных прав, либо попросту являются юридически значимыми факторами, обстоятельствами, условиями и т. д.

Законодатель признает, что в сфере действия субъективного права могут существовать отношения, которые невозможно охватить правовым регулированием сразу. Поэтому данные отношения и будут опосредоваться и являться производными от интересов, их «вызывающих», и охраняться законом в общем виде, «по факту их возникновения». Именно это и охватывается понятием «охраняемый законом интерес».

Е. А. Крашенинников отмечает, что «интерес, получивший признание со стороны закона путем предоставления его носителю субъективного гражданского права как средства удовлетворения этого интереса, я называю законным интересом».⁴² Интерес же, признанный законом в качестве обстоятельства, которое может или должно учитываться правоприменительным органом при решении соответствующего дела, Е. А. Крашенинников называет юридически значимым интересом.⁴³

С подобной позицией, на наш взгляд, согласиться нельзя. Если интерес субъекта правоотношений получает «признание со стороны закона», признается государством в полной мере и государством же гарантируется путем наделения контрсубъектов определенными обязанностями по отношению к управомоченному, то это самое «обыкновенное» субъективное право со всеми присущими ему элементами. Законный интерес, как уже говорилось, это простое юридическое дозволение, и смешивать различные степени защиты и способы удовлетворения интересов нельзя.

В этой связи справедливо высказывается М. Л. Апринич, говоря, что «...если признать, что охраняемый законом интерес опосредуется субъективным правом, хотя бы и охранительным, то проблема охраняемого законом интереса снимается вообще, т. к. есть соответствующее субъективное право...».⁴⁴

⁴² Крашенинников Е. А. Интерес и субъективное гражданское право // Правоведение. 2000. № 3. С. 133.

⁴³ Там же. С. 133.

⁴⁴ Апринич М. Л. Охраняемые законом личные немущественные интересы // Правоведение. 2001. № 2. С. 124–125.

Говорить о том, что законный интерес — это интерес, получивший признание со стороны государства только предоставлением его носителю субъективного гражданского права было бы столь же необоснованным, как и утверждать, что всякое право — это законный интерес, но не всякий законный интерес представляет собой право. Понятно, что объективное право предполагает наличие огромного числа законных интересов и по мере возможности старается наиболее рациональным образом их учитывать, охранять. Так же ясно, что и законные интересы опираются на субъективные права, из них вытекают, в то же время, в определенной степени их формируя, оказывая существенное влияние на правовую доктрину. Однако право не равноценно законным интересам. Именно поэтому прочно утвердило себя как в законодательной технике, так и в правоприменительной практике, словосочетание «права и законные интересы».

Сказанное вполне обоснованно можно отнести и к использованию в научной литературе не вполне корректным образом «широкого» и «узкого» смыслов законных интересов.⁴⁵

Законный интерес — специальное правовое средство, обособленный от смежных категорий юридический феномен, обозначающий качественно специфический вид отношений, вполне определенное явление.

Различный по объему смысл «присваивается» данному понятию лишь тогда, когда, не имея возможности прийти к конкретным выводам, авторы, строящие свои рассуждения на игре слов «охраняемый законом», «законный» интерес, пытаются уйти от однозначного, прямого решения вопроса о том, чем же на самом деле является данная категория.

«Широкий» и «узкий» смысл категории «законный интерес» в определенной степени «страхует» исследователей от вероятной ошибки возможностью сослаться на другое понимание объекта в одном и том же контексте исследования.

Обобщая различные научные исследования, А. В. Малько критически отмечает, что «в широком смысле слова под законными интересами обычно понимают как интересы, выраженные в субъективных правах (и юридических обязанностях), так и интересы, выраженные в самом понятии „законные интересы“. В узком же смысле слова — только последние».⁴⁶

⁴⁵ См.: Гужасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. Саратов, 1970. С. 36–37; Степанян В. В. Обеспечение сочетания общественных и личных интересов в правовом регулировании социалистических общественных отношений: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. М., 1978. С. 5–6.

⁴⁶ Малько А. В. Законные интересы... С. 65.

В последнем, т. е. «узком» смысле их и необходимо понимать. В данной связи Н. В. Витрук справедливо подчеркивает, что законные интересы в законодательстве выделяются в самостоятельное правовое явление, наряду с правами личности.⁴⁷

Что же касается юридически значимых интересов с позиции Е. А. Крашенинникова, то понятно, что интерес будет юридически значим, если закон признает его в качестве обстоятельства, которое должно учитываться правоприменительным органом. Однако юридически значимые интересы могут быть и законными интересами и представлять собой конкретные субъективные права. Поэтому критерий классификационного деления интересов на законные и юридически значимые, исходя из позиции указанного ученого, является не вполне верным. Интерес в любом случае первичен, и он получает признание со стороны закона, будучи опосредован как в «законных интересах», так и в субъективных правах, а средством же удовлетворения интереса могут выступать и та, и другая форма их опосредования и признания со стороны государства. Тем более, далее автор справедливо подчеркивает, что субъективное гражданское право предоставляется лицу в целях удовлетворения определенного интереса.⁴⁸

Подкрепляет высказанную нами позицию и точка зрения Н. И. Матузова, который считает, что законный интерес — это юридически значимый интерес, основанный на законе, вытекающий из него, одобряемый и защищаемый им, хотя и не закрепленный в конкретных правовых нормах.⁴⁹

Объективности ради необходимо признать, что дозволений (базы существования законных интересов) в законодательстве гораздо больше, чем конкретных правовых возможностей (другими словами — субъективных прав). Это обусловлено различными причинами, не последнее место среди которых занимает атрибутивная правовому регулированию общественных отношений «погрешность» нормативности самого права, сочетающаяся с отсутствием «претензий» у его норм на тотальную регламентацию всех сторон правоотношений наделением его участников соответствующими правами и обязанностями.

Прав П. И. Новгородцев, утверждая, что «право возникает в мире жизненных столкновений и противоречий. С этим характером происхождения

⁴⁷ Витрук Н. В. Проблемы теории правового положения личности в развитом социалистическом обществе: Автореферат дис. ... доктора юрид. наук. М., 1979. С. 15.

⁴⁸ Крашенинников Е. А. Интерес... С. 134.

⁴⁹ См.: Матузов Н. И. Правовая система и личность. С. 119.

права тесно связано основное стремление его к установлению нейтральной почвы для примирения противоречивых притязаний... Справедливость права состоит именно в том, что оно применяет к притязаниям конкурирующих сторон один и тот же масштаб, что, оставаясь чуждым индивидуальным противоречиям, оно сохраняет нейтральное положение и оказывается одинаково близким ко всем заинтересованным и к тому, что для них имеет значение истины».⁵⁰ Значима дальнейшая мысль ученого о том, что право само по себе не способно урезать одинаково все притязания, и немислимо, чтобы право когда-либо одновременно воздало должное всем законным интересам.⁵¹ Именно поэтому и существуют гарантии общего вида, «определенной степени» для удовлетворения законных интересов.

Это с необходимостью порождает то, что в силу своей многочисленности и разнополярности законные интересы различных субъектов правоотношений могут противоречить друг другу. Данная диалектическая закономерность противоречия части законных интересов друг другу и является одной из причин невозможности перехода многих из них «в разряд субъективных прав», т. к. права, предусмотренные законом и наделяющие конкретного субъекта определенными правомочиями, не могут противоречить правам другого лица при объективной равноценности совокупности сопутствующих обстоятельств и учитываемых в законодательстве юридических фактов.

«Степень закреплённости» в законодательстве законных интересов именно общая, если можно так выразиться; они вытекают из уже объективно существующих «правовых установлений» и позволяют субъекту правоотношений действовать в рамках соответствующих законодательству гарантий, опять-таки, общего плана, ради достижения возможности пользования определенными благами. Однако мы предлагаем исходить из того, что наличие определенного количества словосочетаний типа «общие возможности», «гарантированные в общем виде дозволения» и т. п. не должны и не могут подчеркивать второстепенной роли законных интересов в механизме правового регулирования. Эта такая же важная «деталь» механизма правового регулирования, как субъективные права, правовой статус личности, существующие в праве стимулы и ограничения и т. д. Без этой «детали» невозможно существование гражданского общества, которое, опираясь на субъективные, неотъемлемые конституционные права

⁵⁰ Новгородцев П. И. Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 160.

⁵¹ Там же. С. 161.

граждан, функционирует именно ради удовлетворения той многочисленной совокупности законных интересов, прописать в доктрине которые не представляется возможным в силу их количества, во многом личностного характера, и отсутствия объективной необходимости государства вникать во все сферы жизни общества именно императивными методами воздействия и регулирования.

Нельзя создавать проблему, вытекающую из неравного статуса субъективного права и законного интереса. Их неравный статус вовсе не означает ущербности какой-либо из категорий.

Получаем, что:

1) Законные интересы представляют собой не просто удачное словосочетание, указывающее на то, что определенный интерес субъекта соответствует закону. (Хотя, с одной стороны, это действительно так). Законные интересы — это правовая категория, означающая своего рода степень опосредования не противоречащих действующему законодательству устремлений граждан, подразумевающая определенное отношение к ним (интересам) со стороны государства, различных его органов и претендующая на соответствующие меры защиты.

2) Законные интересы — это опосредованная юридическими средствами и механизмами возможность, которая дана в равной степени каждому правоспособному субъекту отношений для осуществления законных способов удовлетворения своих потребностей, которая, однако, прямо не закреплена в субъективных правах.

3) Существование законных интересов как таковых обусловлено объективными законами общественного развития и гарантируется государством. Иначе и быть не может, ведь они вытекают из сущности и природы как субъективных прав, так и самой диалектики интересов и права. Однако уже реализация, воплощение в жизнь, удовлетворение законных интересов гарантируется лишь в определенной степени. Степень же гарантированности законных интересов, их официального «признания» со стороны государства зависит от следующих факторов:

а) от умелого использования субъектом правоотношений существующих и предоставленных ему субъективных прав и обязанностей;

б) от «неудаленности», если можно так выразиться, законных интересов от существующих субъективных прав;

в) от совокупности сопутствующих удовлетворению законных интересов обстоятельств и факторов. Два равнозначных стремления двух

субъектов правоотношений могут иметь различную степень удовлетворения и защиты в зависимости от того, на какие обстоятельства ссылается человек, при каких жизненных ситуациях возник тот или иной интерес, какие последствия связываются с реализацией конкретного способа удовлетворения потребности;

г) от решимости отстаивать свои законные интересы. Непримируемость к ущемлению своих прав и законных интересов важна как для самого субъекта правоотношений, так и для государства, которое обязано реагировать на все подобные казусы. Любая законная реакция на попытки ущемления прав и законных интересов лучше, чем пассивная позиция человека. В этом и заключается основной элемент правовой культуры и правового воспитания в современном обществе.

4) Законные интересы — это ярчайший срез позитивных и многочисленных в своем разнообразии стремлений граждан, куда субъективное право:

а) не может проникнуть по изложенным выше причинам;

б) не должно проникать в обязательном порядке, т. к. законные интересы — это своеобразное «гражданское общество права».

5) Законные интересы всегда принадлежат определенному субъекту правоотношений и не могут существовать «в отрыве» от него, в абстрактном выражении, как, например, это имеет место с субъективными правами, которые гарантированы каждому и существуют вне зависимости от того, пользуется ими человек или нет. Законный интерес — это стремление пользоваться определенным благом, достичь какого-либо результата. Стремление не может быть абстрактным, оно всегда принадлежит заинтересованному лицу.

Законные интересы — категория, бесспорно, сложная и недостаточно исследованная с правовой точки зрения. Это — несомненный пробел современной правовой доктрины, так как сущность охраняемых законом интересов и та юридическая нагрузка, которая им присуща в каждодневных правоотношениях сторон, несомненно, заслуживает более глубокого внимания к рассматриваемой категории со стороны законодателя и компетентных правоприменительных органов. Возможно, предлагаемый взгляд на законные интересы как правовую категорию подчеркнет их весомый характер в правовом пространстве любого демократического государства и активизирует поиск оптимальных вариантов их использования в механизме правового регулирования.

Л. В. Голоскоков*

О ПЕРСПЕКТИВАХ АВТОМАТИЗАЦИИ ПРАВОВЫХ ПРОЦЕССОВ

Внешне наблюдаемое изменение современного российского права может создать впечатление значительного прогресса, поскольку представляет собой непрерывный процесс создания и коррекции законов, но фактически развитие идет лишь в русле старой парадигмы, основанной на бумажных и печатных технологиях правотворчества, которые предопределяют соответствующие бумажные процедуры правореализации. Использование информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) происходит в довольно ограниченных рамках хранения, поиска и передачи информации, но сами процессы правотворчества и правореализации¹ мало подвергаются автоматизации в связи с отсутствием концепций, показывающих, в каких направлениях это возможно.

Исследователи отмечают, что бумажная наука «все более вытесняется „наукой электронной” (e-science), опирающейся на современные информационно-коммуникационные технологии».² Р. Берринг еще в 1997 году писал: «Полная публикация законов — суть американского права, но эта главная компонента находится в процессе изменения, которое затрагивает все аспекты нашей культуры, и его влияние в первую очередь сказывается на праве: доминирующая роль, которую играла книга в представлении правовой информации, подходит к концу»,³ а Р. Сасскинд полагает, что «...юридическая практика и отправление правосудия в завтрашней правовой парадигме больше не будут во власти бумажных

* Кандидат философских наук, доцент кафедры специально-правовых дисциплин Пятигорского филиала Северо-Кавказского государственного технического университета.

¹ Один из редких примеров полной автоматизации процессов правореализации можно найти в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле», в п. 2 ст. 13 «Атрибуция сообщения данных»: «В отношениях между составителем и адресатом сообщение данных считается сообщением данных составителя, если оно было отправлено: а) лицом, которое имело полномочия действовать от имени составителя в отношении этого сообщения данных; или б) информационной системой, запрограммированной составителем или от его имени функционировать в автоматическом режиме». (Типовой закон ЮНСИТРАЛ «Об электронной торговле» // Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1996. Т. 27).

² Цапенко И. П. Электронная эпоха науки // Мировая экономика и международные отношения. 2005. № 8. С. 19.

³ Berring R. Chaos, Cyberspace and Tradition: Legal Information Transmodified // The Berkeley Technology Law Journal. 1997. Vol. 12. Issue 12. P. 2.

и печатных форм. Вместо этого, правовые системы информационного общества быстро разовьются под значительным влиянием как никогда более мощных информационных технологий».⁴ Но чтобы это произошло, необходимо не только улучшать законодательство в сфере ИКТ, но качественно модернизировать и право, и правовую систему, чтобы они соответствовали новым возможностям ИКТ.

Обратим внимание на то, что в мире активно формируются сетевые структуры и виртуальные организации,⁵ виртуальное пространство, называемое также кибернетическим пространством,⁶ юридическую природу которого Д. В. Грибанов определяет как «совокупность общественных отношений, возникающих в процессе использования функционирующей электронной компьютерной сети, складывающихся по поводу информации, обрабатываемой с помощью ЭВМ и услуг информационного характера, предоставляемых с помощью ЭВМ и средств связи компьютерной сети».⁷ И если сегодня экономисты развивают понятие сетевой экономики,⁸ в университетах начинают читать курсы сетевой экономики,⁹ то юристы лишь начинают размышлять о приемлемости понятия «сетевое государство»,¹⁰ а право пока даже не упоминается в качестве сетевого.

Действительно, сетевая экономика интенсивно развивается, например, в России появились платежные системы WebMoney, CyberPlat, ASSIST,

⁴ *Susskind R. E.* The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology. N.Y., 1998. P. 292.

⁵ См.: *Ahuja M. K., Carley K. M.* Network Structure in Virtual Organizations // Journal of ComputerMediated Communication. 1998. Vol. 3. Issue 4. // <http://www.ascusc.org/jcmc/vol3/issue4/ahuja.html>

⁶ См.: *Noveck B. S.* Designing Deliberative Democracy in Cyberspace: The Role of the CyberLawyer // Boston University Journal of Science & Technology Law. 2003. Vol. 9. Issue 9. // <http://www.bu.edu/law/scitech/volume9issue1/Noveck.pdf>

⁷ *Грибанов Д. В.* Правовое регулирование кибернетического пространства как совокупности информационных отношений: Автореф. дис. канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 16.

⁸ «Сетевая экономика — данным термином принято называть состояние экономики, которое возникает, когда инфраструктура, обслуживающая функционирование экономики некоторой страны или группы стран, основывается на использовании Интернет-технологий. При этом меняет свои свойства как экономическая система в целом, так и ее отдельные элементы (возникают сетевые формы организации и механизм координации, происходят изменения в рыночных институтах и др.)» (*Паринов С. И.* К теории сетевой экономики. Новосибирск, 2002. С. 13).

⁹ Например, курс «сетевая экономика» с 2005 года читается в Пятигорском филиале ГОУ ВПО «Северо-Кавказский государственный технический университет».

¹⁰ См.: *Мамут Л. С.* «Сетевое государство»? // Государство и право. 2005. № 11. С. 5–12.

erport, «Рапида», «КредитПилот», «Яндекс.Деньги», появляются платежные системы, основанные на использовании счетов сотовой связи, преимущество которых заключается в высокой степени защиты от несанкционированного доступа к «телефонному счету» и в том, что в России сегодня около 60 млн абонентов сотовой связи.¹¹ Эти примеры требуют ответа на вопрос о том, каким правом будут регулироваться правоотношения, возникающие в киберпространстве. Полагаем, они должны регулироваться новым *сетевым правом*, которое нуждается в оформлении сначала в виде концепции, а затем в виде новой сферы правового воздействия. Возможно, потребуются даже глубокая модернизация всей правовой системы. Если перейти от самой общей оценки сущности сетевого права — регулирования правоотношений в киберпространстве — его развернутое содержание, как мы полагаем, должно заключаться в следующем.

Во-первых, сетевое право должно закрепить в тесной увязке с технологическими моментами (которые в данной работе опускаются) правовое содержание построения и функционирования сети, объединяющей все лица, государство и его органы в единую структуру, в которой каждый субъект права будет находиться на прямой, мгновенно действующей связи с государством и иными субъектами, причем это взаимодействие будет производиться в режиме реального времени и иметь также и мгновенно действующую обратную связь. Во-вторых, сетевое право будет регулировать интеграцию сетевых технологий с правотворческими и правореализационными процессами для целей оперативного изменения отдельных элементов правовых норм, мгновенного доведения их до исполнителей и автоматического, полуавтоматического или автоматизированного их исполнения, а также для управления средствами права отдельными социальными процессами в реальном времени путем использования метода обратной связи и непрерывного плавного изменения на его основе отдельных элементов норм права. Система сетевого права позволит законодателю не только быстро создавать востребованные жизнью нормы права или их отдельные элементы и доводить их до субъектов права, но чаще всего организовывать в виде единого неразрывного акта процесс правотворчества и правореализации, имеющий мгновенно действующий механизм обратной связи со всеми субъектами права, на основе которого управляющий орган (вообще говоря — государство), сможет производить

¹¹ См.: Захарченко В., Померанцева Н., Ходорыч А. Раздвоение наличности // Деньги. 2005. № 25. С. 18–22.

правовое регулирование в режиме реального времени в тех сферах права, которые технологически будут готовы для оперативного управления.

Ключевой точкой сопряжения ИКТ, экономики и права представляется идея внедрения электронных паспортов, но на более высоком уровне применения ИКТ, чем это намечено делать в России. Логика перехода от бумажного к электронному паспорту подсказывает нам следующий этап — «метаспаспорт» — конструкцию, которая обеспечит коммуникацию личности с государством, физическими и юридическими лицами. Метаспаспорт¹² должен представлять собой интегрированный в сеть терминал (типа сотового телефона-коммуникатора), заменяющий все иные документы и идентификаторы лица: паспорт, трудовую книжку, ИНН, пенсионное страховое свидетельство, документы об образовании, водительские права, страховой и медицинский полисы, банковские карточки; он должен обеспечивать осуществление расчетов по сделкам; выполнять функции налогового агента, который автоматически исчисляет и перечисляет в бюджет налоги с каждой совершаемой лицом сделки, учитывая статус лица (судья, депутат, пенсионер, инвалид и т. д.) и полагающиеся ему льготы, субсидии, компенсации и т. п. На самом деле вся информация будет находиться в ведомственных базах данных, а метаспаспорт будет лишь извлекать ее из этих баз в необходимом объеме благодаря сетевым технологиям.

Эти идеи начали реализовываться: с 2005 г. администрация США вводит для своих граждан загранпаспорта с чипами радиочастотной идентификации (RFID), которые будут позволять считывать бесконтактным способом информацию из микрочипов,¹³ в 2005 г. электронный паспорт создан в Германии. Данное обстоятельство является подтверждением правильности наших позиций и основанием для продолжения исследований с использованием идеи метаспаспорта как ключевого элемента сопряжения права и сетевых технологий. Отметим лишь, что в отличие от американской модели, предлагаемая нами концепция предполагает также необходимость учитывать и другие биометрические данные, осуществлять дистанционную

¹²См.: Голоскоков Л. В. 1) Будущие технологии права // Сборник научных трудов межвузовской научно-практической конференции «Экономические и социально-гуманитарные проблемы развития Северо-Кавказского региона в новом тысячелетии», 23–24 ноября 2000 г. Секция: «Правовые аспекты безопасности региональной экономики». Пятигорск, 2000. Ч. I. С. 95–106; 2) Будущие сетевые технологии права // Компьютерра. № 3. (380). 30 января 2001. С. 46–47; 3) Концепция развития права и правовой доктрины государства в период формирования информационного общества // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2003. № 1. С. 411–421.

¹³См.: Киви Б. Новояз для новых паспортов // Компьютерра. 2005. № 15. С. 10.

идентификацию лиц комплексно, круглосуточно, в режиме реального времени, с целью постоянно держать в сети на прямой связи каждое физическое и юридическое лицо. Сегодня коммуникационные правовые связи человека, государства и общества часто бывают разорваны, и это порождает разные проблемы. Часть таких проблем решает сетевое право, в рамках которого никто не сможет «выпасть» из его правового поля, например, лицо не забудет заплатить налог, а государство не сможет «забыть» перечислить этому лицу положенные ему по закону суммы заработной платы, налоговых вычетов, компенсаций и т. п.

В нашем понимании метапаспорт — это прежде всего правовая идея, опорная точка сетевого права, создающая принципиальную возможность *сетевой правовой коммуникации*, и лишь во вторую очередь — это техническое устройство и техническая система. Метапаспорт может быть одновременно реальной и «виртуальной», частично распределенной в пространстве конструкцией, не все компоненты которой обязательно нужно носить с собой, а значит, ее нельзя потерять или уничтожить полностью. Его отдельными частями могут быть разные банковские пластиковые карточки, пополняемые до уровня среднего дневного расхода денег — для безопасности расхода денег, карточки типа «социальной карты москвича» (предназначенной в соответствии с Постановлением Правительства Москвы от 06.08.2002 № 602-ПП «О внедрении социальной карты для жителей города Москвы» для создания общегородской интегрированной автоматизированной системы персонального учета предоставленных жителям Москвы льгот), карты типа «Личной электронной социальной карты» (ЛЭСК), предложенной Институтом государства и права РАН в качестве идентификационного, расчетно-платежного или комбинированного средства, предназначенного только для упорядочения предоставления льгот на территории региона.¹⁴

Другими частями сетевой системы могут быть стационарные устройства идентификации, размещенные в общественных местах и предназначенные для автоматического опознавания и обслуживания личности даже без предъявления физических носителей информации типа карточек, удостоверений, паспортов. Задача такой системы — дистанционно опознавать личность по комплексу ее индивидуальных черт (пол, лицо, голос, и т. д.) и экономить время на идентификационных процедурах при совершении сделок,

¹⁴ См.: Бачило И. Л., Петровский С. В. Нормативно-правовое обеспечение применения личных электронных социальных карт в субъекте РФ // Государство и право. 2005. № 6. С. 50–51.

расчетов, проходе лиц на объекты, требующие опознания или оплаты. Таким образом, карточки типа ЛЭСК, социальной карты москвича, электронный паспорт, возможность создания которого признана в России, просматриваются сквозь призму идеи метапаспорта лишь элементами метапаспорта. Кроме того, суть метапаспорта, как это и определяется приставкой «мета», должна заключаться также в необходимости постоянного наращивания его функций и возможностей,¹⁵ что может происходить путем непрерывной модернизации правовой, технической и программной компонент.

Идея метапаспорта (вне зависимости от того, под каким названием она будет проходить в ходе ее реализации) позволяет осуществить при соответствующем финансировании и достижении определенного технического уровня автоматизацию многих правовых процессов. Обозначим сферы права, допускающие автоматизацию отдельных правотворческих и правореализационных процессов, и определим возможные пределы интеграции права и сетевых технологий.

Первой по важности и способности реально повлиять на процессы управления правовыми средствами экономикой в режиме реального времени может быть названа автоматизация правотворчества, осуществляемая путем автоматизированной генерации отдельных элементов некоторых норм права: налоговых ставок, размеров пошлин и др., которые будут распространяться по сети до терминалов субъектов права и автоматически исполняться в моменты совершения сделок и транзакций путем удержания автоматикой налогов и сборов.

Отсюда вытекает возможность управления средствами права экономическими процессами в реальном времени на основе использования обратной связи, когда отслеживание результатов изменений ставок налогов (сборов, пошлин и др.) приведет к быстрому анализу экономической ситуации, составлению представления о новых необходимых изменениях этих элементов норм права и немедленной их генерации. Полагаем, что появление некоторого нового независимого органа, способного осуществлять оперативное правовое регулирование в режиме реального времени, или же наделение такими функциями существующего органа объективно обусловлено, ибо,

¹⁵ Именно такой процесс происходит сейчас с имеющимися устройствами, способными стать техническим прообразом метапаспорта. Так, например, «имеется тенденция к тому, что сотовый телефон становится не только средством связи, но и кредиткой, записной книжкой, фотоаппаратом, видеокамерой и т. д. Скоро, видимо, он превратится в универсальный миникомпьютер, без которого человеку не обойтись» (*Асфура А.* Прошлое и будущее // Мир ПК. 2005. № 6. С. 78).

как констатируют специалисты в иных областях науки, «...имеется четкая тенденция расслоения социума на подсистемы, специализирующиеся на выполнении узких задач».¹⁶ В рамках теории права мы сознательно уходим от решения частной проблемы обоснования того, как вписать такой орган в нормы Конституции РФ и существующую систему разделения властей, поскольку это проблема второго плана. После того, как придет понимание необходимости решения первичной задачи — оперативного правового регулирования, наступит время и для решения данной проблемы, которая является по сути дела технической, вторичной, хотя и очень сложной. В этой же сфере становится возможной автоматизация правореализационных процессов тех важнейших норм публичного права, которые предписывают взимание налогов и иных обязательных платежей. Это приведет к декриминализации некоторых преступлений. Представляется, что магистральный путь правового государства — не создавать новые нормы о наказании, а лишить человека в принципе возможности нарушить хотя бы некоторые нормы права.

Система сетевого права предполагает необходимость регистрировать сделки и взимать налоги в режиме «реального времени» при одновременной привязке каждой совершенной сделки и удержанного налога к конкретной местности, что позволит найти решение проблем налогового и бюджетного федерализма и межбюджетных отношений. В. Н. Лексин и А. Н. Швецов констатируют, что «главным недостатком российского бюджетно-налогового федерализма является его малая результативность, но было бы неправильно искать пути преодоления этого недостатка только в сфере собственно финансовых технологий. Как бы совершенны они ни были, „региональная справедливость” не будет обеспечена, если не удастся установить качественно иные (по сравнению с действующим порядком) требования к обоснованию и оценке результатов федеральной поддержки регионов, если не наладить полный учет всех поступлений из вышестоящих бюджетов на территории субъектов Федерации и муниципальных образований, а также если не внедрить механизмы контроля и ответственности региональных и местных органов власти за использование этих средств».¹⁷ Здесь авторы имеют в виду современные финансовые технологии, которые пока не дают приемлемых результатов. Предлагаемое нами объединение сетевых технологий и

¹⁶ Попов В. П., Крайнюченко И. В. Глобальный эволюционизм и синергетика ноосферы. Ростов на Дону, 2003. С. 303.

¹⁷ Лексин В. Н., Швецов А. Н. Экономические аспекты федеративных отношений: мировой опыт и российская специфика // Управление социально-экономическим развитием России: концепции, цели, механизмы. М., 2002. С. 354.

правовых механизмов, когда можно будет в реальном времени отслеживать появление любых финансовых ресурсов в привязке к конкретному субъекту и территории, в значительной мере обеспечит решение проблем бюджетного и налогового федерализма.

Сетевое право допускает полную автоматизацию контроля соответствия крупных расходов физических лиц их доходам, автоматизацию выполнения правового принципа «что не запрещено, то разрешено», путем подсказки сетевой системой правовых вариантов и блокирования неправовых при совершении сделок и правовых процедур. Становится возможным выявление признаков криминальной финансовой активности лица на первоначальном этапе и немедленная передача информации в соответствующие правоохранительные органы. Например, сетевая система частично решит проблему безопасности несовершеннолетних, связанную с покупкой и употреблением наркотиков, передачей ими денег в различные секты и т. п. при условии полного перехода на безналичные электронные деньги. Хотя официальная доктрина пока не говорит о полном отказе от наличных денег, тенденции такого развития финансовой системы видны: в п. 64 документа «О стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2008 года» предусмотрены мероприятия по расширению безналичных расчетов, внедрению современных технологий и методов передачи информации, повышению защищенности информационных систем; планируется разработка системы валовых расчетов, осуществляемых в режиме реального времени, а также внедрение унифицированных форматов электронных документов, используемых при проведении расчетов.¹⁸ Полагаем, что будущее безналичных электронных расчетов особо перспективно в контексте развития сетевого права.

Несовершеннолетний, получая электронные деньги от родителей, в новой системе будет получать фактически именные деньги. Тогда все криминальные сделки или же сделки, потенциально ведущие к нарушению закона, или нарушению интересов подростка и его семьи, могли бы запоминаться системой и в случае незаконных операций блокироваться, а иногда даже расторгаться соответствующей процедурой. Такие сделки могут иметь место, например, при покупке наркотиков. Эти электронные сделки в любом случае запоминались бы системой даже в случае их маскировки под

¹⁸Заявление Правительства РФ № 983ПП13, ЦБ РФ № 0101/1617 от 05.04.2005 «О стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2008 года» // Вестник Банка России. 2005. № 19.

продажу других товаров, а органы, занимающиеся борьбой с незаконным оборотом наркотиков, могли бы в установленном порядке получать информацию о продавцах, на счетах которых имелись бы многочисленные поступления денег от множества покупателей и анализировать их. Сеть по сбыту наркотиков можно будет выявить даже спустя значительное время, накопив оперативный материал о лицах, сбывающих наркотики. Кроме того, становится возможной автоматизация выполнения запрета на продажу подросткам сигарет и алкоголя, автоматизация и выполнение ограничений, заданных родителями на расход денег на игровые автоматы и другие цели, которые родители смогут в такой системе заранее программировать и запрещать определенные расходы полностью или частично. Становится возможной полная автоматизация регистрации физических лиц по месту пребывания при любых перемещениях по стране. Мы предлагаем, чтобы человек не совершал никаких действий и усилий для своей регистрации. Любое его перемещение автоматика должна отслеживать и автоматически регистрировать человека в данном населенном пункте или в движущемся транспортном средстве.¹⁹ Отсюда вытекает и автоматизация управления миграционными процессами в реальном времени за счет обладания полной картиной перемещения мигрантов, автоматизация процессов соблюдения мигрантами некоторых норм права и автоматическая профилактика нарушений мигрантами и иностранными гражданами отдельных норм права, в первую очередь, налоговых норм.

В сфере коммерческого права мы предлагаем автоматизировать процессы дистанционного заключения договоров в сети между двумя сторонами. Одновременно это позволит реализовать принцип презумпции знания закона, для чего необходимо создать компьютерные программы для направления действий сторон при дистанционном заключении договора. Законодатель должен составить и разместить в электронной базе данных необходимое множество вариантов каждого вида договора из ГК РФ, присвоить номера этим вариантам, из которых стороны будут выбирать с помощью сетевой системы подходящий вариант и проставлять в него цифровые значения цены сделки и другие конкретные параметры. При такой системе невозможно будет включить в договор незаконные условия,

¹⁹ О технических возможностях нового стандарта WiMAX, предназначенного для беспроводной связи на больших расстояниях, позволяющего пользователям работать в машине или на поезде, движущимися со скоростью до 120 км/ч, см.: Баулин А. Время забрасывать сети. Сети WiMAX // Мир ПК. 2005. № 1. С. 79–81.

договор не будет содержать положения, нуждающиеся в толковании, а процедура исполнения договора может быть автоматизирована. Это повлечет и автоматизацию исполнения основной массы сделок — розничной купли-продажи, договоров перевозки и позволит на деле в значительной большей степени, чем сегодня, реализовать принцип *pacta sunt servanda*.

Сетевое право позволит автоматизировать работу по профилактике преступности по следующим направлениям: 1) организованная преступность (в частности, при отсутствии наличных денег существенно затруднится деятельность сбора организованными преступными группировками «дани» с мелких предпринимателей, что сегодня осуществляется неучтенными наличными деньгами); 2) наркобизнес; 3) противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем; 4) коррупция, основанная на взяточничестве; 5) любые иные преступления, в основе которых лежит незаконное использование неучтенных наличных денег. Автоматический и круглосуточный мониторинг сетевой системой и информирование правоохранительных органов о наличии в общественных местах лиц, не имеющих автоматического идентификатора личности, позволит устанавливать факт отсутствия регистрации лиц без обычной процедуры личного контакта, а сотрудникам правоохранительных органов выходить на контакт с такими лицами по специально разработанным методикам, в зависимости от степени опасности субъекта, вытекающей из видеозаписи, например, свидетельствующей о возможном наличии предметов, напоминающих взрывные устройства или оружие.

Завершая рассмотрение потенциальных направлений автоматизации правовых процессов, можно отметить, что перед информационной модернизацией права, направленной на автоматизацию правовых процессов, открываются перспективы качественно новых исследований в самых разных отраслях права. Прежде всего, это процессы, связанные с движениями безналичных электронных денежных средств, досудебные и судебные процедуры, связанные с расчетами и т. п. Расширение списка направлений автоматизации может обеспечиваться принципом постепенного перемещения отдельных норм права (элементов норм права) в сферу их автоматического, полуавтоматического или автоматизированного исполнения.

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

*А. В. Малько, * Н. А. Сидорова***

МУНИЦИПАЛЬНАЯ ДОГОВОРНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА: АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ***

В развитие конституционных положений, закрепляющих основы местного самоуправления в Российской Федерации, в октябре 2003 года Федеральным Собранием РФ был принят новый Федеральный закон РФ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», устанавливающий общие правовые, территориальные, организационные и экономические принципы организации местного самоуправления, а также гарантии его осуществления.¹

Изначально реформу местного самоуправления предполагалось начать с января 2006 года, однако, в связи с неготовностью большинства регионов страны и отсутствием механизма реализации основных положений

* Доктор юридических наук, профессор, директор Саратовского филиала ГУ Институт государства и права РАН.

** Аспирант кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права.

*** Работа выполнена при поддержке РФФИ (проект № 060680367а).

¹ Федеральный закон РФ от 06.10.2003 г. № 131ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (с изм. от 19.06.2004 г., 12.08.2004 г., 28.12.2004 г., 29.12.2004 г., 30.12.2004 г., 18.04.2005 г., 29.06.2005 г., 21.07.2005 г., 12.10.2005 г., 27.12.2005 г., 31.12.2005 г., 02.02.2006 г., 15.02.2006 г.) // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822; СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2484; СЗ РФ. 2004. № 33. Ст. 3368; СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 9; СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 12; СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 17; СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 25; СЗ РФ. 2005. № 1 (часть I). Ст. 37; СЗ РФ. 2005. № 17. Ст. 1480; СЗ РФ. 2005. № 27. Ст. 2708; СЗ РФ. 2005. № 30 (часть I). Ст. 3104; СЗ РФ. 2005. № 30 (часть I). Ст. 3108; СЗ РФ. 2005. № 42. Ст. 4216; СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 9; СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 10; СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 17; СЗ РФ. 2006. № 6. Ст. 636; СЗ РФ. 2006. № 8. Ст. 852.

закона, Президент РФ подписал поправки, предусматривающие перенос сроков ее проведения с 2006 на 2009 год.²

Данный нормативно-правовой акт был принят Государственной Думой РФ 21 сентября 2005 года и одобрен советом Федерации 5 октября 2005 года. Думается, что определив своему «детищу» трехлетний «переходный период», законодатель не ошибся, т. к. для претворения перечисленных в законе положений в жизнь необходимо подготовить прочный правовой, материальный и организационный фундамент.

Для создания первого следует обратить внимание на устранение законодательных «прорех», причем таким образом, чтобы новые поправки не влекли за собой последующих изменений, связанных с их исправлением.³

Обеспечение материальной базы для полноценного функционирования закона от 06.10.2003 № 131ФЗ предполагает тщательную работу над версткой бюджета с учетом новой системы межбюджетных отношений, согласно которой средства районных фондов финансовой поддержки поселений могут перераспределяться с использованием фактических или

² Федеральный закон РФ от 12.10.2005 г. № 129ФЗ «О внесении изменений в статьи 83 и 85 Федерального закона “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации”, Федеральный закон “О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования межбюджетных отношений” и в статью 7 Федерального закона “О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации о налогах и сборах” // СЗ РФ. 2005. № 42. Ст. 4216.

³ В качестве негативного примера можно привести следующий: 1 января 2006 года вступил в силу Федеральный закон РФ от 31.12.2005 г. № 199ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием разграничения полномочий», в котором четко говорится о том, что депутатам муниципальных представительных органов запрещено совмещать должности муниципальных служащих и руководителей муниципальных учреждений и организаций. Этот закон вызвал кадровую неразбериху во многих регионах, т. к. в большинстве муниципальных образований выборы местных депутатов прошли еще в конце прошлого года — до подписания закона от 31.12.2005 г. № 199ФЗ, в результате которых тысячи депутатов, получив мандат народных избранников, сохранили за собой прежнее место работы. После опубликования данного документа многие депутаты, выбирая, какую из двух должностей сохранить, приняли решение сложить с себя полномочия и вернуться к прежней работе. Увидев, к чему на практике привели указанные поправки, парламентарии подготовили новый Федеральный закон РФ от 15.02.2006 г. № 24ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации”, где установлено, что положения, касающиеся запрета на совмещение должностей, не распространяются на депутатов представительных органов муниципального образования или выборных должностных лиц местного самоуправления, избранных на муниципальных выборах, назначенных до 1 февраля 2006 г.

прогнозируемых показателей доходов и расходов бюджетов поселений.⁴

Касаясь проблем формирования организационной основы реализации закона от 06.10.2003 № 131ФЗ, необходимо обратить внимание на взаимоотношения между различными органами местного самоуправления. К сожалению, последние часто не могут или не хотят находить общий язык даже тогда, когда речь идет о решении важных проблем, в то время, как совершенно справедливо отметил заместитель полномочного представителя Президента РФ в Центральном федеральном округе Н. Макаров, «большинство проблем ... вполне решаемы на муниципальном и региональном уровнях. Нужно встречаться, договариваться, искать компромисс».⁵

В связи с этим, на современном этапе развития местного самоуправления наибольшую актуальность приобретает муниципальная договорно-правовая политика, представляющая собой целостное и самодостаточное звено договорно-правовой политики, необходимое для полноценного формирования и развития договорных отношений между различными органами местного самоуправления. Это последовательная и системная деятельность, направленная на поиск механизмов реализации эффективного и конструктивного диалога между различными общественно-политическими силами, а также защиту и развитие уже существующих правовых конструкций,⁶ способствующих расширению межмуниципальных связей и межтерриториального сотрудничества муниципальных образований.

К сожалению, понятие муниципальной договорно-правовой политики пока еще не обрело своей легальной дефиниции на теоретическом уровне. Отдельные вопросы, касающиеся договорной практики в муниципальном образовании, находят свое отражение во многих научных исследованиях.⁷

⁴ Федеральный закон РФ от 31.12.2005 г. № 199ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием разграничения полномочий» // СЗ РФ. 2006. № 1. Ст. 10.

⁵ Российская Газета. 2006. 21 марта.

⁶ Калабеков Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

⁷ См.: Блинков О. Е. Некоторые проблемы договорной практики муниципальных образований // Государственная власть и местное самоуправление. 2003. № 4; Гладких С. Р., Гредасов А. В., Щербинин С. С. Правовая природа и юридическая квалификация соглашений между органами местного самоуправления и инвесторами о строительстве объектов недвижимости // Право и экономика. 2003. № 11; Масловская Т. С. 1) Возможные основания классификации договоров, заключаемых в муниципальных образованиях // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2004. № 1; 2) Договорная деятельность в муниципальных образованиях (практические рекомендации). Сургут, 1999; Модин Н. А. Договорно-правовые отношения сельскохозяйственных предприятий с органами местного самоуправления //

Однако комплексного подхода к данной проблеме на сегодняшний день не существует. Отсутствие унифицированного понимания сущности муниципальной договорно-правовой политики затрудняет решение ряда проблем, возникающих на местном уровне, не позволяет в полной мере осуществлять управленческую функцию, развивать переговорные технологии в отношениях общества, бизнеса, власти, а также формы и механизмы непосредственного влияния в интересах общества на управленческие решения, принимаемые государственной властью. В связи с этим, необходимость определения места и роли муниципальной договорно-правовой политики в становлении отечественной теории местного самоуправления, ее правовой природы, содержания и специфики представляется очевидной.

Как и любой другой вид договорно-правовой политики, муниципальная договорно-правовая политика характеризуется определенными признаками, к числу которых прежде всего относятся научная обоснованность, системность и последовательность действий.

Научная обоснованность принимаемых решений является важным условием реализации всех разновидностей договорно-правовой политики. Этот признак предполагает глубокую научную проработку соответствия той или иной программы действий назревшим потребностям развития общества, т. е. необходимость и целесообразность урегулированности правовыми нормами определенных общественных связей. Ни один вопрос не должен решаться без проведения квалифицированными, опытными учеными и специалистами-практиками комплексной научной экспертизы.

Кроме того, каждый субъект договорно-правовой политики, будь то государственный орган законодательной или исполнительной власти Российской Федерации, отдельного региона или муниципального образования, должен обладать системным мышлением. Системность способствует получению субъектом познания четкого представления о целостности исследуемого объекта, о состоянии целого и частей, о взаимодействии этого целого с внешней средой, как одного из условий существования целого, об общих закономерностях развития и функционирования целого, о структурировании изучаемого объекта.⁸

Государственная власть и местное самоуправление. 2002. № 3.

⁸ Мусиенко Т. В., Лукин В. Н. Системный подход как теоретическая основа компаративного исследования микрополитики // «Credo new» (теоретический журнал). 2003. № 2.

Последовательность реализации муниципальной договорно-правовой политики является еще одним общим признаком, характеризующим не только муниципальную договорно-правовую политику, но и всякую другую политику в целом, представляющим собой определенную упорядоченность действий, логически закономерную, непротиворечивую и правильно обоснованную. При изучении любого общественного явления, в том числе и договорно-правовой политики, реализуемой на муниципальном уровне, необходимо опираться на ранее пройденный материал, выделять в нем главное, и на основе полученного опыта строить дальнейшую программу реализации муниципальной договорно-правовой политики.

Однако, помимо общих признаков, присущих любому виду политики, договорно-правовая политика муниципального образования имеет свою специфику, благодаря которой и воспринимается как самостоятельная и обособленная юридическая категория.

В первую очередь, на характер муниципальной договорно-правовой политики оказывают влияние особенности организации местного самоуправления.

С одной стороны, местное самоуправление действует в рамках единой системы, где достижение общего успеха определяется параметрами развития каждого звена и регулируется «общими правилами игры». Следовательно, содержание муниципальной договорно-правовой политики находится в тесной взаимосвязи и взаимодействии с другими разновидностями договорно-правовой политики и должно соответствовать (и соответствует) нормам действующего законодательства РФ, и, прежде всего, Конституции РФ. Основным приоритетом ее развития должно стать увеличение общеэкономического, общесоциального и иного потенциала страны в целом.

С другой стороны, непременным условием для самоидентификации системы местного самоуправления является наличие у нее собственной сферы проявления. В рамках правовых норм, установленных государством, местное самоуправление имеет собственную нишу, заполняемую в режиме саморегулирования. Вполне очевидно, что местное самоуправление не может выражаться вне границ правового поля государства, однако также не вызывает сомнений тот факт, что пределы государственного регулирования общественных отношений не бесконечны.

В связи с этим, муниципальная договорно-правовая политика, не вступая в противоречие с законодательным регулированием, направлена на

устранение существующих в нем пробелов, оставляя за муниципалитетами свободу выбора — придерживаться той или иной разработанной в соответствии с местной спецификой программы действий.

В отдельных случаях положения муниципальной договорно-правовой политики совпадают с нормами действующего законодательства РФ. Это свидетельствует о том, что те или иные переговорные технологии уже получили свое нормативное оформление.

В связи с тем, что государство гарантирует осуществление населением местного самоуправления на всей территории Российской Федерации, последнее является равноправным субъектом взаимоотношений с органами государственной власти. Поэтому отдельные государственные полномочия могут быть переданы органам местного самоуправления на основе договоров (соглашений) публично-правового характера.

Например, принятие совместного решения органов государственной власти субъекта РФ и муниципалитета о строительстве дороги, телефонизации или о создании какой-нибудь инфраструктуры, имеющей значение и для населения муниципального образования, и для субъекта РФ в рамках региональной целевой программы, можно зафиксировать в соглашении о совместном выполнении названной программы.

При передаче ряда государственных полномочий в иных формах нельзя не упомянуть об обязательной стадии согласования, поскольку согласие муниципального образования в лице его органов и должностных лиц на выполнение тех или иных поручений органов государственной власти, а также наличие определенных ресурсов, навыков, опыта, необходимых специалистов являются залогом качественного и своевременного выполнения переданных полномочий.

При согласовании стороны принимают взаимовыгодное решение обсуждаемых проблем. Договорная форма сотрудничества органов исполнительной власти субъектов РФ и местного самоуправления встречается практически во всех сферах управления: в организации управления, экономике, социальной сфере, при выполнении органами местного самоуправления государственных полномочий. Поэтому она должна занять достойную нишу в российском законодательстве, тем более что согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ взаимодействие органов местного самоуправления и органов государственной власти на договорной основе «для решения общих задач, непосредственно связанных с вопросами местного значения, в интересах населения муниципального

образования» соответствует требованиям Конституции РФ.⁹

Следующим характерным признаком договорно-правовой политики, реализуемой на муниципальном уровне, являются ее субъекты.

В соответствии с законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» решение вопросов местного значения осуществляется населением непосредственно и/или через органы местного самоуправления.

В связи с тем, что местное самоуправление представляет собой определенную форму осуществления народом своей власти, именно граждане, проживающие на территории того или иного муниципального образования, являются основным субъектом муниципальной договорно-правовой политики. Они могут осуществлять управление муниципальным образованием путем проведения местного референдума, схода граждан, участия в муниципальных выборах, в голосовании по вопросам отзыва депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица, изменения границ муниципального образования, его преобразования, а также принимать реальное и активное участие в жизнедеятельности муниципалитета посредством организации территориальных общественных самоуправлений, публичных слушаний, собраний, конференций, опросов, обращений в органы местного самоуправления и т. д.

Однако несмотря на то, что новый закон «Об общих принципах организации местного самоуправления» отражает изменение отношения законодателя к вопросу о приоритете формы прямого волеизъявления граждан перед опосредованной (путем образования органов местного самоуправления), о чем свидетельствует порядок расположения глав данного нормативно-правового акта, решения, принимаемые населением, носят рекомендательный характер, не могут иметь обязательной силы на всей территории муниципалитета, не обеспечиваются принудительной силой государства.

Для того, чтобы обрести юридическую силу, проекты муниципальных правовых актов, разработанные инициативной группой граждан, должны быть рассмотрены и приняты представительными органами местного самоуправления, действующими в рамках закона и своей компетенции, и в

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 30.11.2000 г. № 15П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного Закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22 марта 1999 года „О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной Закон) Курской области”» // СЗ РФ. 2000. № 50. Ст. 4943.

интересах местного населения.

В соответствии со ст. 34 федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления» структуру органов местного самоуправления составляют представительный орган муниципального образования, местная администрация (исполнительно-распорядительный орган), контрольный орган и другие органы местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями.

Специфика вышеперечисленных субъектов муниципальной договорно-правовой политики заключается в том, что органы местного самоуправления обладают двойным статусом. С одной стороны, они являются органами власти, носителями властных полномочий и выступают в публично-правовых отношениях, с другой стороны — равными участниками гражданских правоотношений, выступающими в качестве юридических лиц различных организационно-правовых форм. В связи с этим осуществляемая ими деятельность совмещает в себе императивные и диспозитивные методы регулирования общественных отношений, что, хотя и приводит к ряду проблем, вызванных, например, конкуренцией правовых норм, но способствует более динамичному и эффективному решению поставленных задач и достижению намеченных целей.

Касаясь содержательного аспекта договорно-правовой политики муниципального образования, необходимо обратиться к вопросу о том, чем конкретно должны заниматься субъекты муниципальной договорно-правовой политики. Другими словами, следует обратить внимание на объект ее реализации — договор, правовая природа которого определяется особенностями его участников.

Все договоры, заключаемые в муниципальных образованиях, можно классифицировать следующим образом:

– с точки зрения правовых последствий договоры могут быть юридическими и фактическими. Первый основан на нормах действующего законодательства РФ, второй – на объективной реальности;

– в зависимости от участников договорных отношений договоры делятся на нормативные договоры и договоры-сделки. Первые заключаются субъектами, обладающими властными полномочиями, вторые — субъектами, их не имеющими.

– по содержанию регулируемой ими деятельности выделяют имущественные и организационные договоры. Организационные договоры

создают и определяют порядок реализации определенной деятельности. Отличительной же чертой имущественных договоров является интерес сторон в получении того или иного имущества в свою собственность;¹⁰

– в зависимости от способа заключения договоры могут быть детерминированные и свободноопределяемые. Все условия первого вида договора сформулированы одной стороной без учета воли контрагента. Что касается второго вида договора, то его условия вырабатываются с равным учетом воли обеих сторон;

– в зависимости от соответствия правовой норме — легитимные и нелегитимные, т. е. прямо санкционированные юридической нормой и запрещенные (прямо или косвенно) нормой права;

– в зависимости от соответствия праву — правомерные и неправомерные;

– в зависимости от направленности интересов сторон — координационные и компромиссные. В координационном договоре интересы сторон совпадают и не противостоят друг другу, в компромиссном же договоре соединяются интересы противоположной направленности.¹¹

Исходя из вышеизложенных признаков, можно дать следующее определение муниципальной договорно-правовой политики — *это одно из направлений деятельности органов местного самоуправления, призванное способствовать выражению и защите интересов населения, проживающего на определенной обособленной территории муниципального образования, эффективному решению проблем местного значения, обеспечению оптимального взаимодействия органов местного самоуправления и органов государственной власти субъекта РФ путем заключения договоров о сотрудничестве, а также разработки и реализации совместных проектов социально-экономического, политического, правового, научного характера.*

Практика показывает, что ведущей стратегией развития муниципального образования становится курс, направленный на достижение в обществе баланса интересов всех краеугольных сил посредством создания таких механизмов как соглашения и договора о сотрудничестве, деятельности консультативных советов при органах власти всех уровней власти, областной и районной трехсторонних комиссий по регулированию социально-трудовых отношений, постоянно действующих совещаний,

¹⁰См.: Масловская Т. С. Возможные основания классификации договоров, заключаемых в муниципальных образованиях. С. 40–41.

¹¹Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 50.

«круглых столов» и рабочих групп.

Так, в Саратовской области действует Договор об общественном согласии и социальном партнерстве,¹² участниками которого являются органы государственной власти Саратовской области, органы местного самоуправления, бизнес-сообщества, некоммерческие организации, предприятия различных форм собственности, СМИ. Данный документ представляет собой план совместных действий, реализация которого предполагает равноправное сотрудничество всех сторон договора.

Договорно-правовая политика муниципалитетов развивается по многим направлениям. Это связано с тем, что договорные отношения распространены практически повсеместно. Посредством ее реализации решаются вопросы, касающиеся владения, пользования, распоряжения имуществом, находящимся в собственности муниципального образования; организации в границах муниципалитета электро-, тепло-, газо- и водоснабжения населения, водоотведения, снабжения населения топливом; содержания и строительства автомобильных дорог общего пользования, мостов и иных транспортных инженерных сооружений в границах населенных пунктов; обеспечения малоимущих граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, жилыми помещениями, организации строительства и содержания муниципального жилищного фонда, создания условий для жилищного строительства; предоставления транспортных услуг населению и организации транспортного обслуживания граждан; создания условий для обеспечения жителей муниципального образования услугами связи, общественного питания, торговли и бытового обслуживания; организации благоустройства и озеленения территории, использования и охраны городских лесов и т. д.

Так, в области развития жилищно-коммунального хозяйства создание экономически эффективной системы управления жилищным фондом видится в определении договорных взаимоотношений собственника жилья и управляющих организаций. В 2000 г. на договорной основе обслуживалось около 50% жилищного фонда страны в целом. В Москве, Республике Татарстан, Хабаровском крае, Ненецком и Чукотском автономных округах, Волгоградской, Вологодской, Новгородской и Мурманской областях этот показатель составляет 100%, в Республике Удмуртия, Ставропольском крае,

¹² Договор об общественном согласии и социальном партнерстве в Саратовской области (Саратов, 6 ноября 2004 г.) // Саратовские вести. 2004. 6 ноября.

Ростовской, Кемеровской, Белгородской и Свердловской — свыше 85%.¹³

Практика заключения договоров и создание системы контроля их исполнения позволили сократить издержки при оказании жилищно-коммунальных услуг за 1997–2000 гг. на сумму свыше 400 миллионов рублей.¹⁴

Наиболее приемлемой формой договора управления жилищным фондом является договор возмездного оказания услуг. Жилой дом рассматривается как единый и неделимый объект недвижимости, имеющий множество собственников, в числе которых могут быть как граждане, так и органы местного самоуправления, но управляемый единой управляющей организацией. Так, по поручению органа местного самоуправления управляющая жилищная организация сдает жилые помещения нанимателя по договору социального найма, а нежилые помещения — по договору аренды.

Эффективная работа управляющих жилыми домами достигается за счет предоставления им со стороны администрации муниципального образования определенной самостоятельности в принятии ряда решений по вопросам управления имуществом, переданным в их распоряжение.

Дальнейшее проведение договорно-правовой политики в данном направлении позволит создать организации профессионального управления жилым фондом, что в свою очередь будет способствовать улучшению его состояния, а в перспективе — приведет к уменьшению стоимости жилищно-коммунальных услуг.

Вопросы реализации муниципальной договорно-правовой политики в агропромышленном комплексе решаются посредством договора контрактации. Согласно ст. 54 закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», «органы местного самоуправления и уполномоченные ими муниципальные учреждения могут выступать заказчиками на поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг, связанных с решением вопросов местного значения».¹⁵

Взаимоотношения сторон при заключении договора контрактации регулируются § 5 главы 30 ГК РФ. Однако думается, что применение общих правил к отношениям между сельскохозяйственными предприятиями

¹³ Государственный доклад «Защита прав потребителей в 2000 году» // http://maprf.ru/ru/protect_customer/State_report/.

¹⁴ Там же // http://maprf.ru/ru/protect_customer/State_report/.

¹⁵ См. сноску 1.

и органами местного самоуправления является недостаточным. Необходимость дополнительной регламентации обусловлена следующими специфическими особенностями договора на закупку сельскохозяйственной продукции для муниципальных нужд.

Во-первых, заключению договора контрактации на уровне муниципалитетов предшествует формирование муниципального заказа в порядке, предусмотренном уставом муниципалитета и нормативно-правовыми актами представительного органа местного самоуправления. Так, в г. Саратове действует Положение о муниципальном заказе, принятое решением Саратовской городской Думы.¹⁶

Во-вторых, договор заключается по результатам проведения торгов, а также по результатам размещения заказа иными способами, например, по итогам закрытого, открытого, двухэтапного конкурсов, методом запроса котировок цен и т. д.¹⁷

В-третьих, договор контрактации, подписываемый органами местного самоуправления, является, как правило, многосторонним. Эта особенность связана с тем, что у последних нет возможности самостоятельно перерабатывать и хранить приобретенную сельскохозяйственную продукцию из-за отсутствия специального технологического оборудования, специальных складских помещений, специалистов и множества других причин.

Наконец, расчеты между сторонами производятся в форме взаиморасчетов, т. е. в отличие от коммерческих организаций, способных распоряжаться денежными средствами по собственному усмотрению, органы местного самоуправления ограничены в их использовании пределами, предусмотренными местным бюджетом, и зачастую не в состоянии произвести расчет в безналичном порядке (не говоря уже о внесении наличных денежных средств в кассу производителя сельскохозяйственной продукции) в связи с отсутствием реальных денежных средств, а сельскохозяйственные предприятия по той же самой причине не могут своевременно уплачивать налоги в местный бюджет.

Следует отметить, что необходимость конкретизации федерального законодательства, примененного к муниципальным отношениям,

¹⁶Решение Саратовской городской Думы от 15.07.2003 г. № 36330 «О муниципальном заказе города Саратова» (с изм. от 17.08.2004 г.) // Саратовская панорама — спецвыпуск. 2003 г. 24 июля; Саратовская панорама. 2004. 25–31 августа.

¹⁷Решение Саратовской городской Думы от 17.11.2004 г. № 48461 «О внесении изменений и дополнений в решение Саратовской городской Думы от 15.07.2003 № 36330 „О муниципальном заказе города Саратова“» // Саратовская панорама. 2004. 25–31 августа.

возникает не только в агропромышленной сфере, но и в других областях жизнедеятельности муниципалитета. Это связано с тем, что муниципальные образования имеют строго территориальный, местный колорит, не позволяющий унифицировать развивающиеся в них договорные отношения на всей территории РФ.

Существование муниципальной договорно-правовой политики как особой разновидности договорно-правовой политики государства оправдывается лишь при наличии специфических взаимосвязей субъектов ее реализации с другими субъектами права.

Для дополнительной идентификации договорно-правовой политики муниципального образования целесообразно выделить следующие критерии:

– деятельность органов местного самоуправления должна касаться, прежде всего, интересов населения, проживающего на конкретной территории;

– в результате ее проведения должны решаться вопросы, составляющие необходимый компонент повседневной жизни граждан (жилье, городской транспорт, коммунальное обслуживание и т. д.);

– в качестве инструментов ее осуществления выступают договоры, соглашения и другие согласительные процедуры, в результате которых достигается определенный баланс государственных, региональных, муниципальных и общественных интересов;

– реализация стоящих перед органами местного самоуправления задач требует участия общественных формирований населения;

– способность граждан контролировать исполнение и непосредственным образом оказывать влияние на деятельность органов местного самоуправления.

В заключение хотелось бы отметить, что разработка теоретических вопросов концепции развития муниципальной договорно-правовой политики, обеспечивающих системность и согласованность действий субъектов ее реализации, направленных на выявление реальных потребностей и специфики правового регулирования различных аспектов ее организации, становится необходимым условием ее дальнейшего совершенствования. Ведь никакая практическая деятельность не может быть эффективной, если процесс принятия решений не имеет под собой качественной, профессионально подготовленной, фундаментальной теоретической основы.

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ (DE LEGE LATA)

*Е. Ф. Мосин **

КАТЕГОРИЯ «НАЛОГОВАЯ ВЫГОДА» В НАЛОГОВОЙ ПРАКТИКЕ

За период с 1992 г. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — Пленум ВАС РФ) принял 17 постановлений по вопросам налогообложения. Из них только два — постановление от 28.02.2001 № 5 «О некоторых вопросах применения части первой Налогового кодекса Российской Федерации» и постановление (совместного Пленума ВАС РФ и Верховного Суда РФ) от 11.06.1999 № 41/9 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации» — сопоставимы по тому влиянию, которое, несомненно, окажет на налоговую практику, причем не только судебную, недавнее постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» (далее — Постановление № 53). И это при том, что первые два постановления охватывают широкий спектр различных по содержанию налоговых вопросов, а последнее рассматривает только один вопрос, причем использует для этого понятие налоговой выгоды, которое прежде почти не фигурировало ни в теории, ни в практике налогообложения.

На первый взгляд может показаться, что для утверждения о столь большой значимости Постановления № 53 еще нет сколько-нибудь значимых оснований. Ведь Постановление № 53 лишь недавно стало

* Кандидат технических наук, доцент кафедры правового регулирования экономики Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов, адвокат Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов.

применяться в судебной практике, в то время как по данным ИПС «Кодекс» на постановление Пленума ВАС РФ от 28.02.2001 № 5 ссылаются 7758 постановлений федеральных арбитражных судов (далее — ФАС), из них 1870 постановлений 2006 года; на постановление Пленума ВАС РФ от 11.06.1999 № 41/9 ссылаются 1023 постановления ФАС (согласно пп. 3 п. 4 ст. 170 АПК РФ в мотивировочной части решения арбитражного суда могут содержаться ссылки на постановления Пленума ВАС РФ по вопросам судебной практики). Для сравнения: по данным ИПС «Кодекс» до середины 2006 г. словосочетание «налоговая выгода» фигурировало лишь в 9 постановлениях ФАС.

Однако надо учитывать, что Постановление № 53, будучи в силу п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (последняя редакция от 25.03.2004) обязательным для арбитражных судов, влечет перенос акцента в налоговых спорах с недобросовестности налогоплательщика¹ на необоснованность его налоговой выгоды, а по данным ИПС «Кодекс» федеральные арбитражные суды России в совокупности вынесли 10636 кассационных постановлений, в которых содержится сочетание слова «налогоплательщик» со словом, начинающимся с «недобросовестн», из них 3144 постановления 2006 года (для сравнения: постановлений ФАС, в которых используется слово «недобросовестный» и (или) производные от него, но не в связи с налогоплательщиком, всего лишь 1560 за все время). И это при том, что в Налоговом кодексе понятие добросовестности или недобросовестности не используется.²

Перенос в налоговых спорах акцента с недобросовестности налогоплательщика на необоснованность его налоговой выгоды ведет, с одной стороны, к тому, что налогоплательщику для выигрыша налогового спора в суде достаточно показать несостоятельность доказательств, приводимых налоговым органом в качестве свидетельств необоснованности налоговой выгоды налогоплательщика (тем самым фактически снимается и обвинение в недобросовестности), а с другой стороны, к тому, что и налоговому органу для выигрыша спора достаточно доказать необоснованное

¹ На сегодня лучшей работой о применении категории «недобросовестность» в налоговом праве является исследование С. В. Савсериса (*Савсерис С. В. Категория «добросовестность» в налоговом праве. М., 2007*).

² Обоснование и оспаривание добросовестности в гражданских спорах рассмотрено К. И. Скловским (*Скловский К. И. Работа адвоката по обоснованию и оспариванию добросовестности в гражданских спорах. М., 2004*).

получение налоговой выгоды. Как образно отмечалось в литературе, «если раньше суды определяли, есть ли у налогоплательщика „совесть”, то теперь, видимо, станут определять, есть ли у него „разум”».³ Обвинение налогоплательщика в недобросовестности при этом не востребуется по сути, т. к. признание факта необоснованного получения налоговой выгоды уже само по себе намекает на определенную недобросовестность лица, эту выгоду получившего. Вместе с тем, термин «недобросовестный налогоплательщик», возможно, и не исчезнет в ближайшем будущем из лексикона представителей налоговых органов в суде, поскольку обвинение в недобросовестности, неся несомненный психоэмоциональный заряд, может повлиять в нужном налоговому органу направлении на формирование убеждений суда, оценивающему (п. 1 ст. 71 АПК РФ и п. 1 ст. 67 ГПК РФ) доказательства по своему внутреннему убеждению, хотя и основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств.

Жизнестойкости термина «недобросовестный налогоплательщик» и оправданию его применения налоговыми органами будут способствовать и уже принятые акты Конституционного Суда РФ, в которых этот термин используется: определения от 18.01.2005 № 36-О, от 08.04.2004 № 168-О, от 22.01.2004 № 41-О, от 25.07.2001 № 138-О, а также его же акты, в которых используется термин «добросовестный налогоплательщик»: постановления от 28.10.1999 № 14-П и от 12.10.1998 № 24-П; определения от 27.12.2005 № 503-О, от 16.10.2003 № 329-О, от 14.05.2002 № 108-О, от 10.01.2002 № 4-О, от 25.07.2001 № 138-О, от 04.12.2000 № 243-О, от 01.07.1999 № 97-О; вместе эти термины используются в Определении от 18.01.2005 № 36-О. И хотя, как указал в своем особом мнении по делу о проверке конституционности положений ст. 113 НК РФ (Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 № 9-П) судья Конституционного Суда А. Л. Кононов, Конституционный Суд в Определении от 18.01.2005 № 36-О «категорически отверг универсализацию употребления понятия „недобросовестный налогоплательщик”» (в Определении от 18.01.2005 № 36-О указано на недопустимость осуществленной Арбитражным судом города Москвы универсализации выводов, содержащихся в Определении Конституционного Суда РФ от 25.07.2001 № 138-О), налоговые органы в спорах с налогоплательщиками эту универсализацию практиковали широко, ибо с ней «налоговые органы получили возможность наказания

³ Кунин Л. Сделка под следствием // ЭЖ Юрист. 2006. № 44.

налогоплательщиков за деяния, не нарушающие норм объективного права и, следовательно, не составляющие правонарушений. Само по себе недобросовестное поведение стало трактоваться налоговыми органами как самостоятельное налоговое правонарушение — «неправомерное вредоносное действие».⁴

Поскольку последние два года правоприменительная практика с использованием расплывчатого и неопределенного понятия «недобросовестный налогоплательщик» подвергалась довольно ожесточенной критике со стороны юридической общественности⁵, ВАС РФ сделал прошлой осенью попытку выработать рекомендации, ориентирующие суды в отношении признания тех или иных фактов в качестве свидетельств налоговой недобросовестности налогоплательщика. Попытка оказалась неудачной, и соответствующий документ так и не появился. Одной из главных причин оказались терминологические сложности, связанные с использованием понятия «недобросовестность».⁶

Впрочем, как показывает история, попытки введения (хотя бы и не законодательным путем) в правоприменительную практику норм или «нормоподобных» конструкций, использующих категории морали, не приводят к повышению моральности общества и, более того, могут способствовать распространению аморального поведения (через рост коррупционности правоприменителей и т. д.). Это достаточно известное положение; например, еще Гегель указывал: «Государству не пристало издавать законы о том, что граждане его должны быть моральными, подобные законы были бы смехотворны и противоречивы»⁷. И далее: «В древних законодательствах часто встречаются заповеди морали, однако в качестве положительных законов они были бы лишь законами тирании».⁸

Представляется, что смена критерия (добросовестный/недобросовестный налогоплательщик и обоснованная/необоснованная

⁴ Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика: критический анализ правоприменительной практики. М., 2006. С. 27.

⁵ Самый лучший критический анализ проблемы дан в работе В. А. Белова. См.: Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика...

⁶ Все делалось ради налогоплательщика. Интервью с начальником Управления законодательства ВАС РФ Дедовым Д. И. // Экономика бизнеса. Приложение к еженедельнику «Экономика и жизнь». 2007. № 14. С. 2.

⁷ Гегель Г.-В.-Ф. Позитивность христианской религии // Гегель Г.-В.-Ф. Работы разных лет: В 2-х т. Т. 1. М., 1970. С. 128.

⁸ Приложение (Новые источники по «Философии права») // Гегель Г.-В.-Ф. Философия права. М., 1990. С. 445.

налоговая выгода), которым суд оперирует при разрешении налогового спора, в целом будет способствовать повышению объективности судебных решений и реализации в судебной практике конституционного положения о равенстве всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ). Как справедливо отмечено С. В. Савсерисом, «характерной особенностью критерия „недобросовестность” является неопределенность его правовых последствий» для налогоплательщика.⁹

В связи с этим стоит заметить, что словосочетание «недобросовестный налогоплательщик» использовалось в официальных документах и до вышеуказанных решений Конституционного Суда РФ, например, в приказе Генпрокуратуры РФ от 03.08.1998 № 51 «О мерах по усилению прокурорского надзора за исполнением налогового законодательства» (утратил силу с 11.02.2003), представлении Генпрокуратуры РФ от 26.06.2000 № 37-7/3-2000 «Об устранении нарушений законности в налоговой сфере», приказе Московской восточной таможни от 23.01.1998 № 9 «О Порядке учета участников ВЭД в зоне деятельности Московской восточной таможни», приказе Московской западной таможни от 27.03.1998 № 70 «О порядке регистрации и перерегистрации участников ВЭД в зоне деятельности Московской западной таможни», в постановлениях ФАС Московского округа от 25.10.1999 по делу № КА-А40/3494-99, ФАС Волго-Вятского округа от 24.07.2000 по делу № А-38-15/39-2000, ФАС Северо-Западного округа от 03.10.2000 по делу № А56-3558/98, но использовалось лишь как этическая категория, применение которой, естественно, не влекло правовых последствий.

Очевидно, что основная трудность применения критерия налоговой выгоды обусловлена трудностью оценки степени обоснованности получения этой выгоды, на что косвенно указывает уже само название Постановления № 53. Под налоговой выгодой в нем понимается «уменьшение размера налоговой обязанности вследствие, в частности, уменьшения налоговой базы, получения налогового вычета, налоговой льготы, применения более низкой налоговой ставки, а также получение права на возврат (зачет) или возмещение налога из бюджета». Уязвимость этого определения для критики очевидна, если не учитывать замечание его авторов о том, что «определение носит вспомогательный, а не содержательный характер».¹⁰

⁹ Савсерис С. В. Категория «добросовестность» в налоговом праве. С. 162.

¹⁰ Все делалось ради налогоплательщика. Интервью с начальником Управления законодательства ВАС РФ Дедовым Д. И. С. 2.

Это определение в Постановлении № 53 дано с оговоркой: «для целей настоящего постановления», но, как верно замечено Л. Бурмистровой, «пусть нас не останавливает формулировка „для целей настоящего постановления“, сфера его применения — вся наша экономическая жизнь».¹¹

В Постановлении № 53 указано также, что «судебная практика разрешения налоговых споров исходит из презумпции добросовестности налогоплательщиков и иных участников правоотношений в сфере экономики», в связи с чем предполагается, что действия налогоплательщика, имеющие своим результатом (результатом, а не целью!) получение налоговой выгоды, экономически оправданы, а сведения, содержащиеся в его налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, достоверны. Заметим, что еще ранее Конституционный Суд РФ в своих определениях от 18.01.2005 № 36-О, от 04.12.2003 № 442-О, от 04.12.2003 № 441-О, от 16.10.2003 № 329-О, от 25.07.2001 № 138-О указывал, что в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщиков. Однако указывая это, Конституционный Суд указал (в первом же по времени из этих определений) и правовую норму, на которой он основал свой вывод, — п. 7 ст. 3 НК РФ, согласно которому все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах надлежит толковать в пользу налогоплательщика. Из этого ясно, что речь здесь идет о презумпции добросовестности налогоплательщика исключительно в сфере публично-правовых — налоговых отношений.

В отличие от этого указание в Постановлении № 53 на презумпцию добросовестности налогоплательщиков и иных участников правоотношений в сфере экономики несколько двусмысленно, ибо допускает толкование как в том смысле, что речь идет о презумпции добросовестности в сфере налоговых правоотношений налогоплательщиков и иных субъектов экономических правоотношений, так и в том смысле, что речь идет о презумпции добросовестности субъектов правоотношений (в том числе налогоплательщиков) в сфере экономики вообще, когда возникновение у этих субъектов налоговых обязанностей является лишь побочным эффектом их экономических правоотношений (применительно ко второму варианту толкования уместно здесь назвать в качестве примера п. 1 ст. 40 НК РФ, согласно которому, если иное не предусмотрено ст. 40 НК РФ, то для целей налогообложения принимается цена товаров, работ или услуг, указанная

¹¹ Бурмистрова Л. ВАС сделал вклад в экономическую науку // Экономика и жизнь. 2007. № 14. С. 3.

сторонами сделки, и пока не доказано обратное, предполагается, что эта цена соответствует уровню рыночных цен).

Думается все же, что правильным является первый вариант толкования, т. к. о презумпции добросовестности в Постановлении № 53 говорится в свете того, что из нее исходит судебная практика разрешения налоговых споров, а в ее рамках не возникает вопрос о применении п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 10, п. 3 ст. 53, абз. 2 п. 1 ст. 220, абз. 2 п. 2 ст. 223, абз. 1 п. 1 ст. 234, ст. 302, 303, п. 3 ст. 602, ч. 2 ст. 662 ГК РФ.¹² Для презюмирования налоговой добросовестности участников гражданского оборота, хотя бы по причине содержащегося в п. 3 ст. 2 ГК РФ запрета на применение гражданского законодательства к налоговым отношениям, если иное не предусмотрено законодательством. В связи с этим уместно отметить, что в сфере гражданского права «добрая совесть защищается не потому, что право имеется, а потому, что права нет».¹³

Очевидно, что налогоплательщику было бы желательно получить простой и ясный критерий различения обоснованной и необоснованной налоговых выгод, в противном случае злоупотребления чиновников в принципе не исключаемы. Но также очевидно, что сформулировать такой критерий на все случаи налоговой жизни невозможно; возможно лишь указать ориентиры, руководствуясь которыми следует отличать обоснованную налоговую выгоду от необоснованной. Именно это и сделано в Постановлении № 53, где названы лишь отдельные случаи, когда налоговая выгода может быть признана необоснованной или не может быть признана обоснованной. В связи с этим укажем на ошибочность существующих в литературе утверждений о том, что «все перечисленные в Постановлении № 53 случаи „необоснованной налоговой выгоды” на самом деле являются признаками преступления, не входящего в сферу компетенции арбитражного суда»¹⁴, ибо утверждающий это не отличает налоговые правонарушения (определение которым дано в ст. 106 НК РФ, а виды предусмотрены в главе 16 НК РФ) от налоговых преступлений, предусмотренных статьями 198-199.2 УК РФ.

Разработчикам Постановления № 53 не удалось обойтись без использования в нем (а следовательно, и без введения в налоговую

¹² Выборка: Белов В. А. К вопросу о недобросовестности налогоплательщика... С. 2.

¹³ Эта замечательно меткая формулировка принадлежит К. И. Скловскому. См.: Скловский К. И. Работа адвоката... С. 10.

¹⁴ Бурмистрова Л. ВАС сделал вклад в экономическую науку... С. 3.

практику) содержательно неопределенных и многозначных, а потому неизбежно спорных понятий, например: «действительный экономический смысл» хозяйственной операции, «подлинное экономическое содержание» хозяйственной операции, «реальная предпринимательская или иная экономическая деятельность», «экономический эффект».

Анализ Постановления № 53 показывает, что, хотя в нем об этом прямо и не говорится, однако названные понятия используются для введения в налоговую практику России доктрины деловой цели, часто применяемой в судебной практике по налоговым спорам развитых стран. Особенно широко она применяется в США, где «операции, которые мотивированы исключительно налоговыми соображениями, должны игнорироваться. Требование существования предпринимательской цели является установившимся принципом налогового права. Он закреплен в нескольких нормах нормативных актов министерства финансов».¹⁵

В российской судебной практике по налоговым спорам прежних лет доктрина деловой цели применялась редко, — по крайней мере, до упоминания о деловой цели в заявлении Секретариата Конституционного Суда РФ от 11.10.2004 «Об Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2004 года № 169-О» и в посвященном этому заявлению письме ВАС РФ от 11.11.2004 № С5-7/уз-1355 (до этого можно назвать лишь отдельные редкие случаи применения доктрины, например, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 10.09.2003 по делу № Ф08-3404/03-1289А, А32-4884/2003-55/154). После указанных заявления Секретариата Конституционного Суда РФ и письма ВАС РФ постановления ФАС по налоговым спорам, которые можно счесть использующими эту доктрину, исчисляются несколькими сотнями, однако ни о каком сопоставлении с количеством постановлений, оперирующих категорией «недобросовестность» применительно к налогоплательщику, не может быть и речи.

С принятием Постановления № 53 картина кардинально изменяется. Анализ судебной практики последних месяцев показывает, что применение судами доктрины деловой цели при разрешении налогового спора постепенно становится обыденным явлением.

Главный недостаток критерия, основанного на использовании категории недобросовестности при разрешении налоговых споров, очевиден

¹⁵ Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. 3-й выпуск. М., 2006. С. 988.

и заключается в его субъективно-оценочном характере, избавиться от которого в нем невозможно. Этот недостаток присущ и критерию, основанному на применении доктрины деловой цели, хотя в нем он проявляется гораздо слабее. Авторам Постановления № 53 удалось избежать этого недостатка в определении налоговой выгоды (в этом определении использованы только понятия и термины НК РФ), но при построении критерия, использующего понятие деловой цели, это невозможно, ибо оценка лежит в самой основе применения этого понятия. Такой же недостаток присущ и другому критерию, вводимому Постановлением № 53 в судебную практику, — критерию должной осмотрительности и осторожности.

В заключение заметим, что одна из лучших оценок Постановлению № 53 дана С. Г. Пепеляевым, заметившим: «Значение этого документа в том, что впервые более или менее четко обозначен вектор развития судебно-арбитражной практики, а за ней и законодательства, нацеленный на использование подходов и методов, применяемых в экономически развитых странах».¹⁶

Российская же специфика этого вектора в связи с Постановлением № 53 правильно описана Е. А. Арора: «... суд (ВАС РФ — Е. М.) продолжает тенденцию, уже наметившуюся в российской правоприменительной практике, когда органы судебной, а не законодательной власти, как это должно быть в соответствии с конституционно закрепленным принципом разделения властей, вводят новые нормы права, на основании которых будет производиться рассмотрение судами налоговых споров. Поэтому складывается ситуация, когда все основания для получения налогоплательщиком налоговой выгоды предусмотрены на законодательном уровне. А основания для отказа в ее предоставлении при отсутствии нарушения налогоплательщиком норм, содержащихся в законе, содержатся в акте органа власти судебной».¹⁷

В качестве примера иного подхода к введению норм, о которых здесь идет речь, можно указать применение доктрины деловой цели в директивах Европейского союза по вопросам налогообложения.¹⁸

¹⁶ Пепеляев С. Г. Преодолевая кризис законности // Налоговед. 2006. № 11 (Электронная публикация в СПС «Гарант»).

¹⁷ Арора Е. А. Необоснованная налоговая выгода. М., 2007. С. 207.

¹⁸ Захаров А. С. Налоговое право Европейского Союза: действующие директивы ЕС в сфере прямого налогообложения. М., 2006.

*Е. А. Смирнова**, *Р. Г. Степанов***

ЧЕТВЕРТАЯ ЧАСТЬ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ: ОХРАНА ПРОГРАММ ДЛЯ ЭВМ И БАЗ ДАННЫХ

Работа над четвертой частью Гражданского кодекса РФ, посвященной вопросам интеллектуальной собственности, началась в середине 1990-х гг., как видим, растянулась более чем на десять лет, четвертая часть Гражданского кодекса РФ была принята Государственной Думой 24 ноября 2006 года, одобрена Советом Федерации 8 декабря 2006 года и вступит в силу с 1 января 2008 года.

В пояснительной записке к законопроекту указано, что «с начала 1990-х гг. российское законодательство об интеллектуальной собственности оказалось рассредоточено по нескольким не связанным и не скоординированным между собой законам». Решить эту проблему предполагается, включив положения законов «Об авторском праве и смежных правах», «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», «О правовой охране программ для ЭВМ и баз данных», «О правовой охране топологий интегральных микросхем», Патентного закона и некоторых других актов в IV часть ГК РФ, тем самым отменив вышеперечисленные законы.

Данный законопроект является попыткой кодификации норм российского права об интеллектуальной собственности, разбросанных в настоящее время по различным законам, и призванной прийти на смену действующим в сфере интеллектуальной собственности законам. Нельзя не отметить, что принятие единого кодифицированного акта означает отход от традиционной в российском законодательстве двухуровневой системы регулирования гражданских правоотношений — при помощи ГК и специальных законов.

Кодификация всех норм об интеллектуальной собственности в составе ГК РФ поставит Россию в особое положение, поскольку во всем мире соответствующие законы представлены специальными актами и отдельными

* Соискатель Санкт-Петербургского юридического института Генеральной прокуратуры РФ.

**Начальник юридического факультета Санкт-Петербургского им. В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии.

международными соглашениями. Есть несколько стран (например, Франция и Португалия), в которых нормы об интеллектуальной собственности сведены в один документ, именуемый Кодексом интеллектуальной собственности. Он носит комплексный характер и регулирует не только гражданско-правовые отношения.

Четвертая часть ГК РФ вводит полный перечень объектов интеллектуальной собственности, впервые причисляя к ним коммерческие обозначения и ноу-хау, и предусматривает дополнительные гарантии защиты прав авторов. Так, законопроект описывает понятие исключительного права автора на результат интеллектуальной деятельности, имеются и другие нововведения, в частности государственная аккредитация коллективных управляющих правами и охрана исключительных прав изготовителей баз данных.

Здесь впервые предусматривается возможность правообладателя распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права).

Нововведением является и то, что согласно п. 1 ст. 1237 части четвертой ГК РФ лицензиат обязан представлять лицензиару отчеты об использовании результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, если лицензионным договором не предусмотрено иное. По действующему законодательству такие отчеты должны предоставляться только организацией, управляющей имущественными правами на коллективной основе, обладателям авторских и смежных прав одновременно с выплатой вознаграждения (п.1 ст. 47 ФЗ «Об авторских и смежных правах»). Эта обязанность за организациями по управлению правами на коллективной основе предусмотрена и в четвертой части ГК РФ (п. 3 ст. 1243).

Однако нововведения четвертой части ГК РФ сети Интернет так и не затронули.

Вместе с тем в настоящее время появилось большое количество объектов авторского права, распространяющихся в сети Интернет бесплатно. Нарушение авторских прав в Интернете носит характер эпидемии и напрямую угрожает электронной коммерции. К сожалению, Интернет стал удобным форумом для различных злоупотреблений и мошенничества, включая и торговлю контрафактными копиями программ для ЭВМ, видеодисками, компакт-дисками, содержащими видеоматериалы порнографического характера. По данным BSA (Business Software Alliance),

свыше 2 миллионов веб-узлов продают или распространяют пиратское программное обеспечение.¹

В России распространение программного обеспечения по компьютерным сетям не имеет достаточного регулирования в рамках действующего законодательства об охране авторских прав, не говоря о том, чтобы поднимать эту проблему на международный уровень. В Российской Федерации не имеется специальных законов, регулирующих деятельность именно сети Интернет во всех ее проявлениях (коммерческих онлайн-компаний, приложения WWW и т. д.). Однако ситуация меняется в связи с развитием экономического отношения к всемирной сети, технологиям и представляемому содержанию сети Интернет и поэтому, возможно, в ближайшее время отсутствие детального правового регулирования Интернет будет иметь непредсказуемые последствия.

Статья 1225 четвертой части ГК РФ определяет перечень видов интеллектуальной деятельности, подлежащих правовой охране: произведения науки, литературы и искусства, программы для ЭВМ, базы данных, исполнения, фонограммы, сообщение в эфир или по кабелю радио или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания), изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, секреты производства (ноу-хау), фирменные наименования, товарные знаки и знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, коммерческие обозначения.

Вопреки конвенционным принципам, перечень объектов интеллектуальной собственности в четвертой части ГК РФ является закрытым. К объектам интеллектуальной собственности впервые причисляются базы данных, коммерческие обозначения и ноу-хау.

В соответствии с п. 1 ст. 1259 IV части ГК РФ к объектам авторских прав относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения.

Автору программы для ЭВМ принадлежат следующие права (п.2 ст. 1255 IV части ГК РФ):

- 1) исключительное право на производство;
- 2) право авторства;
- 3) право автора на имя;

¹ Боровков А. В. О борьбе с пиратством в Санкт-Петербурге // Сборник материалов семинара по интеллектуальной собственности, проведенного в Москве — 28 февраля 2001 г. для прокуроров РФ / Под общ. ред. А. В. Тимофеева. М., 2001. С. 91.

- 4) право на неприкосновенность произведения;
- 5) право на обнародование произведения;
- 6) право на вознаграждение.

В соответствии с п. 4 ст. 1296 и п. 3 ст. 1297 IV части ГК РФ автор созданной по заказу программы для ЭВМ или базы данных и автор программы для ЭВМ или базы данных, созданной при выполнении договора подряда или договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, которые прямо не предусматривали ее создание, и которому не принадлежит исключительное право на такую программу или такую базу данных, имеет право на вознаграждение.

Автору программы для ЭВМ или иному правообладателю принадлежит исключительное право использовать произведение в любой форме и любым не противоречащим закону способом (исключительное право на произведение), в том числе такими способами, как:

1) воспроизведение программы для ЭВМ, то есть изготовление одного и более экземпляра произведения или его части в любой материальной форме. Запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением, кроме случая, когда такая запись является временной и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи или правомерное доведение произведения до всеобщего сведения;

2) распространение программы для ЭВМ путем продажи или иного отчуждения его оригинала или экземпляров;

3) импорт оригинала или экземпляров программы для ЭВМ в целях распространения;

4) прокат оригинала или экземпляра произведения, данные правила не применяются в отношении программы для ЭВМ, за исключением случая, когда такая программа является основным объектом проката.

5) перевод или другая переработка произведения. Под переработкой (модификацией) программы для ЭВМ или базы данных понимаются любые их изменения, в том числе перевод такой программы или такой базы данных с одного языка на другой язык, за исключением адаптации, то есть внесения изменений, осуществляемых исключительно в целях функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах пользователя или под управлением конкретных программ пользователя;

б) доведение произведения до всеобщего сведения таким образом, что любое лицо может получить доступ к произведению из любого места и в любое время по собственному выбору (доведение до всеобщего сведения).

Согласно п. 1 ст. 1303 IV части ГК РФ интеллектуальные права на результаты исполнительской деятельности, на фонограммы, на сообщение в эфир или по кабелю радио и телепередач, на содержание баз данных, а также на произведения науки, литературы и искусства, впервые обнародованные после их перехода в общественное достояние, являются смежными с авторскими правами (смежными правами).

Так, абзац 4 п.1 ст. 1304 IV части ГК РФ к объектам смежных прав относит базы данных в части их охраны от несанкционированного извлечения и повторного использования составляющих их содержание материалов.

Изготовителем базы данных признается лицо, организовавшее создание базы данных и работу по сбору, обработке и расположению составляющих ее материалов (п. 1 ст. 1333 IV части ГК РФ).

Исключительное право изготовителя базы данных возникает в момент завершения ее создания и действует в течение пятнадцати лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее создания. Исключительное право изготовителя базы данных, обнародованной в указанный период, действует в течение пятнадцати лет, считая с 1 января года, следующего за годом ее обнародования (п.1 ст. 1335 IV части ГК РФ).

Изготовителю базы данных принадлежат следующие права (п. 2 ст. 1333 IV части ГК РФ):

- 1) исключительное право изготовителя базы данных;
- 2) право на указание на экземплярах базы данных и (или) их упаковках своего имени или наименования.

Так, согласно п. 1 ст. 1334 IV части ГК РФ изготовителю базы данных, создание которой (включая обработку или представление соответствующих материалов) требует существенных финансовых, материальных, организационных или иных затрат, принадлежит исключительное право извлекать из базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в любой форме и любым способом (исключительное право изготовителя базы данных).

Лицо, правомерно пользующееся базой данных, вправе без разрешения правообладателя извлекать из такой базы данных материалы и осуществлять их последующее использование в личных, научных, образовательных и иных некоммерческих целях в объеме, оправданном указанными целями, и в той

мере, в которой такие действия не нарушают авторские права изготовителя базы данных и других лиц.

В четвертой части ГК РФ отсутствуют важные правовые нормы, такие как положения о моменте возникновения авторских прав, в то время как ст. 9 ФЗ РФ «Об авторском праве и смежных правах» предусматривалось, что авторское право на произведение появляется в силу факта его создания. Авторское право возникает с того момента, когда автор придал ему объективную форму (ст. 6 ФЗ РФ «Об авторском праве и смежных правах»), не ожидая обнаружения.

В соответствии со ст. 1228 части четвертой ГК РФ автором результата интеллектуальной деятельности признается гражданин, творческим трудом которого создан такой результат.

Вместе с тем, ст. 1230 четвертой части ГК РФ содержит положение о том, что исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности действуют в течение определенного срока. При всем том, далее в статье указано на то, что порядок исчисления этого срока устанавливается Кодексом, но ни в действующем ГК РФ, ни в четвертой части ГК РФ нет информации о моменте возникновения авторского права. С учетом положений ст. 1228, 1230, 1281 («исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора») четвертой части ГК РФ не понятно, с какого времени начинается срок охраны авторского права.

В четвертой части ГК РФ предлагается заменить термин «авторский договор» понятием «лицензионный договор». Согласно четвертой части ГК РФ, если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет. В то время как в ст. 31 ФЗ РФ «Об авторском праве и смежных правах» при отсутствии в авторском договоре условия о сроке, предусматривалось право правообладателя расторгнуть договор после истечения пяти лет с даты его заключения, таким образом, учитывалось волеизъявление правообладателя.

Применительно к программам для ЭВМ и базам данных заключение лицензионных договоров о предоставлении права использования программы для ЭВМ или базы данных допускается путем заключения каждым пользователем с соответствующим правообладателем договора присоединения, условия которого изложены на приобретаемом экземпляре таких программ или баз данных, либо на упаковке этого экземпляра. Начало использования таких программы или базы данных пользователем, как оно определяется этими условиями, означает его согласие на заключение

договора (п. 3 ст. 1286 четвертой части ГК РФ).

В связи с вступлением в силу с 1 января 2008 года четвертой части ГК РФ методика расследования преступных нарушений авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных не изменится.

20 сентября 2006 года Государственная Дума приняла в первом чтении законопроект «О внесении изменений в статьи 146 и 180 Уголовного кодекса РФ», который ужесточает уголовную ответственность за нарушение авторских и смежных прав и прав владельцев товарных знаков. Срок лишения свободы за совершение этих преступлений будет увеличен с 5 до 6 лет, при этом штрафы за использование чужих товарных знаков вырастут с 300 000 руб. до 500 000 руб. Увеличение срока наказания автоматически переводит преступление из категории средней тяжести в тяжкие. Авторы законопроекта уточняют: поправки касаются только преступлений в особо крупном размере — на сумму более 250 000 руб.

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

*Н. С. Шерстнева**

НОРМАТИВНОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРИНЦИПОВ СЕМЕЙНОГО ПРАВА ПРИ УСЫНОВЛЕНИИ ДЕТЕЙ ИНОСТРАННЫМИ ГРАЖДАНАМИ

С принятием СК РФ и введением в действие нового ГК РФ все основные институты семейного права приведены в соответствие с Конституцией РФ, Гражданским кодексом РФ, международно-правовыми актами в области защиты прав и интересов несовершеннолетних, ратифицированными Российской Федерацией.

Семейный кодекс РФ содержит отдельный раздел VII, в котором определены правила применения семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранного элемента. Главное отличие этих норм от ранее действовавших в законодательстве о браке и семье РСФСР заключается в том, что они допускают применение норм иностранного права. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 165 Кодекса о браке и семье РСФСР 1969г. усыновление производилось по правилам советского законодательства при условии получения в каждом отдельном случае разрешения на это усыновление от Министерства просвещения РСФСР.

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ наша страна признает приоритет общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров перед нормами национального права. Нормы Конвенций и международных договоров составляют часть российского гражданского процессуального права, семейного права. В теории международного частного права нормы международных соглашений рассматриваются как

* Кандидат юридических наук, ректор Тверского института экологии и права.

автономная часть национального права. В ст. 6 СК РФ определены условия применения правил международных договоров Российской Федерации. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены семейным законодательством, применяются правила международного договора. Данное правило действует и в гражданском процессуальном праве, т. е. в первую очередь применяются процессуальные нормы международного договора.

Нормы международного права, о которых идет речь, как правило, носят материально-правовой характер. В то же время в международных пактах, конвенциях и иных международно-правовых документах порой содержатся весьма важные нормы процессуального характера.¹

Очевидно, что нормы международных правовых актов, касающиеся вопросов межгосударственного усыновления, имеют большое значение в правоприменительной практике. Они содержат основополагающие принципы регулирования данного вопроса, позволяют государствам разрешать возникающие коллизии.

15 сентября 1990 г. для СССР вступила в силу Конвенция ООН о правах ребенка, где в ст. 21 установлено, что государства-участники обеспечивают выдачу разрешения на усыновление ребенка только компетентными властями, которые определяют в соответствии с применимыми законами и процедурами и на основе всей относящейся к делу достоверной информации, что усыновление допустимо ввиду статуса ребенка.² Конвенция о правах ребенка принята и открыта для присоединения резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г.

К числу международных правовых актов по вопросам охраны детства можно отнести Женевскую декларацию прав ребенка 1924 г., Декларацию прав ребенка, провозглашенную резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 г., Гаагскую Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления от 29 мая 1993 г. Российская Федерация подписала Конвенцию 8 сентября 2000 г. В настоящее время идет процесс ее ратификации.³

Итак, специфика регулирования отношений с иностранным элементом в сфере установления усыновления и его отмены совершенно очевидна.

¹ См.: Комментарий к ГПК РСФСР / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2000. С. 30.

² См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

³ См.: *Шерстнева Н. С., Терещенко Е. Э.* Правовое урегулирование усыновления как одной из форм устройства детей в семью на воспитание: Учеб. пос. Тверь, 2003. С. 30.

В ст. 165 СК РФ решены коллизийные вопросы усыновления, включая и отмену усыновления. В последнее время усыновление иностранными гражданами или лицами без гражданства детей, являющихся гражданами РФ, стало довольно распространенным явлением. Так, если в 1994–1995 гг. зарегистрировано 3 693 подобных факта, что составило около 2,5% от общего количества случаев передачи детей на усыновление и под опеку или попечительство (148 390),⁴ то в 1997–1999 гг. в семьи иностранных граждан передано на усыновление уже 17 605 российских детей, или более 6% от общего количества случаев передачи детей на усыновление и под опеку или попечительство (287 694) в целом по Российской Федерации.⁵ В 2000 г. каждый четвертый усыновленный российский ребенок усыновлен иностранными гражданами — 6,29 тыс. из 24,16 тыс.⁶ Вместе с тем в некоторых субъектах РФ удельный вес усыновления детей иностранными гражданами от общего количества усыновленных значительно выше среднестатистического общероссийского показателя.

В соответствии со ст. 165 СК РФ усыновление (его отмена) на территории РФ детей, являющихся гражданами РФ, иностранными гражданами или лицами без гражданства производится на основе законодательства государства, гражданином которого является усыновитель на момент подачи заявления об установлении усыновления (при усыновлении ребенка лицом без гражданства — в соответствии с законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства). Правила ч. 2 ст. 165 СК РФ направлены на защиту прав усыновляемых детей и носят ограничительный характер. В частности, независимо от подлежащего применению законодательства при нарушении прав ребенка, установленных российским законодательством и международными договорами Российской Федерации, усыновление не может быть произведено, а состоявшееся подлежит отмене. Сведения о конкретном ребенке, в отношении которого возникли установленные СК РФ основания для его усыновления, а также направление на посещение ребенка по месту его жительства (нахождения) могут быть предоставлены кандидатам в усыновители Министерством образования и науки РФ или соответствующим органом исполнительной

⁴ См.: Уровень жизни населения России: Статистический сборник. М., 1996. С. 145; Российский статистический ежегодник. М., 1996. С. 156.

⁵ См.: Положение детей-сирот // Вестник образования. 1999. № 8. С. 4–5; Аналитический материал по выявлению и устройству детей, оставшихся без родительского попечения // Вестник образования. 2000. № 16. С. 4–5.

⁶ См.: Аналитический материал по выявлению и устройству детей... С. 4.

власти субъекта РФ.

Практика показывает, что нередко закрепленные правила усыновления российских детей иностранцами нарушаются. В частности, установлено, что не выполнялись требования Министерства образования РФ, изложенные в письме от 14.06.01 №736/285 «Об организации выезда несовершеннолетних граждан Российской Федерации на отдых, обучение или лечение», иностранные организации не представляли в соответствующий орган исполнительной власти субъекта РФ заявление иностранных граждан на имя директора учреждения для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, с просьбой о временном помещении несовершеннолетнего гражданина РФ в их семью; заключение компетентного органа государства по месту проживания иностранных граждан об условиях их жизни для возможного временного помещения несовершеннолетнего гражданина РФ в эту семью; обязательство принимающей семьи о своевременном возвращении ребенка в Российскую Федерацию; медицинскую и социальную страховку на ребенка.

В результате выявлен целый комплекс взаимосвязанных, систематических и грубых нарушений действующего законодательства, регламентирующего порядок передачи детей на усыновление иностранным гражданам. Не соблюдаются правила о приоритете российских граждан при усыновлении детей.

Применение норм иностранного права возможно только при соблюдении требований ст. 124–133 СК РФ с учетом положений международного договора Российской Федерации о межгосударственном сотрудничестве в области усыновления детей, а именно: ст. 124–126, 127 СК (за исключением абзаца восьмого п. 1 — то есть нормы о запрете усыновлять детей лицам, которые на момент установления усыновления не имеют дохода, обеспечивающего усыновляемому ребенку прожиточный минимум, установленный в субъекте РФ, на территории которого проживают усыновители (усыновитель)), ст. 128 и 129 СК, ст. 130 СК (за исключением абзаца пятого, то есть нормы об отсутствии необходимости получения согласия родителей ребенка на его усыновление, если по причинам, признанным судом неуважительными, родители более шести месяцев не проживают совместно с ребенком и уклоняются от его воспитания и содержания), ст. 131–133 СК РФ.

Таким образом, дети, в отношении которых допускается усыновление, порядок учета таких детей и лиц, желающих быть усыновителями,

условия усыновления, порядок усыновления определяются по российскому законодательству. Кроме того, усыновление российских детей иностранными гражданами или лицами без гражданства, не являющимися родственниками детей, допускается только: а) по истечении трех месяцев со дня поступления сведений о детях, нуждающихся в устройстве в семью, в государственный банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей; б) если не представилось возможным передать этих детей на воспитание в семьи граждан РФ, постоянно проживающих на территории РФ, или на усыновление родственникам детей, независимо от места их жительства и гражданства (ст. 124 СК РФ и комментариев к ней). Поэтому, как отмечалось выше, если требования, обеспечивающие интересы ребенка, соответствующего иностранного государства или указанное требование российского законодательства не соблюдены, то усыновление не допускается.

В случае если один супруг является гражданином иностранного государства, а другой — гражданином Российской Федерации, и оба постоянно проживают на территории РФ, при усыновлении российского ребенка применяются правила, установленные для граждан РФ, если иное не предусмотрено международным договором. При усыновлении на территории России детей, являющихся гражданами иностранных государств, исходя из общего правила применяется российское законодательство, но необходимо получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является усыновляемый.

Следует отметить, что ст. 29 Закона РФ от 28 ноября 1991 г. «О гражданстве РФ»⁷ (утратил силу в настоящее время) устанавливала, что если усыновители или один из усыновителей имеют иное гражданство, то по их ходатайству гражданство РФ усыновленного ребенка прекращается при условии, что ему будет предоставлено иное гражданство.

Аналогичные правила содержит Федеральный закон РФ от 31 мая 2002 г. № 62 «О гражданстве Российской Федерации», который вступил в силу с 1 июля 2002 г.⁸ Так, согласно ст. 26 Закона 2002 г. ребенок — гражданин РФ при усыновлении его иностранным(и) гражданином(ами) сохраняет гражданство Российской Федерации. Но гражданство усыновленного ребенка может быть прекращено в общем порядке по заявлению обоих

⁷ См.: Ведомости СНГ и ВС РСФСР. 1992. № 6. Ст. 243; 1993. № 29. Ст. 1112.; СЗ РФ. 1995. № 7. Ст. 496.

⁸ См.: СЗ РФ. 2002. № 22. Ст. 2031.

усыновителей или единственного усыновителя при условии, что ребенок не станет лицом без гражданства. Данный закон также устанавливает упрощенный порядок приобретения гражданства Российской Федерации, если ребенок усыновляется супругами, один из которых является гражданином Российской Федерации, а другой имеет иное гражданство. В этом случае предусматривается необходимость подачи совместного заявления обоим усыновителям независимо от места жительства ребенка. Однако представляет определенный интерес императивная норма ч. 4 ст. 26 Закона о гражданстве 2002 г. об автоматическом приобретении гражданства РФ усыновленным ребенком со дня усыновления при наличии совокупности трех юридических фактов: 1) если один из усыновителей является гражданином РФ; 2) при отсутствии в течение одного года со дня усыновления заявления обоим усыновителям, а также 3) если он и его усыновители проживают на территории РФ.

Ребенок, усыновленный гражданином РФ или супругами — гражданами РФ, приобретает гражданство РФ со дня его усыновления независимо от места жительства ребенка по заявлению усыновителя — гражданина РФ.

Согласно п. 3 ст. 165 СК РФ защита прав и законных интересов детей, являющихся гражданами РФ и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства, за пределами территории РФ, если иное не предусмотрено международным договором РФ, осуществляется в пределах, допускаемых нормами международного права, консульским учреждением РФ, в котором указанные дети состоят на учете. Правила постановки на учет консульскими учреждениями РФ детей, являющихся гражданами РФ и усыновленными иностранными гражданами или лицами без гражданства, утверждены постановлением Правительства РФ от 29 марта 2000 г. № 275.⁹ Указанные Правила распространяются также на граждан РФ, постоянно проживающих за пределами территории РФ и усыновивших детей, являющихся гражданами РФ.

Постановлением Правительства РФ от 28 марта 2000 г. № 267¹⁰ образована Межведомственная комиссия по вопросам усыновления иностранными гражданами детей, являющихся гражданами Российской

⁹ См.: СЗ РФ. 2000. № 15. Ст. 1590.

¹⁰ См.: Постановление Правительства РФ от 28 марта 2000 г. № 268 «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроля за ее осуществлением» // СЗ РФ. 2000. № 14. Ст. 1501.

Федерации, которая является координационным органом, созданным для обеспечения согласованных действий федеральных органов исполнительной власти по реализации государственной политики в области усыновления иностранными гражданами, лицами без гражданства и гражданами РФ, постоянно проживающими за пределами территории РФ, детей, являющихся гражданами РФ, и эффективной защиты их прав и законных интересов. Важно, что решения, принимаемые Комиссией в пределах ее компетенции, являются обязательными для всех органов исполнительной власти и организаций, действующих в сфере ведения этих органов.¹¹

В настоящее время российский законодатель стремится сократить число различий между национальными нормами и Правилами Конвенций. Как отмечалось выше, в период с 1996 по 2002 г. Правительство РФ приняло ряд новых постановлений, регламентирующих правила передачи детей на усыновление и осуществление контроля за их дальнейшей жизнью как на территории России, так и за ее пределами.

Представлять интересы кандидатов в усыновители из числа граждан РФ, постоянно проживающих за пределами территории РФ, иностранных граждан или лиц без гражданства в целях подбора и передачи детей на усыновление, а также осуществлять иную некоммерческую деятельность по защите их прав на территории РФ может специально уполномоченный иностранным государством орган или организация по усыновлению детей через свои представительства, открываемые в установленном порядке в РФ. Практика свидетельствует, что не осуществляется надлежащий контроль за деятельностью вышеназванных организаций, имеются нарушения в действиях агентств и представительств иностранных организаций по усыновлению российских детей.

Нарушения сводятся к следующему: несвоевременно представляется информация о постановке детей на консульский учет; имеется задолженность по отчетам о детях; нет сведений об усыновленных детях; на консульский учет ставится меньшее число детей по сравнению с фактически усыновленными (например, в Магаданской области усыновлено 13 детей, а сведения о постановке на консульский учет даны по 9 детям).

В Архангельской области усыновлено 28 детей в 2004 году, а сведения

¹¹ См.: Положение о Межведомственной комиссии по вопросам усыновления (удочерения) иностранными гражданами детей, являющихся гражданами Российской Федерации // Утверждено Постановлением Правительства РФ от 28 марта 2000 г. № 367// СЗ РФ. 2000. № 14. Ст. 1500.

даны только по 8 детям; в Смоленской области усыновлено в 2004 г. 19 детей, из них поставлено на консульский учет — 2.

В соответствии с приказом Министерства образования Российской Федерации от 27.07.2001 №2826 для продления срока аккредитации на территории Российской Федерации представительство подает в Министерство образования РФ заявление с приложением необходимых документов, в том числе должна быть представлена копия лицензии (или другого документа), выданная компетентным органом государства местонахождения иностранной организации, подтверждающим полномочия иностранной организации по осуществлению деятельности по усыновлению (удочерению) детей, а также документ о наделении главы представительства иностранной организации необходимыми полномочиями. Указанные документы должны быть легализованы и их перевод заверен в установленном порядке. Кроме того, в соответствии с п. 3 постановления Правительства РФ от 28.03.2000 № 268 копия лицензии действительна в течение 6 месяцев со дня выдачи. По выполнению этого приказа выявлены следующие нарушения: в лицензии нет срока ее действия; на момент переаккредитации отсутствует лицензия; истек срок лицензии на право деятельности в области усыновления; не указано, что действие лицензии распространяется на территорию России; копия лицензии нотариально не удостоверена; доверенность главы представительства нотариально не заверена; отсутствие доверенности на главу представительства; истекли сроки полномочия главы представительства; указание в доверенности на свершение действий, не соответствующих требованиям Российского законодательства; отсутствие в доверенности указаний на полномочия главы представительства.

Прокуратурой установлено, что Министерство образования РФ не должным образом осуществляет контроль за выполнением условий аккредитации представительствами иностранных организаций по усыновлению детей, возложенный на него постановлением Правительства РФ от 28.03.2000 № 268 (в редакции от 10.03.2005).

В соответствии с п. 18 вышеназванного Положения соответствующий орган исполнительной власти субъекта Федерации ежегодно направляет в Министерство образования Российской Федерации информацию о работе представительств иностранных организаций, находящихся на его территории и осуществляющих деятельность по усыновлению детей. Однако указанная информация не анализируется и не используется в работе по осуществлению контроля за работой представительств.

В соответствии с п. «а» ст. 21 Конвенции о правах ребенка усыновление ребенка с передачей его в другую страну не должно приводить к получению неоправданных финансовых выгод занимающимися этим лицами, что на практике зачастую игнорируется. Имеют место различные нарушения рассмотренного порядка усыновления детей иностранными гражданами и лицами без гражданства, а также попытки противоправного взаимодействия с посредническими иностранными и российскими организациями, адвокатами, частными лицами, не наделенными соответствующими компетентными органами принимающего государства правом помещения детей в семьи и последующего контроля за условиями жизни и воспитания детей. Допускаются и нарушения законодательства при оформлении документов кандидатов в усыновители.¹²

Подобные действия в РФ в зависимости от степени общественной опасности наказуемы в административном (ст. 5.37 КоАП) или уголовном (ст. 154 УК) порядке. Вместе с тем принятие соответствующих мер реагирования по фактам незаконного усыновления детей, являющихся российскими гражданами, иностранными гражданами на практике является крайне затруднительным из-за отсутствия двусторонних договоров РФ с большинством иностранных государств о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и семейным делам. В этой связи первоначально п. 3 постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 19 сентября 1997 г. № 1728-11 ГД «О неотложных мерах по повышению государственного контроля за усыновлением»,¹³ а затем и ст. 4 Федерального закона от 27 июня 1998 г. № 94-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Семейный кодекс Российской Федерации» Правительству РФ рекомендовано выступить с инициативой заключения двусторонних международных договоров между РФ и иностранными государствами о сотрудничестве в области межгосударственного усыновления в целях максимального обеспечения прав и законных интересов усыновленных детей — граждан РФ, включая обеспечение при этом контроля за условиями их жизни и воспитания за пределами территории РФ.

¹² См.: Павловская Т. Преступная Юнона // Российская газета. 26 января 2006 г. С. 7. (Около 30 наших сирот под видом экскурсии предварительно возили в Америку для показа потенциальным усыновителям).

¹³ СЗ РФ. 1997. № 39, Ст. 4521.

А. В. Семенов*

ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО УСЫНОВЛЕНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Несмотря на активную пропаганду, усыновлять российских детей, оставшихся без попечения родителей,¹ сограждане не спешат. По данным Генеральной прокуратуры РФ за 2003 год 9,6 тысяч детей было усыновлено иностранными гражданами, и только 7,4 тыс. — россиянами.² Таким образом, большинство российских детей, оставшихся без попечения родителей, находят новые семьи за рубежом.

Наиболее значительную часть среди усыновлений иностранными гражданами составляют усыновления детей в возрасте от 1 года до 3 лет³. Как видно из приведенного в Приложении 1 графика распределения усыновлений иностранными гражданами по странам в 2004 году, 1% всех усыновленных иностранными гражданами российских детей пришелся на Канаду, 8% — на Италию, 17% — на Испанию, 62% — на США, 12% — на другие страны. Таким образом, США являются безусловным лидером в области международного усыновления, но при этом именно в этой стране за последние годы в приемных семьях по вине усыновителей погибли 14 российских детей,⁴ а случаев жестокого обращения со стороны усыновителей зафиксировано еще больше.⁵ Обеспокоенные этой ситуацией депутаты Государственной Думы 11 сентября 2005 г. приняли решение о необходимости ужесточения контроля за аккредитованными в Российской Федерации агентствами, занимающимися международным усыновлением.⁶

* Кандидат юридических наук, доцент Санкт-Петербургского им. В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии.

¹ По состоянию на 2006 год в России 800 тыс. детей сирот, оставшихся без попечения родителей. В 2000 году их было 657 тыс., в 1998 — 620 тыс., 1997 — 597 тыс., 1996 — 572 тыс. (<http://www.mhg.ru/publications>; <http://www.usynovite.ru/statistics/>).

² http://www.ltv.ru/owa/win/ort6_main.main?p_news_title_id=79279&p_news_razdel_id=1&p_pagenum=1

³ http://www.usynovite.ru/international/ru/statistics/foreign_ages/

⁴ К числу наиболее громких дел относится убийство приемной матерью за «реактивное поведение» 11-летнего Давида в 1997 г.; убийство приемной матерью Ирмой Павлис шестилетнего Алеши Гейко (Алекса Павлиса) в 2003 г. (<http://www.ltv.ru>; <http://www.moral.ru/2News.htm>).

⁵ <http://www.usynovite.ru/massmedia/092005/>

⁶ http://www.ltv.ru/owa/win/ort6_main.main?p_news_title_id=80873&p_news_razdel_

О необходимости совершенствования правового регулирования существующей в России процедуры международного усыновления высказывался и министр образования и науки А. Фурсенко.⁷

Таким образом, в настоящее время выявление и, главное, разрешение основных проблем, существующих в области международного усыновления в Российской Федерации является особенно актуальным.

История становления и развития международного усыновления в России

Отношения усыновления существовали уже в Древней Руси во времена язычества. С приходом христианства прием «стороннего» человека в семью стал регламентироваться нормами византийского права, а само усыновление осуществлялось церковью посредством особого акта, исходящего от церковной власти, так называемого «сынотворения».

В период начиная с реформ Петра I до эпохи царствования Екатерины II усыновлению как таковому отдельного внимания не уделялось, регламентирующих его специальных законов не существовало. Лишь в порядке исключения Екатериной II было выдано разрешение двум братьям графам Остерманам на усыновление старшего внука их сестры. Это разрешение стало своего рода прецедентом.

Законодательство, регулирующее отношения по усыновлению, начало развиваться в России только в XIX веке. Именно тогда и появляются четко определенные нормы, касающиеся усыновления российских детей иностранными гражданами.

О праве иностранцев усыновлять российских подданных упоминалось в ст. 1 приложения к ст. 156 и в ст. 163 т. X Свода законов гражданских 1887 года. В приложении к ст. 156 помещены Правила об усыновлении питомцев Императорских Санкт-Петербургского и Московского Воспитательных Домов. В ст. 1 этих Правил говорится, что «усыновление питомцев обоего пола этих домов предоставляется как русским подданным христианских вероисповеданий, так и иностранцам христианской веры, на основании законов об усыновлении и установленных правил».⁸

Ст. 163 Свода законов гражданских 1887 г. устанавливала, что право

id=1&p_pagenum=1

⁷ http://www.1tv.ru/owa/win/ort6_main.main?p_news_title_id=79083&p_news_razdel_id=2

⁸ Гордон И. Допустимо ли усыновление иностранцами русских подданных? // Журнал министерства юстиции. 1896. № 5. С. 204.

усыновления «подкидышей или непомнящих родства», предоставленное российским подданным мещанского и сельского званий, распространяется и на живущих в России иностранцев, не принявших российского подданства. Для всех иностранцев было поставлено условие усыновления такой категории российских детей, согласно которому усыновленные должны были сохранять российское подданство и, за исключением Прибалтийских губерний России, быть крещены и воспитываемы в православном вероисповедании.⁹

Закон от 12 марта 1891 года «О детях усыновленных и узаконенных» сохранил правила, установленные ст. 1 приложения к ст. 156 и ст. 163 т. X Свода законов гражданских 1887 года без изменений.¹⁰ Но существенные изменения были внесены в ст. 145 т. X Свода законов гражданских, а именно лицам всех состояний, без различия пола (кроме тех, которые по своему сану были обречены на безбрачие), если они не имеют собственных законных или узаконенных детей, разрешается усыновлять своих воспитанников, приемышей и чужих детей.¹¹ Получалось, что несмотря на существование ст. 1 приложения к ст. 156 и ст. 163 т. X, норма ст. 145 разрешала иностранцам усыновлять не только «подкидышей и непомнящих родства».

Этим противоречием воспользовался итальянец Каспер де-Камилли, желавший усыновить сына мещанки Е. В. Георгия. Получив отказ в Санкт-Петербургском городском суде и судебной палате, де-Камилли подал кассационную жалобу в Сенат, который отменил все нижестоящие решения по его вопросу и признал, что иностранным подданным принадлежит право на усыновление тех же категорий детей, что и российским гражданам, а не только «подкидышей и непомнящих родства».¹²

Развитие правового регулирования отношений международного усыновления в России приостанавливается в XX веке в период образования и существования СССР. Это было связано не только с внешней политикой, реализуемой Советским Союзом, но и с тем, что первоначально Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве, принятый 16 сентября 1918 г., вообще не предусматривал усыновления

⁹ Там же. С. 204–205.

¹⁰ О праве иностранцев усыновлять российских подданных // Журнал Министерства юстиции. 1897. № 3. С. 224.

¹¹ Нечаева А. Усыновление детей иностранцами в Российской империи // Российская юстиция. 2002. № 10. С. 63.

¹² Гордон И. Допустимо ли усыновление иностранцами русских подданных? С. 205–206.

как такового. Однако с течением времени потребность в усыновлении не исчезла, поэтому Декретом ВЦИК и СНК РСФСР от 1 марта 1926 года «Об изменении Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве» из последнего была изъята глава «Об усыновленных» и внесена новая «Усыновление». Но детальное правовое регулирование отношений международного усыновления стало возрождаться только в начале 90-х годов XX века.

*Правовое регулирование процедуры международного усыновления
в Российской Федерации*

*Нормы международного права, регламентирующие вопросы
международного усыновления*

Усыновление детей гражданами других государств во всем мире начинает активно развиваться после окончания Второй мировой войны. Но ни одно государство на тот момент времени не имело специального законодательства, регулировавшего усыновление с «иностранным элементом», а на международном уровне было закреплено только несколько отдельных общих норм. К их числу относится глава VII «Усыновление» **Кодекса международного частного права 1928 г.**, в которой определяется, что способность усыновлять и быть усыновленным, условия и ограничения усыновления определяются по личному закону каждого из заинтересованных лиц (ст. 73); последствия усыновления регулируются личным законом усыновителя в отношении его имущества, а личным законом усыновленного — в отношении фамилии, прав и обязанностей, которые он сохраняет по отношению к своей родной семье, а также в отношении имущества усыновителя (ст. 74).

В 1965 году была принята **Гагская конвенция о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении**, которой был урегулирован лишь узкий круг чисто процессуальных проблем международного усыновления. Ни СССР, ни Российская Федерация данную конвенцию не ратифицировали.

3 декабря 1986 г. Генеральная Ассамблея ООН резолюцией утвердила **Декларацию о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновление на национальном и международном уровнях**, ст. с 17 по 24 раздела «С», которой посвящены вопросам международного усыновления.

В 80-е годы XX века становится очевидной потребность в создании единого международного документа для урегулирования наиболее острых вопросов усыновления с участием иностранного элемента. Базовые положения, затрагивающие вопросы международного усыновления, нашли свое отражение в **Конвенции о правах ребенка 1989 г.**¹³

Ст. 20 Конвенции о правах ребенка устанавливает, что государства-участники должны обеспечить помощь и защиту детям, которые временно или постоянно лишены своего семейного окружения или которые в их собственных интересах не могут оставаться в таком окружении. Под помощью и заботой Конвенция 1989 года подразумевает обеспечение замены ухода за такими детьми, среди разновидностей которого выделяется и усыновление. Данный международный документ отдельно акцентирует внимание на том, что при рассмотрении вариантов замены ухода следует учитывать «желательность преемственности воспитания ребенка и его этническое происхождение, религиозную и культурную принадлежность, а также родной язык» (п. 3 ст. 20).

Ст. 21 Конвенции о правах ребенка 1989 г. непосредственно касается вопросов международного усыновления. П. «b» устанавливает, что государства-участники признают усыновление в другой стране в качестве альтернативного способа ухода за ребенком в двух следующих случаях:

- если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление;
- если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным.

Кроме того, Конвенция 1989 г. определяет, что государства-участники должны обеспечить в случае усыновления ребенка в другой стране применение таких же гарантий и норм, которые применяются в отношении усыновления внутри страны (п. «с» ст. 21); не допускать того, чтобы устройство ребенка в иностранную семью приводило к получению неоправданных финансовых выгод связанным с этим лицам (п. «d» ст. 21).

В 1988 году Постоянное бюро Гагской конференции по международному частному праву подготовило первый вариант проекта конвенции, полностью посвященной вопросам международного усыновления, которая получила название Гагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в области межгосударственного усыновления и в окончательной редакции была открыта к подписанию 29 мая 1993 года.

¹³ Данную Конвенцию СССР подписал и ратифицировал в 1990 г.

В подготовке и обсуждении данного документа приняли участие представители 67 государств (в том числе и Российской Федерации), 5 межправительственных и 12 неправительственных организаций.¹⁴

П. «е» ст. 21 Конвенции о правах ребенка 1989 года предусматривает необходимость заключения двусторонних и многосторонних соглашений и договоренностей в целях обеспечения осуществления устройства ребенка в другой стране компетентными властями и органами.

Российская Федерация заключила уже несколько таких соглашений с рядом государств,¹⁵ но с основным «усыновителем» российских малышей — США — такой договоренности еще не достигнуто.

Необходимо отметить, что значительное число международных двусторонних договоров по вопросам международного усыновления не содействует четкой регламентации процесса усыновления с иностранным элементом. В целях унификации норм, было бы рационально под эгидой ООН разработать новое международное соглашение по вопросам усыновления с участием иностранного элемента и сделать его обязательным для всех подписавших его стран. В качестве санкции за неисполнение возложенных на государства-участников обязательств можно было бы предусмотреть прекращение с ним всякого сотрудничества в области международного усыновления со стороны других государств-участников и значительную денежную компенсацию пострадавшей вследствие нарушения норм документа стороне.

Данное международное соглашение должно урегулировать все основополагающие вопросы в области международного усыновления. Среди них — определение единого для всех стран государственного органа, занимающегося всеми вопросами, предшествующими, возникающими в ходе и после международного усыновления: порядок подбора детей; документы, необходимые для усыновления, и т. д. Безусловно, следует предусмотреть возможность оговорок к ряду статей Конвенции в силу особенностей традиций, культуры, истории разных государств. При этом все такие оговорки должны быть обоснованными и их общее число не должно быть значительным.

¹⁴ Дюжева О. А. Проблемы законодательства о международном усыновлении // Государство и право. 1995. № 6. С. 43.

¹⁵ Например, Конвенция СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г., Договор между Российской Федерацией и Республикой Кыргызстан о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 14 сентября 1992 г.

*Национальные правовые акты, регламентирующие
вопросы международного усыновления в Российской Федерации*

Вплоть до 1990 г. в России не было необходимости в усовершенствовании законодательства по международному усыновлению, так как такие случаи были крайне редки и для их реализации вполне хватало нормы ст. 165 Кодекса о браке и семье РСФСР 1969 г., которая устанавливала, что усыновление производится по советскому законодательству при условии получения в каждом отдельном случае разрешения на усыновление.

В конце 1990 г. на территории страны начали действовать первые шведские и американские агентства по усыновлению, а вскоре после них в страну хлынули и частные посредники и усыновители. Вследствие этого в декабре 1991 г. Министерство образования и Министерство здравоохранения России подготовили разъяснения для сотрудников органов образования, оформляющих усыновления, об усыновлении детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, иностранными гражданами.

В данном документе указывалось, что «в семьи иностранных граждан могут быть переданы дети, которых по тем или иным причинам не взяли под опеку (попечительство), на усыновление российские граждане: это дети-инвалиды, дети с отклонениями в развитии, дети с отягощенной наследственностью, старшие дошкольники и школьники». Новорожденные дети и дети младенческого возраста, то есть та категория детей, которая наиболее привлекательна для международных усыновителей, могли быть усыновлены иностранцами лишь при наличии справки органов опеки и попечительства, подтверждающей, что им не была подобрана семья российских граждан.

Данное письмо не носило нормативного характера. Поэтому оно практически не применялось и иностранцы имели возможность усыновить любого ребенка, даже если по всем параметрам приоритет его усыновления должен был быть отдан российским родителям. Зарубежные агентства по усыновлению начали на территории РФ настоящую войну. В субъектах федерации возникали не предусмотренные российским законодательством центры по усыновлению, которые незаконно выполняли функции органов опеки и попечительства.

Для того чтобы хоть как-то разрешить сложившуюся ситуацию Президиум Верховного Совета с 28 декабря 1992 г. установил мораторий на усыновление российских сирот иностранными гражданами до принятия

законодательных актов, упорядочивавших эти отношения. Мораторий не распространялся лишь на детей, которые по состоянию здоровья нуждались в медицинской помощи, недоступной в РФ.

В 1995 г. Государственной Думой был принят действующий ныне в редакции 2006 г. Семейный кодекс Российской Федерации. В 1997–1998 гг. в него были внесены необходимые поправки, касающиеся запрета посреднической деятельности при международном усыновлении. В это же время на законодательном уровне был закреплён судебный порядок рассмотрения дел о международном усыновлении в судах субъектов Федерации, введена аккредитация агентств по усыновлению.

Помимо Конституции РФ (п. 1 ст. 38), Семейного и Гражданского процессуального кодексов процедуру международного усыновления в Российской Федерации регламентирует значительное количество Постановлений Правительства РФ, актов Министерства образования Российской Федерации.

Основной проблемой в области правового регулирования международного усыновления в РФ является то, что оно должно соответствовать одновременно требованиям российского права и права иностранного государства, гражданином которого является кандидат в усыновители или, в случае если это лицо без гражданства, на территории которого он имеет постоянное место жительства.¹⁶ Это требование обусловлено интересами ребенка, так как позволяет обеспечить ему соответствующий правовой статус в иностранном государстве. Но у судов РФ очень часто отсутствует возможность ознакомиться с нормами семейного права страны, гражданином которой является усыновитель. Это связано с тем, что заинтересованные лица вправе, но не обязаны предоставлять документы, подтверждающие содержание норм иностранного семейного права (п. 1 ст. 166 СК РФ). А Министерство юстиции Российской Федерации, по словам его должностных лиц, законодательством иностранных государств и практикой его применения не располагают.¹⁷

Хотя в последние годы в Министерство образования РФ и обращаются посольства иностранных государств с просьбой довести до органов

¹⁶ Ст. 24 Декларации о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях 1986 г.; ч. 1 ст. 165 Семейного Кодекса Российской Федерации 1995 г.

¹⁷ *Завражнов В.* Усыновление иностранцами детей — российских граждан // Российская юстиция. 2001. № 7. С. 32

государственной власти отдельную информацию о правовом регулировании процедуры международного усыновления в их странах,¹⁸ но этого все равно недостаточно.

В связи с вышеизложенным было бы целесообразно в перечень документов, прилагаемых к заявлению об усыновлении, подаваемом в суд (ст. 271 ГПК РФ), включить основной нормативно-правовой акт, регламентирующий вопросы усыновления в государстве, гражданином которого является усыновитель или, в случае если это лицо без гражданства, на территории которого он имеет постоянное место жительства. Также суду следовало бы предоставить право требовать у кандидатов в усыновители дополнительные нормативно-правовые акты зарубежного государства по вопросам усыновления в том случае, если они необходимы для разрешения дела, а если данные документы не предоставляются в определенный судом срок — отказать в усыновлении.

С документами, предоставляемыми в ходе процедуры усыновления иностранными гражданами и лицами без гражданства в государственные органы Российской Федерации, в том числе и в суд, связана еще одна проблема — установление достоверности таких документов. Например, как правило, справки иностранных граждан и лиц без гражданства подписаны частнопрактикующими врачами; право собственности или пользования жилым помещением иностранные граждане и лица без гражданства подтверждают справками, выданными страховыми агентами, служащими налоговых служб; справки об отсутствии судимости выдают им помощники судей, полицейские участков, а заключения об условиях жизни и о возможности быть усыновителями оформляются агентствами по усыновлению, социальными работниками.¹⁹

Таким образом, Министерству юстиции РФ совместно с Министерством иностранных дел РФ следовало бы на основе анализа и изучения правовых норм государств, граждане которых являются основными усыновителями российских детей, разработать проекты документов, определяющих, какими органами конкретного государства или существующими на его территории организациями должны быть выданы документы, необходимые в ходе процедуры усыновления российских

¹⁸ Например, в 2001 г. с просьбой довести до органов управления образованием субъектов РФ требований, касающихся медицинского освидетельствования усыновляемых детей — иностранных граждан, обратилось посольство Канады в РФ.

¹⁹ *Завражнов В.* Усыновление иностранцами детей — российских граждан. С. 33.

детей. Изменения в эти акты могли бы вноситься на основе информации о соответствующих реальных изменениях, произошедших в государствах, обязанность предоставления которой можно было бы возложить на аккредитованные в Российской Федерации агентства по усыновлению.

*Актуальные проблемы международного усыновления
в Российской Федерации на современном этапе
Допустимость усыновления российских детей
иностранцами гражданами*

Дискуссия о том, имеет ли право на существование международное усыновление в Российской Федерации, не утихла и по сей день. Ведь, с одной стороны, имеют место случаи жестокого обращения и убийства усыновленных российских детей в иностранных приемных семьях, а с другой стороны, реализовать право ребенка жить и воспитываться в семье, а иногда даже и спасти ему жизнь без функционирования института международного усыновления не представляется возможным. Например, нередки случаи, когда российские усыновители отказываются от практически здорового ребенка по причине наличия у него «эстетических дефектов», например оттопыренных ушей, кривого носа и т. д., но это, как ни странно, совершенно не смущает иностранных усыновителей.²⁰

Итак, как уже было ранее выявлено, ныне действующие международно-правовые нормы устанавливают, что усыновление в другой стране рассматривается в качестве альтернативного способа обеспечения ребенка семьей при наличии одного из двух условий:

- не представляется возможным передать ребенка на воспитание или для усыновления семье в стране происхождения;
- не представляется возможным обеспечить для ребенка надлежащую заботу в стране происхождения.²¹

Из двух вышеуказанных условий в Семейном Кодексе Российской Федерации в ст. 124 отражение нашло только первое. Но, учитывая, что Конституция РФ 1993 г. установила приоритет международно-правовых

²⁰ См., например: http://www.ltv.ru/owa/win/ort6_main.main?p_news_title_id=80873&p_news_razdel_id=1&p_pagenum=1

²¹ П. «б» ст. 21 Конвенции ООН о правах ребенка 1989 года; ст. 17 Декларации о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях, 1986 г.

норм перед внутригосударственным правом, на практике также должно учитываться и второе условие. При этом возникает вопрос о том, что следует подразумевать под **понятием «надлежащей заботы»**. Также не ясно, как поступать в случае, если ребенка, которому не может быть обеспечена «надлежащая забота» в Российской Федерации (например, вследствие наличия у него тяжелого заболевания, которое могут вылечить только зарубежные врачи), хотят одновременно усыновить российская и иностранная супружеские пары. Ведь по законодательству Российской Федерации передать ребенка в иностранную семью можно только после того, как от него откажутся отечественные усыновители, но если позволить усыновить такого тяжело больного малыша российской семье, не имеющей достаточных средств для его лечения за рубежом, то он будет обречен на гибель.

В связи с этим было бы разумно включить в СК РФ положение о том, что международное усыновление детей, оставшихся без попечения родителей, возможно и в том случае, если «не представляется возможным обеспечить для ребенка надлежащую заботу в стране происхождения». Надлежащую заботу определить как создание для ребенка условий необходимых для его жизни, здорового и полноценного развития. Приоритетное право на усыновление в этом случае при всех прочих равных условиях должно быть предоставлено тем, кто может обеспечить эту «надлежащую заботу» в кратчайшие сроки. Также было бы целесообразно для таких детей сократить до трех месяцев, а возможно даже и упразднить вообще предусмотренный ст. 124 СК РФ шестимесячный срок²² нахождения сведений о них в федеральном банке данных перед предоставлением иностранным гражданам, лицам без гражданства и российским гражданам, проживающим за рубежом, возможности их усыновить. Это связано с тем, что детей с тяжелыми заболеваниями российские граждане принимают в семьи крайне редко, а в случае если ребенок тяжело болен, каждый лишний

²² Указанной нормой Семейного кодекса противоречит п. 1 раздела IV Постановления Правительства РФ от 29 марта 2000 г. № 275 «Об утверждении Правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществление контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей на территории РФ и Правил постановки на учет консульскими учреждениями РФ детей, являющихся гражданами РФ и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства» (в ред. постановлений Правительства РФ от 04.04.2002 № 217, от 10.03.2005 № 123), в котором указано, что усыновление ребенка иностранными гражданами и лицами без гражданства, а также российскими гражданами, проживающими за рубежом, допустимо спустя три месяца после поступления сведений о нем в государственный банк данных о детях, оставшихся без попечения родителей.

день ожидания усыновления и, соответственно, необходимого лечения может оказаться для его жизни решающим.

Проблема посредничества при международном усыновлении

Наиболее острой проблемой международного усыновления в РФ всегда была деятельность иностранных агентств по усыновлению, а точнее незаконная посредническая деятельность.

Ст. 20 Декларации о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях 1986 г., а также Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1995 г. закрепляют, что международное усыновление должно производиться через компетентные органы и учреждения. Семейный кодекс РФ, запрещая посредническую деятельность по усыновлению (п. 1 ст. 126.1), не относит к ее числу деятельность специально уполномоченных иностранными государствами органов и организаций по усыновлению детей, которая осуществляется на территории РФ в силу международного договора РФ или на основе принципа взаимности и не преследует коммерческих целей.

При толковании данной нормы Семейного кодекса РФ вполне правомерно возникает ряд вопросов. Должны ли все организации по усыновлению детей быть специально уполномочены на то государством? Если это так, то каким образом государства отвечают (и отвечают ли) за деятельность агентств подобного рода? Однозначного ответа на эти вопросы в современной практике нет. Но наиболее рациональным их решением могло бы быть, как уже отмечалось ранее, учреждение во всех государствах на основании международного соглашения единого государственного органа, занимающегося вопросами международного усыновления. В его функции входило бы оказание на безвозмездной основе всех необходимых услуг гражданам своей страны в сфере усыновления детей — иностранных граждан, в первую очередь, через активное сотрудничество с аналогичными органами других государств.

В современной же России деятельностью, связанной с международным усыновлением, имеют права заниматься в соответствии с **Постановлением Правительства РФ №654 от 4 ноября 2006 года «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению**

(удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроля за ее осуществлением» две категории иностранных субъектов:

- иностранные государственные органы и организации,
- иностранные некоммерческие неправительственные организации, занимающиеся усыновлением (удочерением).

В соответствии с вышеуказанным Постановлением Правительства, для осуществления деятельности по усыновлению (удочерению) детей на территории России **иностранная государственная организация** должна получить в Министерстве образования и науки РФ разрешение на открытие представительства на территории РФ, которое в течение месяца со дня получения должна представить в Государственную регистрационную палату при Министерстве юстиции РФ, которая в месячный срок вносит его в сводный государственный реестр аккредитованных на территории РФ представительств иностранных компаний и выдает соответствующее свидетельство, которое в месячный срок представляется в Министерство образования и науки.

Иностранная же некоммерческая организация должна получить в Министерстве образования и науки РФ разрешение на осуществление деятельности по усыновлению детей на территории РФ, предварительно уведомив Федеральную регистрационную службу о создании своего представительства на территории РФ.

Никаких требований к иностранным государственным органам и организациям, ограничивающих их право на получение разрешения на открытие представительства, анализируемым Постановлением Правительства не установлено. Для иностранных некоммерческих организаций таким требованием является осуществление деятельности по усыновлению на территории своего государства не менее 5 лет на момент подачи заявления в Министерство образования и науки о получении разрешения на осуществление деятельности по усыновлению в РФ.

Постановление Правительства №654 от 04.11.2006 отдельно для государственных органов и организаций и отдельно для негосударственных некоммерческих организаций устанавливает исчерпывающие перечни документов, которые они должны представить в Министерство образования и науки РФ для получения соответствующих разрешений. Причем перечень документов для негосударственных некоммерческих организаций значительно шире.

В оба указанных перечня входят копии учредительных документов,

а также документы, содержащие сведения о сотрудниках иностранной государственной организации, об ее организационной структуре; копия лицензии (или иного документа), выданной компетентным органом государства местонахождения иностранной организации, подтверждающей полномочия организации по осуществлению деятельности по усыновлению детей; решение руководящего органа иностранной организации о создании своего представительства; положение о представительстве иностранной организации и др.

Особый интерес вызывают две категории документов из указанных перечней:

– перечень услуг, предоставляемых иностранной государственной организацией кандидатам в усыновители с указанием стоимости;

– документ, подтверждающий обязательства иностранной государственной организации соблюдать требования законодательства РФ при осуществлении деятельности по усыновлению детей, осуществлять контроль за условиями жизни и воспитания усыновленных детей и представлять соответствующие отчеты и информацию в установленном законом порядке, а также осуществлять контроль за постановкой в установленном порядке усыновленных детей на учет в консульском учреждении РФ.

Очевидно, что требования об их предоставлении направлены на обеспечение интересов как усыновителей, так и усыновляемых детей, но не вполне ясно, что это будут за документы, как они должны быть составлены, кем подписаны, а для расценок — насколько указанная информация будет соответствовать действительности, и, главное, зачем она в принципе нужна государству.

Для принятия решения (на что Постановлением Правительства отведено три месяца с момента представления всех необходимых, указанных в нем документов в Министерство образования и науки) о выдаче разрешений Министерству образования и науки необходимо также получить заключения Министерства иностранных дел РФ, Министерства внутренних дел РФ, Министерства юстиции РФ, Федеральной службы по надзору в сфере здравоохранения и социального развития о возможности осуществления представительством иностранной организации деятельности по усыновлению.

Постановлением Правительства предусмотрены основания для отказа в выдаче разрешений иностранным государственным и негосударственным

некоммерческим организациям, основания прекращения действия этих разрешений,²³ основания для приостановления действия разрешений.²⁴

Представительство иностранной организации считается открытым и правомочно осуществлять деятельность по усыновлению детей со дня выдачи Министерством образования и науки РФ соответствующих разрешений.

Таким образом, новая процедура открытия на территории РФ представительств государственных и негосударственных некоммерческих организаций направлена на то, чтобы обеспечить российским детям, усыновленным иностранными гражданами, безопасность и нормальные условия жизни и развития в новой семье за рубежом.

В настоящее время в Российской Федерации аккредитована 51 иностранная организация по усыновлению.²⁵

Но, несмотря на то что международное законодательство и практика в области международного усыновления однозначна: если в стране происхождения ребенка аккредитованы организации иностранного государства, то все усыновления должны производиться только через эти организации,²⁶ в Российской Федерации по данным за 2002 год 30% детей — граждан Российской Федерации было усыновлено иностранными гражданами — «независимыми усыновителями» (что по существу означает — при содействии посредников).²⁷

Возможность существования таких «независимых усыновителей», а одновременно с ними и посредников по усыновлению основана, во-первых, на том, что в российском законодательстве не закреплена обязанность иностранных граждан и лиц без гражданства осуществлять усыновление только через аккредитованные в установленном порядке организации, а во-

²³ П. 8 Постановления Правительства РФ № 654 от 4 ноября 2006 г. «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроля за ее осуществлением».

²⁴ П. 9 Постановления Правительства РФ № 654 от 4 ноября 2006 г.

²⁵ США — 27 организаций, Испания — 8, Италия — 7; Франция — 2; Израиль — 2, по одной у Швеции, Бельгии, Норвегии, Канады, Германии (<http://www.usynovite.ru/international/ru/>).

²⁶ Исключения составляют страны (их единицы — Ирландия, Новая Зеландия), в которых по разным причинам не открыты представительства уполномоченных организаций. В этих случаях возможно проведение усыновления лично усыновителем, но только при его обращении в соответствующий компетентный в вопросах усыновления орган государства происхождения ребенка.

²⁷ *Дзугаева А. З.* Усыновление российских детей иностранными гражданами // Защита прав ребенка в современной России / Под. ред. А. М. Нечаевой. М., 2004. С. 130.

вторых, на норме ч. 3 ст. 126.1 СК РФ, в которой указывается, что кандидаты в усыновители вправе иметь своих представителей, статусом которых обычно и прикрываются посредники.

В связи с вышесказанным рациональной и даже необходимой является инициатива ряда депутатов Государственной Думы закрепить на законодательном уровне норму о том, что международное усыновление должно осуществляться только через аккредитованные на территории Российской Федерации агентства.

Одной из основных функций аккредитованных в Российской Федерации уполномоченных иностранными государствами органов и организаций по усыновлению детей является получение сведений о конкретном ребенке и передача этих сведений в головную организацию для кандидатов в усыновители, документы которых представлены в установленном порядке для постановки на учет. Но при этом ФЗ от 16 апреля 2001 г. № 44 «О государственном банке данных о детях, оставшихся без попечения родителей», устанавливая порядок постановки на учет детей, подлежащих усыновлению, не предусматривает возможности получения сведений о ребенке через представительство аккредитованной организации.

Получается, что кандидаты в усыновители не имеют достаточно времени для получения полной информации о ребенке до судебного заседания,²⁸ что часто приводит к тому, что они впоследствии, более подробно ознакомившись с диагнозом болезни ребенка, узнав больше о его характере, других личностных характеристиках отказываются от него и предъявляют претензии к агентству. В то же время, если сотрудники представительства аккредитованной организации будут иметь возможность получения конфиденциальной информации о ребенке для кандидатов в усыновители, то это позволит им принять взвешенное решение об усыновлении выбранного ребенка.

В интернете начал функционировать сайт, посвященный международному усыновлению.²⁹ Он работает на английском, немецком, испанском и итальянском языках. Его посетителям — предполагаемым усыновителям —

²⁸ Ст. 15 Декларации о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях 1986 г. предусматривает, что родителям ребенка, будущим приемным родителям и, в зависимости от обстоятельств, самому ребенку следует предоставлять *достаточно времени* и обеспечивать надлежащие консультации для скорейшего решения вопроса о дальнейшей судьбе ребенка.

²⁹ <http://www.usynovite.ru>

предоставляется возможность ознакомиться со сведениями федерального банка данных о детях, оставшихся без попечения родителей: краткой характеристикой детей, их основными данными, посмотреть фотографии ребенка. На сайте создана удобная системы поиска по параметрам, задаваемым посетителем (возраст ребенка, цвет глаз, волос, наличие братьев и сестер и др.).

Создание подобного сайта позволяет не только иностранным, но и российским гражданам, желающим усыновить ребенка, получить необходимую первоочередную информацию о процедуре усыновления, выбрать малыша и узнать, где и как с ним можно познакомиться лично. Подобного рода сайт создан и органами государственной власти Санкт-Петербурга — www.sirota-spb.ru.

Контроль за условиями жизни детей, усыновленных иностранными гражданами

После того, как решение об усыновлении российского малыша иностранными гражданами принято судом, государство продолжает до восемнадцатилетнего возраста следить за его судьбой, развитием и воспитанием в иностранной семье, в первую очередь, через постановку ребенка на консульский учет и предоставляемые отчеты об условиях его жизни в новой семье.

В случае усыновления через представительство аккредитованной организации отчеты об условиях жизни и воспитания детей в семьях усыновителей, подготовленные компетентными органами государства, на территории которого проживает усыновленный ребенок, представляются данной организацией, а в случае усыновления без содействия представительства аккредитованной организации — компетентным органом иностранного государства, давшим обязательство представлять отчеты об условиях жизни и воспитания усыновленных детей. При этом следует отметить, что отчеты от аккредитованных организаций представляются регулярно и в установленные сроки, так как они заинтересованы в своей дальнейшей деятельности на территории РФ (в случае несоблюдения требования о предоставлении отчетов действие соответствующего решения Министерства образования и науки РФ будет прекращено).³⁰

³⁰ Пп. «ж» п. 8 Постановления Правительства РФ № 654 от 4 ноября 2006 г. «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроля за ее осуществлением».

Отчеты же о жизни усыновленных независимыми усыновителями детей представляются крайне редко. Это связано с тем, что реального рычага воздействия на органы иностранных государств у Российской Федерации нет. Это является еще одним доводом в пользу того, что международное усыновление должно осуществляться только через аккредитованные агентства или специализированный государственный орган иностранного государства.

В качестве одной из возможных мер борьбы с непредоставлением и несвоевременным предоставлением «независимыми усыновителями» или аккредитованными организациями отчетов об условиях жизни усыновленных иностранными гражданами и лицами без гражданства детей на современном этапе А. З. Дзугаева предлагает приостанавливать прием документов от кандидатов в усыновители соответствующего иностранного государства, гражданами которого являются или на территории которого проживают усыновители, отчеты которых не предоставлены или предоставлены не вовремя.³¹

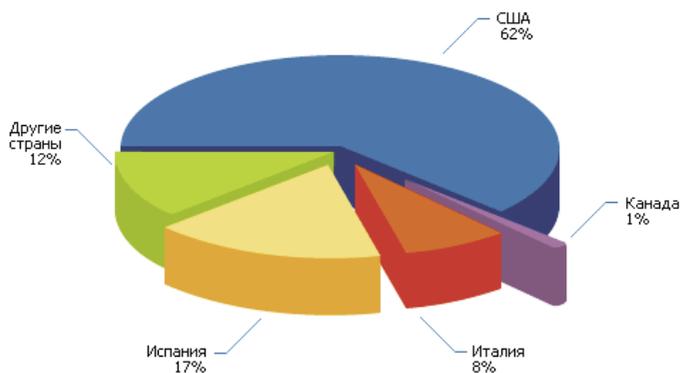
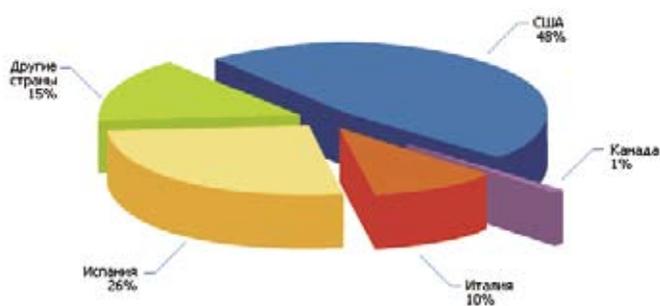
Кроме того, нуждаются в изменении сроки предоставления отчетов. Первый год после вступления в законную силу решения суда об усыновлении отчеты должны предоставляться раз в полгода, а в последующие три года — раз в год, все остальное время, оставшееся до совершеннолетия, раз в 2 года.³²

Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что действующий порядок международного усыновления российских детей нуждается в скорейшем реформировании, поскольку существующий не позволяет в полном объеме защитить права и свободы, а также обеспечить безопасность маленьких россиян, усыновленных иностранцами и лицами без гражданства.

³¹ Дзугаева А. З. Усыновление российских детей иностранными гражданами. С. 132.

³² Сейчас в соответствии с п. 22 Постановления Правительства РФ № 654 от 4 ноября 2006 г. «О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контроля за ее осуществлением» в первый год после усыновления обследование жизни и воспитания ребенка производится по истечении 5 месяцев с даты вступления в законную силу решения об усыновлении, второе обследование — по истечении 11 месяцев, третье — 23; четвертое — 35. По истечении трех лет с даты вступления в законную силу решения об усыновлении ребенка до его совершеннолетия представление отчетов осуществляется по решению органа исполнительной власти субъекта РФ, в зависимости от конкретной ситуации, складывающейся в семье усыновителей. В первый год после вступления в законную силу решения суда об усыновлении отчеты предоставляются раз в полгода. Во второй и третий годы — один раз в год.

ПРИЛОЖЕНИЯ

Распределение усыновлений иностранными гражданами по странам в 2004 году³³Распределение по странам усыновлений иностранными гражданами детей-инвалидов в 2004 году³⁴

³³ <http://www.usynovite.ru/statistics/>

³⁴ Там же.

Н. Ф. Звенигородская*

ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ПРИЕМНОЙ СЕМЬИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Приемная семья, хоть и является новым институтом российского семейного права, однако с аналогичной формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей, мы уже знакомы. В недалеком прошлом, в 1987 г., ЦК КПСС и Совет Министров СССР поручили Министерству просвещения СССР и Госстрою СССР разработку проекта и осуществление строительства опытного детского дома семейного типа.¹ Такие дома были созданы и действовали.²

Детские дома имели некоторые признаки патроната. В их основу был положен принцип семейного воспитания. Считают, что именно они стали прообразом современной приемной семьи. Эта форма устройства детей складывалась постепенно. Приемная семья возникла на основе детских домов семейного типа. Учитывая, что созданием подобных детских домов достичь ожидаемых результатов не удалось, законодателем был избран другой вариант — заключение прямых договоров с родителями-воспитателями (приемными родителями). Такая рекомендация была дана органам опеки и попечительства в Постановлении Правительства РФ от 17.07.1996 г. № 829. Подтверждением свертывания государственного курса на создание детских домов семейного типа явилась отмена нормативных актов, регулирующих их создание и деятельность.³

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Крестьянского государственного университета им. Кирилла и Мефодия (Ленинградская обл., г. Луга).

¹ См.: Постановление Совета Министров РСФСР от 14.11.1987 г. № 401 «О мерах по коренному воспитанию, обучению и материальному обеспечению детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» // Свод законов РСФСР. Т. 3. С. 321.

² Постановление Совета Министров СССР от 17.08.1988 г. «О создании детских домов семейного типа» // СП СССР. 1988. № 30. Ст. 85; Постановление Совета Министров РСФСР от 18.11.1988 «О создании детских домов семейного типа» // СП РСФСР. 1988. № 23. Ст. 136. См.: *Михеева Л.* Правовое регулирование патронатного воспитания детей // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 39–41.

³ С принятием Постановления Правительства РФ от 17.07.1996 г. № 829 утратили силу Постановление Совета Министров РСФСР «О создании детских домов семейного типа в РСФСР» от 18.11.1988 г. № 475 // СП РСФСР. 1988. № 23. Ст. 136; Постановление Правительства РФ «О мерах государственной поддержки домов семейного типа, созданных на основе крестьянских (фермерских) хозяйств» от 05.07.1994 г. № 786.

Вместе с тем, приемная семья не подменила и уж тем более не вытеснила детские дома семейного типа. Так, в ст.123 Семейного кодекса РФ (Федеральный закон от 29.12.95 №223-ФЗ, в ред. от 28.12.2004 №185-ФЗ, далее — СК) законодатель прямо указывает на такую разновидность воспитательных учреждений, как детский дом семейного типа. Сходство детского дома семейного типа с приемной семьей состоит в самой идее создания подобного рода детского учреждения. Она заключается в создании обстановки, максимально приближенной к обычной семье.

В субъектах РФ принимаются законы, регламентирующие деятельность соответствующих детских домов. Например, в Белгородской области принят Закон от 26.02.2004 г. «О семейном детском доме».⁴ Детские дома семейного типа создаются и осуществляют свою деятельность на основе Постановления Правительства РФ от 19.03.2001 г. № 195 «О детском доме семейного типа». Этим Постановлением утверждены Правила организации детского дома семейного типа.⁵

Приемная семья «не изобретена» законодательством современной России. Вместе с тем, нельзя сказать, что данная форма была привнесена из других стран. В любом обществе есть дети, которые остались без родительского попечения. В России издавна было принято брать детей-сирот на воспитание в семьи. Так, в начале XIX в. только в Петербурге было зарегистрировано около восемнадцати тысяч таких семей, в которых содержалось более двадцати тысяч детей, лишившихся родительского попечения. За это семьям выплачивались деньги из казны.⁶ Долгое время такая форма устройства детей называлась патронатом. Еще в период царствования Екатерины II были предприняты первые попытки правового регулирования патроната. В основе патронирования лежал договор о передаче ребенка в чужую семью на добровольных началах. Патронатный воспитатель получал определенное вознаграждение.⁷

После Октябрьской революции 1917 г. о патронате как правовой форме устройства детей, оставшихся без попечения родителей, на какое-то время забыли. Однако уже в 1928 г. к патронату обратились вновь. ВЦИК и СНК РСФСР приняли 28.05.1928 г. Постановление «О порядке и условиях передачи воспитанников детских домов и других несовершеннолетних

⁴ Справочная правовая система «Консультант Плюс: Белгородский выпуск».

⁵ СЗ РФ. 2001. № 13. Ст. 1251.

⁶ *Савватеева Т.* Родные среди чужих и чужие среди родных // Российская газета. 1995. 11 января.

⁷ Там же.

трудящимся в городах и рабочих поселках»,⁸ в соответствии с которым на основании договора дети-сироты передавались в приемные семьи. Эти отношения также основывались на возмездных началах — содержание детей осуществлялось за счет местных средств.

Другой нормативный акт — Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 01.04.1936 г. «О порядке передачи детей на воспитание (патронат) в семьи трудящихся» определил исследуемые отношения как патронат. Получив законодательное название «патронат», этот институт в своей сути не претерпел изменений. Также с помощью патроната решалась проблема воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, в другой семье. Впоследствии институт патроната опять был предан забвению. И вновь к нему обратились лишь в 1987 г., когда ЦК КПСС и Совет Министров СССР в своем Постановлении от 31.07.1987 г. № 872 «О мерах по коренному улучшению воспитания, обучения и материального обеспечения детей сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» поставили задачу осуществить поиск оптимальной формы воспитания, содержания и обучения детей-сирот.

«Современная патронатная семья существенно отличается от дореволюционной. Сейчас труд патронатных родителей не оплачивается. Более того, они принимают на себя обязанность по содержанию принимаемых в семью приемных детей. Это предусмотрено, например, в п. 8 Типового договора, прилагаемого к Закону Алтайского края от 6 марта 2000 г. „О порядке передачи детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на патронат в семьи граждан”».⁹

При создании правовой модели приемной семьи законодатель использовал лучший опыт дореволюционной России в вопросах устройства и воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Приемная семья, с одной стороны, имеет все признаки семьи, т. к. это общность совместно проживающих лиц, объединенных правами и обязанностями, она предусмотрена семейным законодательством, а с другой стороны, имеет только ей присущие особенности. Они будут нами определены при исследовании субъектного состава, предмета, содержания договора о приемной семье.

⁸ СУ РСФСР. 1928. № 64. Ст. 462.

⁹ См.: Дружинина Т. И. Некоторые проблемы приемной семьи как формы семейного воспитания детей, оставшихся без попечения родителей // Защита прав ребенка в современной России: Материалы научно-практ. конф. М., 2004. С. 158–159.

Следует отметить, что СК не содержит определения понятия «приемная семья». Однако в юридической литературе этот вопрос обсуждается. Так, по мнению М. В. Антокольской, «приемная семья является гибридной формой, содержащей в себе некоторые черты опеки, детского учреждения и усыновления».¹⁰ Признавая ее некоторое сходство с ними, мы полагаем, что она, тем не менее, существенно отличается от них, на чем мы ниже специально остановимся. Л. Ю. Михеева определяет «приемную семью как вид опеки».¹¹ Р. А. Шукуровым приемная семья определяется «как форма воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, являющаяся особым социальным институтом общества, основывающаяся на договоре о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью на условиях, установленных законом и договором; наделенная законом определенным объемом правосубъектности; представляющая собой также способ совместного проживания лиц вне зависимости от регистрации брака приемными родителями, связанных общим бытом, досугом; формирующих свои отношения на основе взаимоуважения и взаимопомощи; имеющих взаимные права и обязанности».¹² Е. Ю. Валявина также определяет приемную семью как форму воспитания детей.¹³ Т. И. Дружинина называет приемную семью «самостоятельной, приоритетной формой семейного воспитания».¹⁴ О. В. Фетисова полагает, что приемная семья есть «форма устройства детей».¹⁵ А С. Ю. Чашкова смешивает эти понятия, в одном случае называя приемную семью формой воспитания,¹⁶ а в другом случае — формой устройства.¹⁷ В этой связи следует выяснить: какое же определение приемной семьи будет верным, правильно ли ее называть формой воспитания детей?

Не соглашаясь с авторами, полагающими, что приемная семья — это

¹⁰ Антокольская М. В. Семейное право: Учебник. М.: Юристъ, 2003. С. 311.

¹¹ Михеева Л. Ю. 1) Опекa и попечительство: Теория и практика. М., 2004. С. 150; 2) Институт опеки и попечительства в современных условиях // Государство и право. 2003. № 5. С. 53–59.

¹² Шукуров Р. А. Приемная семья по семейному праву России: Дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2004. С. 7.

¹³ Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2001. Т. 3. С. 469–470.

¹⁴ Дружинина Т. И. Некоторые проблемы приемной семьи ... С. 158–163.

¹⁵ Фетисова О. В. Договор как основание возникновения приемной семьи // Защита прав ребенка в современной России: Материалы научно-практ. конф. М., 2004. С. 164.

¹⁶ Чашкова С. Ю. Проблемы правового регулирования отношений в приемной семье // Там же. С. 155.

¹⁷ Там же. С. 146, 147.

форма воспитания детей, мы считаем, что их взгляд на приемную семью как форму воспитания детей не соответствует, во-первых, позиции законодателя, во-вторых, узок, не точен, в-третьих, не учитывает различий в понятиях «устройство», «воспитание» и «форма». Если мы проанализируем ст. 25 СК и ст. 1 ФЗ «О дополнительных гарантиях по социальной защите детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей», где приемная семья определяется как «форма устройства детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на основании договора о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью между органом опеки и попечительства и приемными родителями (супругами) или отдельными гражданами, желающими взять детей на воспитание в семью», то установим, что законодатель последовательно определяет в разных нормативных актах приемную семью как форму устройства детей. Но, чтобы положить конец спору, мы должны выяснить соотношение спорных понятий.

В энциклопедических, юридических и толковых словарях мы находим следующее. Устройство определяется как установленный порядок.¹⁸ Воспитание определяется как процесс систематического и целенаправленного воздействия на духовное и физическое развитие личности в целях подготовки ее к производственной, общественной и культурной деятельности. Тесно связано с образованием и обучением.¹⁹ Форма (лат. forma) определена как: 1) внешнее очертание, наружный вид, контуры предмета; 2) внешнее выражение какого-либо содержания.²⁰ Таким образом, определение приемной семьи как формы воспитания не отражает всей сути этого правового явления. Такой взгляд на приемную семью является узким, поэтому законодатель прав, и оснований изменять его формулировку нет.

Одним из отличительных признаков приемной семьи является специфическое основание ее возникновения — договор о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью (нами в настоящем исследовании используется аналог этого понятия — договор о приемной семье). Заключение договора в рассматриваемом правоотношении, особенно с учетом положений п. 1 ст. 152 СК РФ, — считает С. Ю. Чашкова, — носит скорее вспомогательный характер.²¹ Не разделяя данного мнения, мы полагаем, что роль данного

¹⁸ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М., 1995. С. 830.

¹⁹ Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А. М. Прохоров. 4-е изд. М., 1989. С. 249.

²⁰ Там же. С. 1440.

²¹ Чашкова С. Ю. Проблемы правового регулирования отношений. С. 155.

договора в регулируемых им отношениях значительно выше, выполнение им вспомогательной функции в правоотношении не может охватить его значения в семейном праве. При введении в семейное законодательство этого вида договора (соглашения) также просматривается курс российского законодателя на расширение диспозитивных начал в семейном праве. М. В. Антокольская также связывает появление этой правовой конструкции с усилением диспозитивных начал в регулировании семейных отношений.²² Современная юридическая наука активно и заинтересованно обсуждает вопрос о расширении договорного начала в различных отраслях права. «Появление подобных идей связано с тем, что в последнее десятилетие во многих сферах общественных отношений наметилась тенденция к расширению договорного регулирования».²³ Ю. А. Тихомиров отмечает, что это связано с необходимостью «сужения областей государственного управления и увеличения удельного веса их саморегуляции».²⁴ Учитывая, что общественными потребностями обуславливается при необходимости и смена правовых механизмов, можно заключить, что данная тенденция не только не опасна, но и необходима обществу. Еще в 1974 г. Р. О. Халфина указывала на необходимость применения договора в различных отраслях права.²⁵ За это время в России произошли коренные изменения, повлекшие изменения в политике, экономике и праве. Отмечается расширение действия частного права не только в экономике, но и в социальной сфере. Примером процесса усиления договорных начал в отраслях российского права может служить введение возмездного содержания инвалидов и пожилых граждан на основании соглашений, заключаемых ими с государственными и муниципальными учреждениями социального обслуживания, предоставляющими платные социальные услуги.²⁶ Исследуемый нами договор о приемной семье также попал в правовое поле, представляя собой объективную закономерность соответствия права современным общественным отношениям.

Главным отличием приемной семьи от других форм воспитания

²² Антокольская М. В. Семейное право: Учебник. М., 1996. С. 26.

²³ Михеева Л. Ю. Опекa и попечительство: Теория и практика. С. 133.

²⁴ Тихомиров Ю. А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. 2001. № 5.

²⁵ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 293.

²⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 15.04.1996 г. № 473 (ред. от 17.04.2002) «О порядке и условиях оплаты социальных услуг, предоставляемых гражданам пожилого возраста и инвалидам государственными и муниципальными учреждениями социального обслуживания» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 2002; 2002. № 16. Ст. 1571.

детей, оставшихся без родительского или иного попечения, — считает Е. Ю. Валявина, — является особый юридический состав, лежащий в основе возникновения правоотношений между приемными родителями и приемными детьми, с одной стороны, и органами опеки и попечительства, с другой. Приемная семья образуется на основании договора о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью.²⁷ В теории права общепринято определять договор как соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении каких-либо прав и обязанностей. «Из этого определения вытекает два важных следствия: во-первых, любой договор — это прежде всего соглашение, под которым понимается совпадение воли сторон, направленных на достижение единой для них цели; во-вторых, договор представляет собой только взаимное соглашение, поскольку в нем участвуют как минимум две стороны».²⁸ Не вызывает сомнения, что договор о приемной семье также является соглашением, которое представляет собой совместную договоренность сторон (приемных родителей и органа опеки и попечительства), выражающую их общую волю на установление прав и обязанностей по поводу передачи ребенка (детей) в приемную семью, где он будет содержаться и воспитываться.

²⁷ Гражданское право: Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 3. С. 469–470.

²⁸ Фетисова О. В. Договор как основание для возникновения приемной семьи. С. 171.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

*К. Т. Трофимов**

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕНЕГ. ОЧЕРК СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

Рассматривая правовую природу денег, необходимо учитывать, во-первых, их реальную, экономическую природу и, во-вторых, сложившееся понимание их правовой природы юристами развитых стран.

Первое необходимо для того, чтобы правовое регулирование не вступало в противоречие с самой природой денег. Деньги появились задолго до того, как государство начало придавать им силу законного платежного средства. Поэтому, учитывая обусловленность права фактическими отношениями, а также целями и задачами, преследуемыми при осуществлении правового регулирования, при рассмотрении вопроса правовой природы денег необходимо исходить не из догм, традиций и т. п., а из самой природы денег и выполняемых ими функций. Предмет правовой науки – не правовые конструкции ради самих конструкций, а реальные проблемы, которые наука права должна решать. Исследовать право можно путем описания существующих норм права и «подгонкой» новых явлений под существующие конструкции, а можно и путем изучения генезиса данной нормы, ее адекватности изменившимся реалиям и предложений по ее совершенствованию.

Использование сравнительно-правового метода особенно ценно в отношении анализа правовой природы денег, т. к. глобализация

* Доктор юридических наук, зав. кафедрой финансового и предпринимательского права, Юридический институт Дальневосточного государственного университета.

достигла наибольшего прогресса именно в финансовой сфере и термин «мировые деньги», утрачивая связь с определенной национальной валютой (долларом США), уже стал не только общеупотребительным термином, но и экономической реальностью. Деньги, финансы, коммерция интернациональны по своей природе.

В сфере мировых финансов происходит унификация правового регулирования, постепенное сближение различных воззрений, сопровождающееся отказом от убеждения в непогрешимости собственных взглядов и более гибким подходом к устоявшимся догмам.

Конечно, с усилением идеи национальной государственности на почве нетребовательного самолюбования вырастает гордость за собственное национальное право и особенно за свою роль в этом праве. Однако правовое исследование приобретает по настоящему научный характер только тогда, когда поднимается выше исследования норм замкнутой национальной системы.

Деньги, как календарь и система мер, являются скорее культурной, чем юридической конструкцией. Технологические и социальные изменения формы денег расширили их роль в нашей жизни. В течение веков деньги стали определяющей переменной величиной не только для коммерческих отношений, но во все большей степени для всех видов отношений – от религиозных и политических до сексуальных и семейных.

Л. А. Лунц в своем классическом труде «Деньги и денежные обязательства в гражданском праве» отмечал, что раскрытие общего юридического понятия денег возможно лишь путем анализа той функции, которую деньги исполняют в хозяйственной жизни. Экономическое понятие денег всегда остается источником восполнения пробелов юридического определения.¹

¹ Мнения русских, советских и российских юристов на правовую природу денег излагаются по следующим работам: Банковское право Республики Беларусь: Практическое пособие / Под ред. Ханкевич Л. А. Минск. 2000; Белов В. А. Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки. М., 2000; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: В двух томах. Книга пятая. М., 2006; Витрянский В. В. Договор доверительного управления имуществом. М., 2001; Гражданское право: Учебник. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2003 (автор раздела – Д. А. Медведев); Демушкина Е. С. Вопросы гражданского права в теории и практике обращения безналичных ценных бумаг. М., 1999; Ефимова Л. Г. 1) Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право, 1997. № 2; 2) Банковские сделки: право и практика. М., 2001; Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб., 2001; Лебедев В. А. Бумажные деньги. Речь в С.-Петербургском университете 8 февраля 1889 г. / Финансовое право. Учебник. М., 2000; Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства

Специфические особенности денег, отличающие их от других объектов гражданского права, определяются той экономической функцией, которые деньги исполняют в обороте. Попытки построения специального понятия денег (прежде всего безналичных денег) для целей гражданского права вне связи с экономическим понятием денег вряд ли будут удачными, да и не могут быть иными.

За время своей эволюции деньги прошли путь от конкретных ценностей (животные, шкуры, украшения) до совершенной бесплотности (электронные импульсы). Коротко историю денег можно изложить следующим образом: золотые и серебряные монеты – бумажные деньги – электронные деньги. Эволюция кредитных (банковских) денег: вексель, акцептованный вексель, банкнота, банковские депозиты, чек, электронные деньги, кредитные карточки. Если говорить о современной истории денег, то для понимания их правовой природы значимым событием является отказ развитых стран мира от золотого стандарта после мирового экономического кризиса 1929–1933 гг., окончательно прервавший связь денег с конкретными материальными ценностями. После отмены золотого стандарта действует бумажно-денежный стандарт; деньги ничем не обеспечены, кроме общественной веры в то, что их примут в оплату за товары и услуги. Теория эволюции денег заключается в том, что естественным направлением развития любой экономики является использование торговых систем с минимально возможными издержками обращения, поэтому по мере развития технологий неизбежно происходит сокращение налично-денежного и чекового оборота.

Невозможно отрицать революционное, принципиальное отличие электронных (безналичных) денег от денег, существующих в виде вещей (монет и банкнот). Именно поэтому попытки описать современные деньги в категориях вещного права и классического деления прав на вещные и обязательственные приводит либо к отрицанию существования безналичных денег, либо к появлению конструкций, не соответствующих их

в гражданском праве. М., 1999; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). М., 2000. (Классика русской цивилистики); *Новоселова Л. А.* Проценты по денежным обязательствам. М., 2003; *Общая теория денег и кредита. Учебник для вузов / Под ред. проф. Е. Ф. Жукова.* М.: ЮНИТИ, 1998; *Павлодский Е. А.* Договоры организаций и граждан с банками. М., 2000; *Трофимов К. Т.* Безналичные деньги. Есть ли они в природе? // *Хозяйство и право.* 1997. № 3; *Шершеневич Г. Ф.* 1) *Курс торгового права.* Т. 2: Товар. Торговые сделки. М., 2003; 2) *Учебник торгового права.* М., 1994; *Эльясон Л. С.* Деньги, банки и банковые операции. М., 1926; *Эриашвили Н. Д.* Финансовое право. М., 1999.

экономической природе.

Деньги – это прежде всего экономическая категория, особый вид универсального товара; блага, обладающие совершенной ликвидностью и выполняющие функции средства измерения ценности остальных благ (всеобщего эквивалента) или средства осуществления расчетов при обмене (средства обмена).

Необходимо отметить, что современное понимание экономистами денег не только как банкнот и монет, но и как безналичных денег (средств на счетах в банках), появилось только в 30-е годы прошлого века (Д. М. Кейнс, один из основателей современной экономической науки, в книге «Трактат о деньгах», 1930 г., John Maynard Keynes «A Treatise of Money»). И такое понимание денег, предложенное Д. М. Кейнсом, отнюдь не сразу было принято остальными экономистами. В современной экономической науке единство функций наличных и безналичных денег, их существования в различных формах: физической (наличные) и кредитной (счета в банках) не вызывает сомнения. Если же говорить не только о науке, а о жизненных реалиях, то очевидно, что транзакционные банковские депозиты заменили наличные деньги в роли наиболее важных денег для совершения сделок, а доля «невидимых» (электронных) денег в гражданском обороте неуклонно растет.

Самое широкое определение денег – все ликвидные активы экономики, в которых население может временно, до момента их расходования, сохранять свою покупательную способность (казначейские обязательства, депозиты, коммерческие бумаги).

Деньгами является все, что признается в качестве денег. Технологические изменения в банковской сфере приводят к изменению формы денег. Между налично-денежным и безналичным оборотом существует тесная взаимозависимость: деньги постоянно переходят из одной сферы обращения в другую, меняя форму банкнот на депозит в банке, и наоборот. Обращение безналичных и наличных денег в совокупности образует единый денежный оборот страны. С помощью безналичных денег (американский термин «деньги на депозите» – deposit currency) в странах с развитой финансовой системой совершается около 95% сделок, в России – около 70% (см. официальный сайт Банка России www.cbr.ru), что обусловлено последствиями кризиса 1998 г., общей экономической и политической нестабильностью, недоверием к банковской системе, несовершенством банковских технологий и т. д.

Если с точки зрения экономической науки деньгами является все, что

используется в качестве денег, с точки зрения права – то, что в качестве денег прямо указано в законе.

Аристотель писал: «Деньги стали деньгами (*nomisma*) не по своей внутренней природе, а в силу закона (*nomos*), и в нашей власти изменить это положение и сделать их бесполезными».

Этой же точки зрения придерживаются российские, как дореволюционные, так и современные ученые: «полный характер свой деньги получают лишь тогда, когда, обладая внутренней ценностью, т. е. экономической платежной способностью, они обладают и юридической правоспособностью в этом отношении». Пользуясь экономическими свойствами денег, отмечает Г. Ф. Шершеневич, «государство придает им юридическое свойство – служить законным платежным средством».

Деньги не являются вещью как таковой, не имеют собственной потребительной стоимости, а являются лишь мерой стоимости других вещей. Использование денег происходит лишь в отношениях их обмена на что-либо. Потребление вещи есть использование ее естественных свойств по назначению, «потребление» денег есть использование их социально-экономических функций. К денежным знакам неприменимо также такое понятие как делимость вещи, т. к. здесь имеется в виду физическое разделение вещи. Физическое разделение денег влечет их изъятие из оборота в связи с невозможностью выполнения функций. Размен денег неравнозначен признанию их делимости. Вместе с тем, на денежные знаки может быть распространен режим движимых вещей, определенных родовыми признаками. Режим индивидуально определенных вещей для денег является исключением (нумизматика, доказательства в уголовном процессе).

Дореволюционные ученые (Д. И. Мейер, Г. Ф. Шершеневич и др.) разделяют звонкую монету (серебряную или золотую) и бумажные деньги (кредитные билеты), отмечая при этом, что бумажные деньги приобретают ценность, которая им совершенно чужда, как вещам. При этом монета понимается как объект права собственности, а бумажные деньги как обязательство. Такая классификация абсолютно оправдана для того времени, когда золотые и серебряные монеты имели хотя и дисконтированную, но все же определенную стоимость драгоценного металла, из которого они были изготовлены, а бумажные деньги содержали в себе обязательство банка обменять их на монету.

Современная российская теория правовой природы денег, при

единстве понимания наличных денег (как монеты, так и бумажных) как вещей, в отношении правовой природы безналичных денег представлена весьма широкой палитрой взглядов. В настоящее время, когда монета и бумажные деньги утратили какую-либо самостоятельную ценность как вещи, «обязательственная» составляющая денег из области бумажных денег переместилась в область денег электронных.

Что происходит с правом собственности на деньги, когда заключив договор вклада или счета собственник наличных обращается в банк (только банк, точнее банковская система, могут трансформировать наличные деньги в безналичные) для открытия счета.

По мнению В. В. Витрянского, результатом внесения клиентом банка денег на свой счет является утрата им права собственности на наличные деньги (право собственности возникает у банка) при одновременном приобретении «права требования» к банку, т. е. происходит трансформация права собственности в обязательственно-правовые отношения. При выдаче вклада (наличных со счета) происходит передача наличных денег из собственности банка в собственность клиента. Концепцию обязательственно-правовой природы безналичных денежных средств поддерживают также Е. А. Суханов, Л. А. Новоселова, С. В. Сарбаш и другие авторы. Еще дальше в сторону признания обязательственной природы денег идет Ф. С. Карагусов, который считает, что деньгами должны признаваться только соответствующие обязательства государства в форме денежных знаков или записей по банковскому счету. Безналичными деньгами, по его мнению, действительно являются именно безусловные обязательства Национального Банка (Казахстана – К. Т.), удостоверенные записями по банковским счетам в банках второго уровня. Владелец денег на счете одновременно с тем, что он является кредитором государства по этим деньгам, также приобретает обязательственное право требования к этому коммерческому банку. В. А. Белов просто считает, что безналичных денег не бывает и деньги могут быть только наличными. Другие авторы (Л. Г. Ефимова, Л. А. Ханкевич) придерживаются точки зрения, что наличные и безналичные деньги – всего лишь разные формы денег и при внесении наличных нет перехода права собственности, только изменение формы с наличной на безналичную, а средства остаются в собственности клиента.

Что лежит в основе теории «права требования»: анализ природы денег, реально существующих отношений или, может быть, предложения

по совершенствованию законодательства? Л. А. Новоселова и Н. Д. Эриа-швили дают ответ на этот вопрос: традиции. Статья 128 ГК РФ к объектам гражданских прав относит вещи, включая деньги и ценные бумаги. За годы советской власти традиции обращения ценных бумаг в России были утрачены, поэтому признание права собственности на бездокументарные (безналичные) ценные бумаги возражений даже у сторонников существования вещных прав только на физически осязаемые вещи не вызывает. Более того, анализируя правовую природу бездокументарных ценных бумаг, они призывают отказаться от антагонизма документарной и бездокументарной форм выпуска ценных бумаг и акцентировать внимание не на различии между ними, а, напротив, на несомненном их сходстве и общих чертах, их единой сущности (В. В. Витрянский).

Если анализировать природу безналичных денег как результат сделки между клиентом и банком (а другого способа появления безналичных денег нет), то неизбежен вывод, что действующее законодательство не предусматривает оснований для утраты клиентом права собственности на деньги и, соответственно, его возникновения у банка. Статья 235 ГК РФ, регулирующая основания прекращения права собственности, содержит положение, что право собственности (помимо иных оснований) прекращается при отчуждении имущества собственником. Согласно положений ст. 18 ГК РФ право собственности на имущество, которое имеет собственника, может быть приобретено другим лицом на основании сделки об отчуждении имущества. Очевидно, что ни договор вклада, ни договор счета не направлены на отчуждение клиентом банка своей собственности (денег) в пользу банка. К сожалению, сторонники теории «права требования» не предлагают ссылок на нормы права, регулирующие трансформацию права собственности на деньги в обязательственное право и наоборот. В качестве такого основания не могут рассматриваться договоры банковского счета или вклада, т. к. юридическая цель этих договоров, воля сторон направлена на обеспечение доступа клиента к агентским функциям банковской системы и услугам отдельного банка и они содержат (да и не могут содержать) порядок утраты клиентом права собственности на принадлежащие ему деньги и приобретение так называемого «права требования».

Одна из основных функций банковской системы – расчеты. Если мы признаем право собственности на деньги в безналичной форме, то сущность расчетной операции представляется достаточно простой и ясной. Банк как финансовый посредник обеспечивает переход права собственности на

деньги от одного участника хозяйственного оборота к другому. Перевод имеет своей целью переместить деньги, передать их из рук должника в руки кредитора. (Г. Ф. Шершеневич, Л. Г. Ефимова, Д. А. Медведев). Банк обязуется перевести определенную денежную сумму (ст. 863 ГК РФ).

Сторонники теории «права требования» вынуждены предлагать более «изящные» конструкции. По их мнению, при безналичных расчетах никакой передачи денег не происходит, а в качестве средства платежа используется имущество в форме права на деньги (В. В. Витрянский, Л. А. Новоселова), а целью расчетов является передача права требования от плательщика к получателю денег. Что является правовым основанием для такого рода конструкции? По мнению В. В. Витрянского, расчеты есть особый случай перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона (ст. 387 ГК РФ), каковым (специальным законом) должны признаваться нормы гл. 46 ГК РФ и банковские правила о безналичных расчетах. По мнению В. А. Белова, расчеты – это новация денежного обязательства в обязательство по переводу долга и прекращение последнего путем его новации в денежное обязательство банка-получателя перед получателем средств. Л. А. Новоселова понимает расчеты как особый порядок передачи прав, отличный от общегражданской уступки прав требования (цессии).

Можно ли рассматривать расчеты как особый, основанный на законе (гл. 46 ГК РФ), порядок перехода прав кредитора? Представляется, что нет. Основанием для осуществления расчетов является договор банковского счета (ст. 845 ГК РФ) и именно на основании **договора** банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту, денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. И стороны по сделке, на основании которой проводится расчетная операция, и стороны по договору банковского счета свободны в выборе форм расчетов, закреплении в договоре условий, отличающихся от предусмотренных ГК РФ и иными законами. Регулирование форм расчетов в ГК РФ и подзаконными нормативными актами Банка России направлено только на унификацию документооборота, а отнюдь не на регулирование перехода прав кредитора.

Новация (ст. 414 ГК РФ) возможна между **теми же** лицами, что и в первоначальном обязательстве, но с **иным** предметом или способом исполнения обязательства. При расчетах же, наоборот, происходит замена лиц в обязательстве при сохранении способа и предмета исполнения, что не дает оснований для их отнесения к новации.

В результате расчетов в большинстве случаев (если не брать во внимание расчеты между клиентами одного банка) происходит замена и должника (банка) и кредитора (клиента), т. е. происходит одновременно и уступка требования и перевод долга. Статья 389 ГК РФ требует соблюдения письменной формы для уступки требования, основанного на сделке, совершенной в простой письменной форме (договор банковского счета). Статья 391 ГК РФ закрепляет, что перевод долга допускается лишь с согласия кредитора. Клиенты банка не подписывают между собой соглашений об уступке права требования к банку плательщика (получателю денег деньги нужны в его банке, а не в банке плательщика) и клиент банка не дает каждый раз согласия на перевод долга, когда его банк привлекает банк-корреспондент для совершения расчетной операции.

Самое принципиальное отличие денежных знаков от вещей заключается в том, что, в силу объективной природы денег, эти знаки не могут использоваться в качестве предмета подавляющего большинства гражданско-правовых сделок (предметом сделок являются товары, а не деньги). Деньги нельзя купить, деньги не удовлетворяют естественных потребностей человека.

В российском праве нет однозначного ответа на вопрос, что является объектом денежного обязательства с использованием безналичных денег. Л. А. Лунц считает, что безналичные расчеты не изменяют содержания денежного обязательства, объектом которого остаются всегда наличные деньги. Д. Г. Лавров включает в понятие «деньги» как предмета денежного обязательства наличные и безналичные деньги. В. В. Витрянский считает, что при совершении различных сделок с безналичными денежными средствами объектами таких сделок являются отнюдь не деньги, а право на деньги.

Признание единства экономической и юридической природы денег, существующих в двух формах, неизбежно приводит нас к выводу, что объектом денежного обязательства являются деньги, существующие в наличной или в безналичной форме, при этом в рамках одного обязательства могут использоваться обе формы.

Ст. 861 ГК закрепляет равноправие наличных и безналичных денег в осуществлении расчетов. Установленные же ограничения на использование наличных денег в расчетах между юридическими лицами вытекают только из экономической ситуации в стране, а не из различий наличных и безналичных денег, как средства платежа. Более того, эти ограничения

направлены на сокращение наличного оборота. Банк, выполняя функцию финансового посредника и агента на основании договора банковского счета, лишь способствует переходу права собственности на деньги от одного клиента к другому.

По мнению М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, вывод о сохранении за клиентом банка права собственности на денежные средства, внесенные на банковский счет, при наличии на стороне банка права использовать соответствующие денежные средства, находится за гранью всяких возможных и допустимых исключений. Размещение банком привлеченных средств «от своего имени и за свой счет» (п. 2 ст. 5 ФЗ от 2 декабря 1990 г. № 3951 «О банках и банковской деятельности») не означает возникновения у банка права собственности на привлеченные депозиты. Участие в хозяйственном обороте «чужими» средствами от своего имени вытекает из особенностей экономической природы банков как финансовых посредников и создателей денег. Конечно, для юристов термин «мультипликатор депозитов» звучит как минимум непривычно, как максимум – неприемлемо, но вне зависимости от того, как к этому относятся отдельные представители юридической науки, мультипликация депозитов и безналичные деньги существуют в реальной жизни. Объяснение этого экономического явления находится за пределами данного очерка, но для понимания природы банковской деятельности и безналичных денег необходимо отчетливое осознание того, что банковская деятельность приводит к появлению новых операционных счетов, безналичных денег, «мультипликации депозитов». Баланс любого банка покажет, что ссуды, выданные им клиентам, превышают сумму привлеченных им средств. Например, Международный промышленный банк (www.iib.ru) при пассивах (депозиты банков, счета клиентов и выпущенные долговые ценные бумаги) в 42,6 млрд. рублей предоставил клиентам ссуды на 61,7 млрд. рублей.

Клиент банка (как юридическое, так и физическое лицо) имеет право собственности на наличные и безналичные деньги и может утратить его только по основаниям, предусмотренным действующим законодательством (исполнение договора, решение суда и т. п.). Реальность полномочий собственника в отношении денег на счете особенно ярко проявляется при использовании банковских карт или компьютерного управления счетом. Клиент осуществляет распоряжение счетом, в т. ч. получение наличных, практически в любой точке земного шара, включая и время, когда банк, где открыт его счет, не работает.

Сама постановка вопроса о природе безналичных денег вызвана различием в форме их существования.

Между тем, в качестве именно денег, а не формы их существования, как наличные, так и безналичные денежные средства выполняют совершенно одинаковые экономические и юридические функции. Наличные деньги не имеют каких-либо экономических свойств, отличающих их от безналичных денег.

Деньги необходимо рассматривать в качестве самостоятельного объекта гражданских прав. Такой подход обусловлен специфической природой денег как объекта прав, наличием различных форм их существования (при единстве экономической и юридической природы), функциями, выполняемыми деньгами в гражданском обороте.

С точки зрения права, совершенно безразличны физические характеристики денег (бумажные, электронные или металлические, медные или золотые). Содержание права собственности (объем правомочий собственника) не зависит от физических характеристик вещи. Объектом гражданского правоотношения, как явления объективной действительности, является деньги вне зависимости от формы их существования (наличной или безналичной). Когда мы говорим про деньги как про объект права, то учитываем условность категории «объект права», т. к. придерживаемся той точки зрения, что правовой режим устанавливается не для вещей, а для связанного с ними поведения людей. Признание вещей объектами гражданских прав является фикцией, обусловленной необходимостью простоты и ясности правового регулирования хозяйственного оборота. Неразрывность связи поведения людей в отношении вещей с самими вещами обусловила возможность упрощения на уровне закона, выразившегося в признании объектом гражданского права вещи, а не права на вещь.

Юридическое понимание денег, в силу известной инерционности, пока не претерпело изменений, соответствующих новым функциям безналичных денег в экономике. Безналичные деньги, с точки зрения своих функций, являются такими же деньгами, как монеты и банкноты. Физическая форма денег после отмены золотого стандарта с учетом современных технологий утратила свое юридическое значение (как и применение по отношению к деньгам категорий, характеризующих вещи: потребляемость, делимость и др.). Доля безналичных денег в общем объеме платежей неуклонно растет и они представляют собой лишь другую форму существования одного объекта права. Признание в юридической науке денег как единого объекта

права, существующего в двух формах (наличной и безналичной), с единым режимом собственности, позволит устранить необходимость создания конструкций, пытающихся объяснить трансформацию права собственности на наличные деньги в «право требования». Непризнание безналичных денег в качестве объекта права собственности подрывает природу денег как всеобщего средства обмена товаров, как всеобщего средства обращения.

Построение теоретических конструкций ради самих конструкций и соблюдения традиций не всегда бывает успешным. Не существует «разных видов» денег, «самостоятельных объектов», родового понятия «деньги», существуют просто деньги в двух формах: наличной и безналичной форме. Банк как финансовый посредник, получая наличные деньги от клиента, преобразует их в безналичную форму как более технологичную для расчетов, кредитования и т. п.; требуя выдать средства со счета, клиент требует преобразовать его деньги из безналичных в наличные, при этом банки получают вознаграждение за изменение формы денег (плата за пересчет наличных, за выдачу наличных, за перевод на другой счет). Теоретически ничто не препятствует банку хранить наличные деньги, полученные от каждого клиента, в отдельных мешках и осуществлять расчеты, перевоза эти мешки, как это было на заре банковского дела. Развитие технологий, особенно электронных, привело к признанию «средств на счете» деньгами экономистами и неизбежно приведет к признанию и юристами существования двух форм денег и необходимости их выделения как особого объекта гражданского права. Представляется, что с помощью традиционного понимания денег как разновидности вещей, описать электронные платежи и правовой режим безналичных денег невозможно, просто в силу того, что традиционное понимание формировалось в то время, когда современные формы платежей и иных видов банковской деятельности еще не существовали. И если в отношении безналичных денег в банке еще можно предлагать «права требования» (есть сторона в обязательстве), то как быть в отношении денег в Интернете, электронной коммерции, smart-card, при использовании которых расчеты осуществляются, минуя банковскую систему? Покупка товара через Интернет с использованием банковской карты или электронных денег (Web-money, Яндекс-деньги и т. п.) – это передача «прав требования» от кого кому? Кому, если не владельцу карточки или денег на счете в Интернете эти деньги принадлежат? «Всемирной паутине», Биллу Гейтсу? Какова будет реакция зарубежного инвестора, если ему со ссылкой на труды авторитетных российских ученых объяснить, что вместо

права собственности на свой капитал, предназначенный для инвестирования в российскую экономику и находящийся на счете в российском банке, он приобрел «право требования» к российскому банку. Подобные правовые конструкции как раз и характерны для тех рынков, которые получили название *emergency-market* (этот термин вряд ли требует перевода).

В праве зарубежных стран (США, Великобритания) безналичные деньги (счета в банках, банковские карты, электронные деньги) понимаются как одна из форм денег. Клиент банка является собственником средств, а перевод денег есть передача собственности от одного клиента банка другому.²

Black's Law Dictionary определяет деньги как: 1. монеты и банкноты (*coins and currency are money*); 2. активы, которые могут быть легко конвертированы в наличные, «депозиты по требованию» (*demand deposits are money*); 3. капитал, который инвестируется или торгуется как товар (*the money market*); 4. фонды, суммы денег (*investment money*).³

J. S. Rogers и R. Cranston также понимают электронные деньги (*e-money*) как одну из форм денег (*form of money*).⁴

M. R. Shuster на вопрос, кому принадлежат деньги, находящиеся на счете, банку или клиенту, дает однозначный и категоричный ответ клиенту: «Общеизвестно, что в случае банковских расчетов собственность принадлежит депоненту, даже если монеты и банкноты находятся у банка. То есть собственность принадлежит кредитору, но не банку, как дебитору. Депонент является собственником узурфрукта — прибыли от депозита — актива, выгодоприобретателем депозита, и он может перевести его, ликвидировать, распорядиться им по своему усмотрению».⁵

² Взгляды зарубежных ученых на правовую природу денег излагаются по следующим работам: *Долан Э. Дж. и др.* Деньги, банковское дело и денежно-кредитная политика / Пер. с англ. В. Лукашевича и др. М., 1996; *Кидуэлл Д. С. и др.* Финансовые институты, рынки и деньги. СПб., 2000; *Макконел К. Р., Брю С. Л.* Экономикс: принципы, проблемы и политика: В 2-х т. М., 1996; *Миллер Р. Л., Дэвид Д. Ван-Хуз.* Современные деньги и банковское дело. М., 2000; Энциклопедия банковского дела и финансов / Под ред. Чарльза Дж. Вулфела. Пер. с англ., Самара, 2000; *Lovett W. A.* Banking and Financial Institutions Law. West Group, St. Paul, Minn, 2001; *Mann F. A.* The Legal Aspects of the Money. Oxford, 1992.

³ *Black's Law Dictionary*. 17th Edition. West Group, St. Paul, Minn, 2000.

⁴ *Cranston R.* Principles of Banking Law. Oxford, 2002; *Rogers J. S.* The New Old Law of Electronic Money. 58 SMUL. Rev.1253/LexisNexis.

⁵ This has been universally resolved in the case of bank accounts — the depositor has the property, even though the bank has the notes and coins. That is, the creditor has it, not the bank as debtor. The depositor is the owner of the asset — the benefit of the deposit — and he can transfer it, cancel it, give it away in his will (*Shuster M. R.* The Public International Law of Money. Oxford,

Ph. R. Wood отмечает, что основная банковская услуга, определяющая сущность банковской деятельности, это деятельность в качестве депозитария (хранителя) денег клиентов.⁶

Поддержка взглядов представителей зарубежной юридической науки не означает их некритического восприятия или предложений по слепому копированию. Первая статья автора, посвященная правовой природе денег и содержащая вывод о праве собственности клиента банка на безналичные деньги, была опубликована 10 лет назад еще до детального знакомства с работами зарубежных юристов по этой проблеме.

Сейчас в отношении правовой природы денег мы имеем дело с тем, что в российском праве преобладающей является теория, противоречащая самой природе денег.

Признание права собственности на деньги, существующие в нематериальной форме, есть настоятельная потребность правового регулирования денежного обращения в стране. Право создало много воображаемых конструкций, фикций для удобства регулирования отношений. «Юридическое лицо» — один из таких примеров. Сегодня «юридическое лицо» есть лишь электронная (!) запись в компьютере налоговой службы, несуществующее лицо, фикция, порождение воображения юристов. Но фикция, химера «юридического лица», создает огромные преимущества и удобства для гражданского оборота и право собственности на юридическое лицо, акции в безналичной форме никаких вопросов не вызывает. Для автора нет сомнений, что и в отношении правовой природы безналичных денег инерционность юридического мышления и приверженность к устаревшим юридическим конструкциям будут рано или поздно преодолены.

1973).

⁶ The most basic service a bank can provide to members of the public is to act as a depository for their moneys. This is the essence of commercial banking; it provides a legal definition for banking (*Wood Ph. R. Comparative Financial Law. 1995*).

М. В. Белобородов*

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ В ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РФ И КНР

Основными документами для освещения данной темы являются Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, принятый Государственной Думой 23.10.2002 года,¹ а также Гражданский процессуальный кодекс Китайской Народной Республики, принятый на 4-й сессии Всекитайского собрания народных представителей седьмого созыва 9.04.1991.²

Оба вышеназванных документа к понятиям иностранных лиц относят не только иностранных граждан, а также лиц без гражданства, иностранные и международные организации, включая само понятие государство (ч. 1 ст. 398 ГПК РФ, ст. 241 ГПК КНР). Рассмотрению вопроса о правовом положении иностранных лиц посвящены отдельные разделы ГПК РФ «Производство по делам с участием иностранных лиц» и ГПК КНР «Особые установления, касающиеся производства по гражданским делам с участием иностранных лиц». По российскому законодательству правовое положение иностранных лиц характеризуется следующим образом — «иностранные граждане, лица без гражданства, иностранные организации (охватываемые понятием иностранные лица) имеют право на обращение в суды Российской Федерации для защиты своих нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов. Иностранцы пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими гражданами и организациями (ч. 1, 2 ст. 398 ГПК РФ).

На практике это выглядит следующим образом — граждане либо организации иного государства вправе свободно и беспрепятственно

* Кандидат экономических наук, заведующий кафедрой «Государственное строительство и право» Приморского института государственного и муниципального управления.

¹ См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации, в редакции Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 137ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями).

² См.: Современное законодательство Китайской Народной Республики, сборник нормативных актов / Редактор и автор предисловия Л. М. Гудошников. М., 2004. С. 259–313.

обращаться в суды, прокуратуру, органы внутренних дел и иные учреждения, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и собственные граждане.

Поскольку ст. 34 ГПК РФ относит к лицам, участвующим в деле следующих субъектов: стороны (истец и ответчик); третьи лица; прокурор; а также лица, обращающиеся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающие в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным статьями 4, 46 и 47 настоящего кодекса (органы государственной власти, местного самоуправления, иные организации в защиту интересов другого лица, неопределенного круга лиц, интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, и муниципального образования); то иностранные лица могут участвовать в суде не только в качестве истцов и ответчиков, но и в качестве третьих лиц, если при этом затрагиваются права и интересы данных лиц, либо возникла необходимость привлечения иностранного лица в судебный процесс между двумя российскими лицами.

Часть 2 ст. 398 ГПК РФ установила правило о равном правовом режиме для иностранных граждан. Оно получило название принципа национального правового режима, вытекающего из международного и национального гражданского процесса как принципа равенства.³ Закон подразумевает, что на иностранное лицо в полной мере распространяется положение о гражданской процессуальной правоспособности и дееспособности, установленное для российских лиц. При этом процессуальный статус иностранных лиц одинаков во всех видах производств гражданского процесса.

Сравнивая перечисленные нормы с гражданским процессуальным законодательством КНР, следует обратиться к положениям ст. 5 ГПК КНР, в которой сказано, что иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные предприятия и организации, выступая в народных судах в качестве истцов и ответчиков, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности наравне с гражданами, юридическими лицами и иными организациями Китайской Народной Республики.

Называя процессуальные права и обязанности участвующих в деле лиц, в ст. 49 ГПК КНР законодатель указал, что сторонами процесса могут быть граждане, юридические лица и иные организации.

Согласно ст. 50 ГПК КНР, стороны имеют право поручать представителям вести дело, подавать заявления об отводах, собирать и

³ См.: *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 16.

представлять доказательства, выступать в прениях, ходатайствовать о примирении, подавать жалобу, ходатайствовать об исполнении решения, знакомиться с материалами дела, снимать копии с материалов дела и юридических документов, пользоваться своими процессуальными правами в соответствии с законом, соблюдать процессуальный порядок, исполнять вступившее в законную силу решение суда, определения и мировые соглашения.

В ст. 35 ГПК РФ участвующим в деле лицам предоставлены сходные права: право на ознакомление с материалами дела, составление выписок и снятие копий документов, заявление отводов и представление доказательств, право задавать вопросы участникам процесса, заявление ходатайств, дачи объяснений, приведение своих доводов и возражений, обжалование судебного постановления. При этом законодатель уточняет, что лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами.

В целях защиты интересов российских граждан и организаций, законодатель в части 4 ст. 398 ГПК РФ оговорил условия о том, что Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении иностранных лиц тех государств, в которых введены ограничения в отношении российских организаций и граждан РФ (реторсии — от латинского *retorsio* — обратное действие, т. е. ограничительные меры, принимаемые государством в ответ на аналогичные меры другого государства. В отличие от репрессалий, реторсии — ответ на правомерные действия одного государства, наносящие ущерб интересам или престижу другого государства).⁴

При рассмотрении ГПК КНР также следует обратить внимание на оговорку о том, что в случае, если суды иностранных государств вводят ограничения в отношении гражданских процессуальных прав граждан, юридических лиц и иных организаций Китайской Народной Республики, народные суды Китайской Народной Республики применяют ответные ограничения в отношении процессуальных прав граждан, предприятий и организаций данных государств (ст. 5 ГПК КНР).

Помимо процессуальных прав, в РФ лица, участвующие в деле, несут и процессуальные обязанности (обязанность стороны доказать обстоятельства, на которые она ссылается, добросовестно пользоваться своими правами, соблюдать правила поведения в процессе и т. д.), за неисполнение которых

⁴ См.: *Англо-русский юридический словарь*. М., 2003. С. 703.

наступают последствия, предусмотренные настоящим кодексом (наложение штрафа, возможность рассмотрения дела в отсутствие участвующих в деле лиц и т. д.).

Рассматривая вопрос о гражданской процессуальной правоспособности и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в российском законодательстве, ст. 399 ГПК РФ определяет, что законодательство РФ устанавливает несколько различные правила определения право- и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства, в зависимости от того, имеет ли лицо гражданство одного государства либо двойное гражданство, и места его жительства. В указанном случае, законодатель определил способность лица следующим образом, имеет ли данное лицо гражданство вообще, гражданство одного государства либо двойное гражданство, а также где располагается его основное место жительства. В России, по общему правилу, личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет (п. 1 ст. 1195 ГК РФ). Наряду с общими правилами есть целый ряд других положений, определяющих в зависимости от фактической ситуации особенности права, подлежащего применению при определении правового положения лиц в гражданском обороте. В отношениях с иностранным субъектом, российское законодательство для определения статуса иностранного лица применяет международное право, исходя из ГК РФ и международных договоров. Таким образом, идея правового регулирования статуса иностранцев в гражданском судопроизводстве заключается в том, что они приравниваются к российским гражданам, то есть наделяются теми же правами и обязанностями. В тоже время, если иностранное лицо не обладает правоспособностью по личному закону, т. е. не имеет гражданства, то его процессуальная дееспособность признается по российскому праву (с 18 лет, как у всех у физических лиц).⁵

В ст. 400 ГПК РФ сказано о процессуальной правоспособности иностранной организации и международной организации, где отражено общее правило о том, что личным законом юридического лица в РФ является право страны, где учреждено юридическое лицо (ссылка на п. 1 ст. 1202 ГК РФ).⁶ Иными словами, правовой статус иностранных лиц определяется на основании доказательств, подтверждающих их юридический статус

⁵ См.: Гражданский процесс Российской Федерации / Под ред. А. А. Власова. М., 2004. С. 415.

⁶ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации, в редакции Федеральных законов от 30 ноября 1994 года № 51ФЗ, 26 января 1996 года № 14ФЗ, 26 ноября 2001 г. №146ФЗ (с последующими изменениями и дополнениями).

и право на осуществление предпринимательской и иной экономической деятельности. Однако, согласно ч. 2 данной статьи, за иностранной организацией может быть признана и процессуальная правоспособность по российскому праву независимо от ее обладания по личному закону. Относительно процессуальной правоспособности международной организации в ч. 3 статьи сказано, что процессуальная правоспособность международной организации устанавливается тремя способами: на основе международного договора, на основе учредительных документов и на основании соглашения с компетентными органами (вероятнее всего в лице Правительства РФ).

Китайское законодательство к таким понятиям как процессуальная правоспособность и дееспособность относится несколько проще, уделив данным терминам несколько строк в ст. 8 ГПК КНР о том, что стороны гражданского процесса обладают равными процессуальными правами, а народные суды при рассмотрении гражданских дел должны гарантировать и облегчать реализацию сторонами процессуальных прав, исходя из абсолютного равенства сторон перед применением закона. К процессуальным правам сторон ст. 50 ГПК КНР относит права лично, либо через своих представителей вести дело, подавать заявления об отводах, собирать и представлять доказательства, выступать в прениях, ходатайствовать о примирении, подавать жалобу, ходатайствовать об исполнении решения, знакомиться с материалами дела, снимать копии с материалов дела и юридических документов. Стороны должны пользоваться процессуальными правами в соответствии с законом, соблюдать процессуальный порядок, исполнять вступившее в законную силу решение суда, определения и мировые соглашения.

В то же время понятие дееспособности встречается только в ст. 57 ГПК КНР, когда речь идет о необходимости участия в деле опекуна у лиц, не обладающих процессуальной дееспособностью.

При определении подсудности дел с участием иностранных лиц, российские суды применяют общие правила главы третьей ГПК, исходя из которой к подсудности судов общей юрисдикции относятся дела искового производства с участием граждан, организаций, дела, рассматриваемые в порядке приказного производства, особого производства, дела, возникающие из публичных правоотношений, дела об оспаривании решений третейских судов и дела о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных судов. В то

же время, в соответствии с ч. 3 ст. 22 ГПК РФ, судам общей юрисдикции не подведомственны дела, касающиеся экономических споров, и дела, специально отведенные законом к ведению арбитражных судов.

В связи с этим, в соответствии с требованиями ст. 402 ГПК РФ, суды в РФ рассматривают дела с участием иностранных лиц, если организация-ответчик находится на территории РФ или гражданин-ответчик имеет место жительства в РФ. Кроме того, суды общей юрисдикции рассматривают дела с участием иностранных лиц,

— если орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ,

— ответчик имеет имущество, находящееся на территории РФ,

— по делу о взыскании алиментов или установлении отцовства истец имеет место жительства в РФ,

— по делу о возмещении вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью кормильца, вред причинен на территории РФ или истец имеет место жительства в РФ,

— по делу о возмещении вреда, причиненного имуществу, действие или иное обстоятельство, послужившие основанием для предъявления требования о возмещении вреда, имели место на территории РФ,

— иск вытекает из договора, по которому полное или частичное исполнение должно иметь место или имело место на территории РФ,

— иск вытекает из необоснованного обогащения, имевшего место на территории РФ,

— по делу о расторжении брака истец имеет место жительства в РФ или хотя бы один из супругов является российским гражданином,

— по делу о защите чести, достоинства и деловой репутации истец имеет место жительства в РФ.

Помимо перечисленных оснований определения подсудности, т. е. права российских судов на рассмотрение дел с участием иностранных лиц, законодатель оговорил и правила исключительной подсудности. Это относится к определенной категории гражданских дел, которые вправе рассматривать только российские суды, а суды других государств, в свою очередь, не вправе принимать данные дела к своему производству.

В статье 403 ГПК РФ к данным категориям дел относятся следующие дела:

— о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории РФ,

— дела по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории РФ,

— дела о расторжении брака российских граждан с иностранными гражданами или лицами без гражданства, если оба супруга имеют место жительства в РФ,

— дела, предусмотренные главами 23–26 настоящего кодекса (здесь имеются в виду дела, возникающие из публичных правоотношений: о признании недействующими нормативных правовых актов, об оспаривании решений, действий, бездействий органов государственной власти местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих, по делам о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан).

Также к исключительной подсудности российских судов относятся следующие дела особого производства, когда:

— заявитель по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение, имеет место жительства в РФ или факт, который необходимо установить, имел или имеет место на территории РФ,

— гражданин, в отношении которого подается заявление об усыновлении (удочерении), об ограничении дееспособности гражданина или о признании его недееспособным, об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация), о принудительной госпитализации в психиатрический стационар, о продлении срока принудительной госпитализации гражданина, страдающего психическим расстройством, о принудительном психиатрическом освидетельствовании лица, являющегося российским гражданином или имеющего место жительства в РФ,

— лицо, в отношении которого подается заявление о признании безвестно отсутствующим или об объявлении умершим, является российским гражданином либо имело последнее известное место жительства в РФ, и при этом от разрешения данного вопроса зависит установление прав и обязанностей граждан, имеющих место жительства в РФ, организаций, имеющих место нахождения в РФ,

— подано заявление о признании вещи, находящейся на территории РФ, бесхозяйной или о признании права муниципальной собственности на бесхозяйную недвижимую вещь, находящуюся на территории РФ,

— подано заявление о признании недействительными утраченной ценной бумаги на предъявителя или ордерной ценной бумаги, выданных гражданином или гражданину, имеющим место жительства в РФ, либо

организацией или организации, находящимся на территории РФ, и о восстановлении прав по ним (вызывное производство).

Установление перечисленных ограничений исключительной подсудности свидетельствует о том, что в случае рассмотрения одного из вышеперечисленных дел иностранным судом, данное решение не будет признано и исполнено в РФ.

В статье 404 ГПК РФ говорится о том, что по всем другим категориям гражданских дел с участием иностранных лиц, стороны вправе договориться между собою об изменении подсудности дела (пророгационное соглашение) до принятия его судом к своему производству.

В данном случае законодатель имеет в виду те соглашения, которые в контракте предусматривают возможность передачи спора в суд иностранного государства.

Обращаясь к правилам подсудности дел с участием иностранных граждан по законодательству КНР, следует отметить, что в КНР основными органами правосудия являются народные суды, но не арбитраж.

Конечно, в КНР предусмотрено, что юридические споры, связанные с иностранными предприятиями, могут разрешаться в порядке международного арбитражного процесса, через Китайскую международную торгово-экономическую арбитражную комиссию, однако решение вопроса о том, какой суд будет рассматривать дело, зависит исключительно от волеизъявления сторон и заранее оговаривается в контракте (ст. 244, 257 ГПК КНР).

Другими словами, если стороной по делу является предприятие, имеющее статус юридического лица на территории Китая, либо участники процесса являются физическими лицами, имеющими гражданство КНР, то порядок применения судебно-процессуального разрешения споров между ними представляется довольно простым и быстрым.

Если же стороной в споре, возникшем в ходе внешнеторговой экономической деятельности, является иностранное предприятие или иностранный гражданин, и стороны не предусмотрели в контракте арбитражную оговорку, иск подается в народный суд (ст. 244, 246 ГПК КНР).

В Китае юридические споры, связанные с иностранными предприятиями, обычно разрешаются в порядке международного арбитражного процесса через Китайскую международную торгово-арбитражную комиссию. Однако в последнее время растет количество споров, разрешаемых иностранными предприятиями посредством обычного

гражданско-процессуального судопроизводства в народных судах.⁷

Сравнительно крупные дела с участием иностранных лиц в первой инстанции обычно рассматриваются народными судами среднего уровня. В основном, процедура и порядок рассмотрения гражданских дел с участием иностранных лиц такие же, какие применяются при рассмотрении обычных гражданских дел. Однако в определенных случаях из-за того, что лица, участвующие в деле, проживают не на территории Китая, и из-за других объективных обстоятельств, суд может быть ограничен в возможности вручения им процессуальных документов. В связи с этим, срок рассмотрения дел с участием иностранных лиц увеличивается; также из-за влияния фактора китайской и иностранной юрисдикции, китайскому суду часто требуется содействие иностранных судов.⁸

При рассмотрении гражданских дел с участием иностранных лиц применяются международные соглашения, подписанные Китаем, или в которых Китай принимает участие, за исключением тех положений, которые Китай не принимает.

Иски по спорам, возникающим в связи с исполнением договоров о создании совместных предприятий с китайским или иностранным капиталом или кооперационных предприятий с китайским или иностранным участием, а также договоров о совместной разведке и разработке природных ресурсов, подведомственны народному суду (ст. 246 ГПК КНР).

Помимо вышеуказанных способов разрешения споров в Китае при разрешении споров с участием иностранных лиц часто применяется такой способ, как консультации и урегулирование через народные примирительные комиссии, которые являются организациями под руководством Правительства КНР, специализирующимися на урегулировании споров. Преимуществом урегулирования споров является экономия времени, расходов, а также сохранение конфиденциальности. В 1987 г. был создан Центр по урегулированию споров при Китайской международной торговой палате, подведомственной Китайской международной торгово-экономической арбитражной комиссии. В настоящее время имеется уже 36 филиалов данного Центра, охватывающих всю территорию Китая. В 1995 году Центр по урегулированию споров вступил в Международный арбитражный союз по торговым спорам. Преимуществом вышеназванного

⁷ См.: Современное законодательство Китайской Народной Республики. С. 258.

⁸ См.: Кузнецов С. Органы юстиции КНР. // © 2006 Финансовая группа Интерфин трейд — ФК «Интерфин трейд», <http://www.interfintrade.ru/main/about/smi>

способа рассмотрения дел являются шаги, предпринятые китайской промышленностью, поднявшейся с участием иностранного капитала, после начала экономической реформы, начатой в 1978 году.⁹

Актуальность темы данной статьи определяется расширением деловых и частных контактов граждан Дальнего Востока РФ и КНР. Для наглядности рассмотрим правовое положение иностранных лиц в КНР на ситуации, произошедшей с российской туристкой, находившейся в КНР на отдыхе вместе с несовершеннолетним ребенком. Одиннадцатилетний ребенок, катаясь на квадроцикле по пляжу г. Хайнань, случайно сбил китайянку, которая получила телесные повреждения (травма печени, переломы ребер и голени). После случившегося на гражданку РФ и ее несовершеннолетнего сына было заведено уголовное дело, которое судом еще не рассмотрено, к ним предъявлен иск в размере 45 000 долларов США за причинение вреда здоровью гражданки КНР. В российском посольстве, куда обратилась российская женщина за помощью, ей осуществили перевод китайских судебных документов и посоветовали прибегнуть к услугам китайского адвоката. В связи с тем, что китайский адвокат попросил за свои услуги 20 000 юаней (что составляет около 2 500 долларов США), российская туристка от его помощи отказалась. Впоследствии российская гражданка узнала, что часть ответственности можно было возложить на китайскую фирму, предоставившую мальчику квадроцикл без присутствия родителей и не организовавшую специальную трассу для катания; однако не зная указанных обстоятельств, российская гражданка была вынуждена после перенесенных испытаний, уплатить денежный залог в размере 12 500 долларов США, чтобы вернуться в РФ и наиболее вероятно, что ей придется возместить 45 000 долларов США за причинение вреда здоровью гражданке КНР.¹⁰

Туристическая компания, организовавшая отдых, в соответствии с положениями заключенного с российской гражданкой контракта, не несет ответственности за вред, причиненный туристом третьим лицам.

Российской гражданке как иностранному лицу в КНР в соответствии со статьями 5, 8 и 241 ГПК КНР как полноправному участнику процесса и ответчику по предъявленному иску необходимо было уполномочить

⁹ См.: *Контопов М. В., Сметанин С. И.* Экономическая история. Раздел VII // Экономическое развитие Китая: Учебник для вузов. М., 2003. С. 305–308.

¹⁰ См.: *Цой Е.* «Мой сын сбил китайянку» // Деловая газета «Конкурент». Владивосток, 2006. 21–27 февраля, № 6 (768).

китайского адвоката на представительство его интересов в суде. Вполне возможно, что решение китайского народного суда первой ступени могло быть в рассмотренном случае в пользу гражданки РФ.

Смоделируем обратную ситуацию: гражданин КНР и его несовершеннолетний ребенок, отдыхая по туристической путевке в РФ, причинили вред здоровью российского гражданина. Если в действиях китайских граждан будут усматриваться признаки уголовного деяния, то в отношении их, либо по данному факту, также будет возбуждено уголовное дело, с предъявлением в рамках расследуемого дела гражданского иска. При наличии оснований полагать, что виновный может скрыться от проводимого расследования, в отношении его будет избрана мера пресечения: подписка о невыезде, денежный залог, личное поручительство двух доверенных лиц, домашний арест либо заключение под стражей. Определение размера суммы, подлежащей взысканию, законодатель не устанавливает, она может состоять из прямого ущерба, судебных издержек, компенсации морального вреда, упущенной выгоды, неполученного дохода. При этом российский гражданский процессуальный кодекс не запрещает китайскому гражданину пригласить для участия в деле в качестве представителя адвоката КНР (ст. 398 ч. 2 ГПК РФ).

Проводя сравнение правового положения иностранных лиц в законодательстве РФ и КНР, нетрудно проследить общие черты:

* термин «иностранцы» включает в себя не только понятие граждан иного государства, но также лиц без гражданства, лиц не имеющих постоянного места жительства на территории государства, иностранных и международных организаций;

* наличие у иностранных лиц однородных, по сравнению с гражданами своей страны, процессуальных прав и обязанностей;

* возможность применения судами данных государств ответных ограничительных мер, в случае их установления иностранным государством,

* рассмотрение исков в отношении иностранных государств и международных организаций исключительно с согласия компетентных органов и в соответствии с международными договорами;

* наличие дипломатического иммунитета у аккредитованных представительств.

Правовое положение иностранных лиц в гражданско-процессуальном законодательстве КНР имеет и отличия от положения иностранных лиц в ГПК РФ:

* гражданский спор в КНР, если заранее нет оговорки в контракте о подсудности рассмотрения спора, в случае его возникновения также рассматривается в народном суде;

* если участник процесса нуждается в квалифицированной юридической помощи, то он не имеет права обращаться за услугами к адвокату, не являющемуся членом адвокатской конторы КНР;

* сроки рассмотрения гражданских дел с участием иностранных лиц увеличены до 6 месяцев, они отнесены к категории важных дел, их рассмотрение поручено судам не ниже средней ступени;

* установлен шестимесячный срок для публичного объявления стороне о вручении документов. (Данная норма применяется в том случае, если участник процесса не имеет постоянного места жительства на территории страны, либо суд не смог по другим каналам вручить ему процессуальные документы);

* в случае несогласия с решением суда, по законодательству КНР иностранное лицо, не имеющее постоянного места жительства в данной стране, вправе подать жалобу в суд второй инстанции в течение 30 дней, в то время как по законодательству РФ все решения, определения могут быть обжалованы в течение 10 дней с момента получения копии решения;

* в законодательстве КНР отсутствует восстановление пропущенного срока обжалования решения по уважительной причине;

* в отличие от законодательства РФ, в КНР отсутствуют установленные сроки для рассмотрения гражданских дел в суде первой и второй инстанции.

Таким образом, анализ института сравнительного правоведения позволяет сделать следующий вывод: несмотря на то, что в законодательстве обеих стран имеется много общих норм, регламентирующих правовое положение иностранных лиц, которое закреплено в соответствующих разделах гражданских процессуальных кодексов и вытекает из положений Международной Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 г., каждая из стран все равно старается ввести ограничения правового положения иностранных лиц в своей стране, преследуя цель — оградить своих соотечественников от возможных притязаний и ущемления в правах на территории других государств.

ИЗ ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

*М. Ю. Гутман**

НОРМОТВОРЧЕСТВО СОВЕТОВ ПЕТРОГРАДА И СЕВЕРО-ЗАПАДА РОССИИ ПО ОРГАНИЗАЦИИ ОХРАНЫ ОБЩЕСТВЕННОГО ПОРЯДКА (1918 Г.)

Начало 1918 г. для Петрограда и Петроградской губернии, как и для всей страны, оказалось чрезвычайно сложным. Советское правительство и Петроградский совет приняли меры для нормализации обстановки в городе, организации его защиты в январе 1918 г. была создана Чрезвычайная комиссия по обороне Петрограда, преобразованная в начале февраля в Комитет по революционной обороне Петрограда (КРОП). Комитет обязал все районные Советы и штабы Красной гвардии «иметь на дежурстве достаточный резерв, не менее 100 человек, для несения внутренней охраны Петрограда».¹

Сложная криминогенная обстановка требовала привлечения дополнительных сил для охраны правопорядка. Следует согласиться с В. И. Старцевым в том, что красногвардейцев приходилось использовать в охране общественного порядка как единственно надежную вооруженную силу новой власти, выполнявшую функции и армии, и милиции.

Назрела потребность в формировании органов охраны правопорядка на постоянной основе, тем более что в это время уже активно формировалась на постоянной основе Всероссийская чрезвычайная комиссия, ее местные

* Доктор юридических наук, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, профессор Санкт-Петербургского университета МВД России.

¹ Центральный государственный архив Санкт-Петербурга (ЦГА СПб). Ф. 47. Оп. 1, Д. 41. Л. 12.

органы, Красная Армия,² а в отдельных регионах страны и милиция. Поэтому 20 марта Петроградский Совет принял решение всех красногвардейцев, продолжавших выполнять службу по обеспечению общественного порядка, зачислять в штаты революционной охраны Петрограда. Этим, по сути дела, был осуществлен перевод красногвардейцев в штаты сотрудников милиции, закреплялось их положение, соответствующий статус и обеспечение.

В связи с подписанием Брестского мира и возвращением отрядов Красной гвардии с фронта Главный штаб Красной гвардии и районные штабы были упразднены, красногвардейские части расформированы; часть красногвардейцев вступила в гвардию охраны революционного порядка.

На практике, вопреки своим теоретическим установкам, большевики отказались от идеи всеобщего вооружения народа. Опорой созданного ими государства стали привилегированное чиновничество (советская номенклатура, бюрократия), постоянная армия и полиция, т. е. то, что они хотели разрушить. Был сделан вывод о необходимости создания постоянной милиции как одного из важнейших органов в системе государственного аппарата. Началась активная нормотворческая деятельность. Местные Советы и органы охраны правопорядка включились в подготовку нормативно-правовых актов, определявших организацию, статус, компетенцию, формы и методы деятельности органов охраны революционного порядка.

В конце марта — начале апреля 1918 г. в петроградских «Красной газете», газете «Северная коммуна» и других был опубликован проект «Положения об охране Петрограда», подготовленный членом Комитета революционной охраны Петрограда А. Н. Сергеевым. В Положении указывалось, что общее руководство охраной Петрограда «сосредоточивается в Комиссариате по внутренним делам Петроградской трудовой коммуны (КВД ПТК). Исполнительным органом Комиссариата является Комитет революционной охраны Петрограда, организационно состоящий из трех представителей Петроградского Совета рабочих и солдатских депутатов, двух представителей городской управы (исполнительного органа Городской думы), одного представителя межрайонного совещания районных Советов рабочих и солдатских депутатов, по одному представителю от каждого районного Совета и двух представителей от организаций по охране железной дороги». В проекте Положения особо указывалось, что «на свои

² См. подробнее: *Портнов В. П., Славин М. М.* Правовые основы строительства Красной Армии. 1918–1920 гг. М.: Наука, 1985.

заседания Комитет может приглашать представителей тех организаций, в которых есть необходимость».

В соответствии с проектом ответственность за организацию охраны революционного порядка в районах города возлагалась на районные Советы рабочих и солдатских депутатов, которые «выделяют» районные и подрайонные комитеты революционной охраны. Вместо комиссариатов милиции учреждаются Центральный комитет революционной охраны Петрограда (ЦКРО) и подчиненные ему районные и подрайонные комитеты революционной охраны. ЦКРО состоит из четырех отделов: наружной охраны, административно-контрольного, хозяйственного и финансового. Районные комитеты имели пять отделов: административно-контрольный, отдел местной охраны, следственный отдел, отдел контрразведки и финансово-контрольный отдел. Низшим звеном этой системы были подрайонные комитеты, в которых предлагалось создать три отдела: административно-контрольный, отдел охраны и следственный отдел.

При всех комитетах революционной охраны на основе вольного найма создавались штаты постоянных сотрудников — гвардейцев охраны (дружинников) — так их стали называть в отличие от красногвардейцев, выполнявших функции Красной Армии. Для постоянного руководства деятельностью комитетов революционной охраны создавались исполнительные комитеты. ЦКРО формировал исполком из семи человек, одним из членов которого должен быть представитель Комиссариата внутренних дел Петроградской трудовой коммуны. Заседания исполкома предлагалось проводить два раза в неделю.

Районные исполкомы революционной охраны создавались из пяти человек, а подрайонные из трех. Все члены исполкомов революционной охраны по проекту положения должны были избираться соответствующими Советами и утверждаться Петроградским (Центральным) комитетом революционной охраны. Главной задачей районных и подрайонных комитетов революционной охраны являлась «деятельность по революционной охране и борьба с преступностью».³

Проектом предусматривалось два типа охраны: сторожевая и патрульно-обходная. Сторожей, несших службу на постах и выполнявших общемилицейские обязанности без оружия, предлагалось нанимать по рекомендациям советских, партийных, профсоюзных и других организаций. Кроме того, для охраны города устанавливалась всеобщая сторожевая

³ ЦГА СПб. Ф. 47. Оп. 39. Д. 17. Л. 1–3.

повинность. Круглосуточная патрульно-обходная служба осуществлялась вооруженными патрулями, которые набирались по вольному найму районными и подрайонными комитетами революционной охраны из надежных людей по рекомендациям советских, партийных или профсоюзных организаций».⁴

Опубликованный проект «Положения» вызвал в районных Советах и комиссариатах милиции заинтересованное обсуждение. Вскоре последовали и конкретные предложения по доработке проекта. Так, исполком Василеостровского Совета предложил свой вариант структуры и функций районного и подрайонных Комитетов революционной охраны:

1. Сформировать районный комитет революционной охраны из представителей райсовета, следственной комиссии, уголовного розыска и всех подрайонных комитетов.

2. Возложить на подрайонные комитеты охраны ведение уголовных и политических дел. Уголовные дела и «мелко-политические» они обязаны передавать в суды, а «крупно-политические» – в районные комиссариаты юстиции.

3. При каждом подрайоне иметь свое бюро розыска и вооруженный патруль с резервом.

4. Обыски и аресты проводить подрайонными комитетами.

5. Районный комитет революционной охраны должен еженедельно отчитываться о своей деятельности перед Районным Советом.⁵

18 апреля состоялось заседание президиума комитета революционной охраны Петрограда при Комиссариате по внутренним делам Петроградской трудовой коммуны. Представленный проект положения об охране Петрограда обсуждался по пунктам. В него были внесены существенные дополнения и изменения.

24–27 апреля 1918 года проходило пленарное заседание комитета революционной охраны, на котором 4 дня шло бурное обсуждение проекта положения «Об организации Центральной, районных и подрайонных комитетов революционной охраны Петрограда и вооруженной городской стражи». Для придания разработанному проекту легитимности было решено обсудить его на совещании представителей районных советов Петрограда. 9 мая такое совещание состоялось.

Обсуждение показало, что проект положения одобряется далеко не

⁴ Северная коммуна. 1918. 2 апр.

⁵ ЦГА СПб. Ф. 47. Оп. 1. Д. 28. Л. 88.

всеми. Особенно различными были подходы к организации руководства создаваемыми органами. Центральный комитет революционной охраны предлагал централизовать управление районными комитетами охраны, предоставив районным Советам лишь право на перемещение сотрудников. Представители межрайонного совещания предлагали полную автономию в деятельности комитетов и их непосредственное подчинение районным Советам. Петроградский Совет подготовил свой проект положения, предусматривавший создание комендатур, руководство которыми сосредоточивалось в руках комендантов, подчиненных центральной комендатуре. Этот проект получил название «Проект централизации».

Анализ замечаний и предложений, поступивших по проектам положения об охране Петрограда, позволяет сделать вывод, что наибольшие дискуссии вызывал предусмотренный в проектах механизм назначения на должность, перемещения и закрепления кадров, а также увольнения со службы.⁶

Дискуссия также показала, что ее участники оказались профессионально неподготовленными к нормотворческой деятельности. Причины же столь активной полемики в ходе обсуждения проекта, на наш взгляд, очень верно подметил Е. Г. Гимпельсон, который пишет, что «в органы власти и управления пришли сотни тысяч «людей из народа», в массе своей малограмотные, далекие от понимания общегосударственных интересов, не имевшие элементарной политической культуры, с анархической психологией. Такой социальный состав органов новой власти не мог не оказать влияние на ее деятельность, принимавшую характер митинговой демагогии».⁷

В конечном итоге проект Организации центральной, районных и подрайонных комитетов революционной охраны был одобрен, т. е. идея централизации была отвергнута. Окончательно решить вопрос и утвердить положение должен был Петроградский Совет. Поэтому на заседании были избраны представители комитета «для представления и защиты проекта в Петросовете» Труханский и Крамер⁸ и их заместители

⁶ На то, что эти проблемы были особенно дискуссионными, обращает внимание В. М. Шамаров. См.: *Шамаров В. М.* Кадровая работа в милиции НКВД РСФСР. М., 1997. С. 26–32.

⁷ *Гимпельсон Е. Г.* Формирование советской политической системы: 1917–1923 гг. М., 1995. С. 25.

⁸ Крамер Яков Исаакович (1884–1937), уроженец Новгорода, образование 3 класса начального городского училища. Специальность — наборщик. Один из организаторов

Смирнов и Усачёв.⁹

11 мая на заседании комитета революционной охраны Петрограда был поднят вопрос о структуре самого комитета и порядке его работы. В связи с тем, что комитет на заседании 24–27 апреля высказался за обязательное присутствие на всех заседаниях только членов президиума, члены комитета Роцкан, Коган и Смирнов отказались быть членами президиума, так как «они не хотели брать на себя ответственность за охрану всего Петрограда.» На этом заседании был избран президиум центрального комитета революционной охраны Петрограда из семи человек. В него вошли Я. И. Крамер, Труханский, А. А. Тикканен, Г. М. Матвеев, Д. А. Усачёв, Чубуков, Разборщиков.¹⁰ Однако разногласия по многим вопросам остались и продолжались еще достаточно долго.

Разногласия между межрайонным совещанием и президиумом комитета революционной охраны были результатом противоречий, существовавших между большевиками и левыми эсерами, которые входили в состав всех органов власти, сформированных после Октябрьского переворота, в том числе и в органы ВЧК, НКВД, юстиции. Довольно много их было и в комитете революционной охраны Петрограда. Д. А. Усачёв в отчете о деятельности комитета революционной охраны Выборгского района сообщает, что все подрайонные комитеты состояли из 3-х человек: одного члена РКП(б), одного «левого» эсера, а третьим членом комитета являлся председатель Совета. В комитете революционной охраны Петрограда также были «левые» эсеры. Разногласия между партиями находили свое отражение и в отношениях между сотрудниками комитетов революционной охраны. Так, председатель Нарвского Совета в отчете о деятельности Совета писал, что боевая дружина, несшая службу по охране района, состояла «целиком из коммунистов и эсеров, между которыми были частые разногласия».

21 мая на заседании президиума комитета революционной охраны Д. А. Усачёв и Я. И. Крамер были избраны докладчиками на межрайонное совещание Советов по проекту организации охраны Петрограда.

22 мая состоялось заседание межрайонного совещания, на котором был заслушан доклад представителя комитета революционной охраны Петрограда Д. А. Усачёва. Обсудив доклад, межрайонное совещание

Красной гвардии Петербургского района Петрограда, активный участник Октябрьского вооруженного восстания. Депутат Петросовета и Петроградского райсовета.

⁹ ЦГА СПб. Ф. 73. Оп. 1. Д. 3. Л. 6–20.

¹⁰ Там же. Л. 22–23.

приняло постановление:

- а) проект в целом отвергнуть как не отвечающий требованиям районов;
- б) избрать новую комиссию в составе шести человек: трех человек от межрайонного совещания, одного от комиссариата юстиции и двух от революционной охраны;
- в) комиссии выработать новый проект, в основу которого положить принцип «децентрализации».¹¹

23 мая на заседании президиума комитета революционной охраны Петрограда Д. А. Усачёв доложил о разногласиях с межрайонным совещанием, о заявленных на нем претензиях к проекту положения, который совещанием был отвергнут. Президиум принял решение «представителей межрайонного совещания в комиссию по доработке проекта положения не включать, так как они имеют намерение переделать проект в духе „децентрализации“, а президиум считает правильным централизацию. Проект после редактирования и поправок послать в Петросовет».¹²

Проектом положения определялась организация и задачи только центрального комитета революционной охраны. Структуру и функции нижестоящих органов — районных и подрайонных комитетов революционной охраны, их штатную численность определяли районные Советы в зависимости от численности и состава населения района и криминогенной обстановки в нем. В этой связи были предложения создавать в структуре районных комитетов революционной охраны конные, пулеметные, автоброневые, самокатные и другие отряды. Это, с одной стороны, свидетельствовало о непонимании многими членами сущности создаваемых органов и их задач, с другой стороны, о явном стремлении сформировать вооруженные органы, способные выполнять функции по охране общественного порядка и функции армии.

Подобная позиция объясняется тем, что укрепление политической власти большевиков, установление их монополии на власть не устраивало левых эсеров, терявших свое влияние и позиции в стране. К лету 1918 г. левым эсерам удалось захватить руководство Петроградским центральным комитетом революционной охраны и всячески тормозить деятельность руководимых большевиками районных комитетов революционной охраны.

Но острая необходимость местных органов власти в поддержании общественного порядка и организации борьбы с возросшей преступностью

¹¹ Там же. Ф. 47. Оп. 1. Д. 81. Л. 8.

¹² Там же. Ф. 73. Оп. 1. Д. 3. Л. 24–54.

настоятельно требовала создания силовых структур, способных решать эти задачи. Отсутствие же нормативной базы привело к созданию самых разнообразных по структуре и штатам органов охраны общественного порядка как в районах Петрограда, так и в Петроградской губернии. Например, в Московском районе города руководство охраной революционного порядка было сосредоточено в Коллегии внутреннего порядка, вооруженной силой которой являлась боевая дружина. Исполком Василеостровского Совета создал комитет революционной охраны из семи человек. В него вошли представители от исполкома райсовета, районной следственной комиссии, уголовного розыска и по одному от четырех подрайонных комитетов. На комитеты возлагалась борьба с контрреволюцией и уголовной преступностью. В составе комитетов имелись розыскное бюро и резерв, из которого выделялся вооруженный патруль. Комитеты еженедельно докладывали о своей деятельности районным Советам. В Спасском районе города было решено создать один районный и четыре подрайонных комитета с общим штатом сотрудников 664 человека.¹³

Комитеты революционной охраны Петрограда находились под контролем местных партийных и советских органов, отчитывались перед ними, комплектовались из представителей фабрично-заводских коллективов, как правило, членов партии большевиков.

В организации охраны революционного порядка было и много недостатков. Основными из них были: разнообразие структур и отсутствие персональной ответственности членов комитета за положение дел в районе, невозможность координации деятельности районных комитетов между собой, неопределенность функций и компетенций различных звеньев и должностных лиц комитетов революционной охраны. Кроме того, подчиненность комитетов революционной охраны местным органам власти приводила к тому, что районные комитеты РКП(б) и Советы препятствовали передвижению кадров из «своих» районов в «чужие», что отрицательно сказывалось на организации службы.

В строительстве органов охраны правопорядка в Петрограде и Петроградской губернии было много общего и особенного. Петроград (Петроградская трудовая коммуна) и губерния входили в Союз коммун Северной области (далее: СКСО), образованный весной 1918 г. из восьми губерний: Архангельская, Вологодская, Новгородская, Олонецкая,

¹³ ЦГА СПб. Ф. 47. Оп. 1. Д. 28. Л. 88; Ф. 73. Оп. 1. Д. 8. Л. 107; Ф. 100. Оп. 1. Д. 3 а. Л. 2.

Петроградская, Псковская, Северо-Двинская и Череповецкая. Создание столь крупного объединения губерний было обусловлено политическими и экономическими причинами, необходимостью решения хозяйственно-экономических задач, установления прочных связей мест с центром, оказанием взаимопомощи в укреплении общественного порядка и защиты северо-западных рубежей страны.

В составе исполкома СКСО был образован комиссариат внутренних дел (КВД СКСО).¹⁴ В его структуре особое место отводилось отделу наружной охраны, главная задача которого — формирование отделов наружной охраны и органов милиции в губерниях. Столь новое дело при слабой, практически отсутствовавшей нормативной базе по основам строительства и деятельности органов охраны общественного порядка было достаточно трудным делом и заняло значительное время. Губернии Северной области в своей работе по созданию органов охраны общественного порядка руководствовались Положением об организации наружной охраны на территории СКСО, которое было опубликовано в «Вестнике областного Комиссариата внутренних дел Союза коммун Северной области».

Положением предписывалось в составе отделов по внутренним делам губернских, городских, уездных и волостных Советах создать отделы наружной охраны, на которые возложить задачи по организации охраны общественного порядка и безопасности в губерниях Северной области. В положении указывалось, что эти задачи должны осуществлять «дружинники, состоящие на службе и получающие содержание, и местное население от 17 до 40 лет на основе всеобщей, обязательной и бесплатной повинности».¹⁵

¹⁴ Следует отметить, что после отъезда Советского правительства в Москву, в Петрограде стали заметно проявлять себя местнические тенденции. Совет комиссаров СКСО был создан без ведома НКВД. После принятия Конституции РСФСР комиссариаты не были преобразованы в отделы. В составе комиссариатов СКСО были комиссариаты по национальным делам, иностранных дел, военных и морских дел и т. д. Сепаратисты неоднократно пытались сохранить независимость своих исполнительных органов от исполнительных органов Советского правительства. Они также препятствовали передвижению петроградских кадров в другие регионы страны.

2 декабря 1918 г. комиссия ВЦИК потребовала от Совета комиссаров СКСО коренной реорганизации: а) преобразования Совета комиссаров в областной исполком, утверждаемый Советским правительством; б) упразднения комиссариатов, имеющих общегосударственное значение; в) превращение остальных комиссариатов в отделы исполнительного комитета с подчинением соответствующим народным комиссариатам. Невыполнение этого требования ускорило решение вопроса о ликвидации СКСО и других подобных областных объединений, ставших лишними звеньями в системе органов власти.

¹⁵ ЦГА СПб. Ф. 142. Оп. 8. Д. 174. Л. 77.

Однако процесс создания органов охраны общественного порядка в Северной области затянулся. Так, в докладе о проверке отделом наружной охраны СКСО Новгородской губернской и уездной милиции отмечалось, что еще ни при всех волостях созданы отделения наружной охраны. В числе основных трудностей, помимо прочего, указывалось на отсутствие точных инструкций.¹⁶

Таким образом, в первой половине 1918 г. милиция Петрограда и Петроградской губернии, как и милиция всей Советской республики, находилась в стадии организации. Одновременно с выполнением большого объема задач по охране революционного порядка продолжался поиск лучших форм ее организации и принципов деятельности.

¹⁶ ЦГА СПб. Ф. 33. Оп. 2. Д. 151. Л. 2.

М. М. Степанов*

ОСОБЕННОСТИ СТРОИТЕЛЬСТВА МИЛИЦИИ В ГОДЫ ГРАЖДАНСКОЙ ВОЙНЫ

Гражданская война в России 1918–1920 гг. — один из наиболее тяжелых периодов в жизни нашей страны. К числу ее последствий относятся разгул преступности и слабость органов власти. Ценность человеческой жизни была практически сведена к нулю. Современник писал о тех событиях: «Вся страна превратилась в огромный человеческий хаос. Жизнь человека была обесценена и в самом деле была самой дешевой вещью в стране».¹

Победа в гражданской войне завоевывалась не только на фронте, но и в тылу. Победить могла только та власть, которая смогла бы установить в стране твердый правопорядок. Поэтому вопросам охраны порядка и борьбы с преступностью в эти годы уделялось значительное внимание.

Создание эффективной правоохранительной системы стало одной из приоритетных задач всех государственных образований, появившихся на территории России после Октябрьской революции. Главным органом в этой системе являлась милиция, которая в различных государственных образованиях называлась по-разному (например, государственная стража, войсковая стража).

Многообразие подходов к созданию новой государственности обусловило и множественность организационно-правовых форм ее строительства. Здесь можно выделить три основных направления. Первое — это строительство советской милиции. Второе — создание милиции в государственных образованиях демократической контрреволюции,² пытавшихся восстановить российскую государственность в рамках строя, сложившегося после Февральской буржуазно-демократической революции (Временное сибирское правительство, Комитет членов Учредительного собрания (КОМУЧ), Уфимская директория). И третье — формирование милиции в авторитарных государственных образованиях (Белое движение),

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры экономики и управления Таймырского филиала Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина.

¹ Цит. по: Сибирская милиция (1918–1919 гг.): Сборник нормативно-правовых документов. Кемерово, 1997. С. 5.

² Гражданская война и военная интервенция в СССР. Энциклопедия. М., 1983. С. 181.

строивших свою государственность на основе начал, существовавших в Российской империи (Всевеликое Войско Донское; территория, занимаемая Добровольческой армией, а позднее Вооруженными силами на юге России под командованием А. И. Деникина; территория, на которую распространялась власть Верховного Правителя России А. В. Колчака).

Наличие нескольких подходов к строительству милиции, тем не менее, позволяет выделить общий вектор развития ее организационно-правовых форм. Он заключался в переходе от демократических к авторитарным принципам построения милиции. В этом отношении период после Октябрьской революции условно можно разделить на два основных этапа.³

Содержанием первого, начального этапа строительства милиции в годы гражданской войны стало создание органов милиции и поиск наиболее приемлемых для этого периода форм ее организации. Как правило, на этом этапе милиция формировалась на основе демократических принципов. На втором этапе происходило совершенствование структуры милиции и уточнение выполняемых ею функций. Здесь уже в основе строительства милиции лежали авторитарные принципы ее организации.

Необходимо отметить, что этапы строительства милиции нельзя резко отграничивать друг от друга. Так, еще на первом этапе происходило уточнение выполняемых милицией функций и совершенствование ее структуры, а поиск наиболее эффективных форм организации милиции велся постоянно, в том числе и на втором этапе.

Этапы строительства милиции напрямую связаны с существовавшим политическим режимом. Особенно ярко эта закономерность проявилась в противобольшевистских государственных образованиях. Так, в государственных образованиях демократической контрреволюции создание милиции завершалось на первом этапе, что было связано с непродолжительным временем их существования. Второй этап строительства милиции наблюдается только в авторитарных государственных образованиях, где в основу организации милиции были положены соответствующие начала царской полиции, и где в дальнейшем происходило совершенствование ее организации и деятельности.

Определение общих для всех государственных образований хронологических рамок этих этапов вызывает определенные затруднения. Это обусловлено различиями во времени возникновения и существования

³ См.: *Мулдукаев Р. С.* Организационно-правовые основы становления советской милиции (1917–1920 гг.). М., 1975. С. 5.

разных государственных образований. Однако наличие общего содержания позволяет довольно четко отнести период существования милиции какого-либо государственного образования к одному из указанных этапов.

Временем разграничения этапов строительства милиции в России в годы гражданской войны приблизительно является осень 1918 г. К этому времени Советская власть окончательно отвергла идею «всеобщего вооружения народа» и стала создавать милицию как штатный государственный орган охраны правопорядка. В это же время демократические тенденции в организации власти в противобольшевистских государственных образованиях уступают место авторитарным. На смену государственным образованиям демократической контрреволюции приходят государственные образования, относящиеся к Белому движению, с соответствующим подходом к строительству милиции.

Особенностью начального этапа строительства милиции в России в годы гражданской войны являлось отсутствие у политического руководства всех государственных образований надлежащего опыта государственного строительства. Создание совершенно новой государственности либо восстановление уже существовавшей государственности, но в новых условиях, велось исходя прежде всего из политических установок. Все это в полной мере относится и к строительству органов милиции.

Однако вскоре реальные условия жизни потребовали изменения подходов к ее организации. Это было связано с несколькими причинами. Во-первых, стало понятно, что милиция, созданная на основе только идеологических установок, не способна обеспечить охрану правопорядка и бороться с преступностью. И, во-вторых, появился опыт строительства милиции в условиях военного времени, который было необходимо учитывать в дальнейшем.

Особенностью противобольшевистских государственных образований являлось то, что изменение организационно-правовых основ строительства милиции, как правило, соответствовало смене политического руководства государством, когда на смену демократическому политическому режиму приходил авторитарный.

Практика показала, что в годы гражданской войны наиболее приспособленными к ее условиям стали государственные образования с сильной авторитарной властью. Государственные образования демократической контрреволюции либо быстро погибали, либо переходили к этой форме управления. Таким же образом развивалось и Советское

государство. Оно возникло как демократическое и многопартийное, но вскоре также превратилось в авторитарное.

Соответствующие изменения происходили и в строительстве милиции. Она военизировалась, становилась более централизованной, улучшалось ее снабжение. В связи с этим органы милиции в авторитарных государственных образованиях работали значительно эффективнее подобных органов государств демократической ориентации.

Наличие общего вектора строительства милиции в годы гражданской войны можно проследить, анализируя соответствующие правовые акты. Так, первый этап строительства советской милиции начался с принятия постановления НКВД РСФСР от 10 ноября 1917 г. «О рабочей милиции».⁴ А строительство белой милиции в Сибири началось после издания Западно-Сибирским комиссариатом постановления от 27 июня 1918 г., утвердившего Временные правила о порядке охраны личной и имущественной безопасности граждан, проживающих в сельской местности.⁵ Эти акты имеют много общего. В них закреплялись ограничение влияния государства на организацию и деятельность милиции и ее полная зависимость от местных органов власти, т. е. ее децентрализация. Все имеющиеся в этих документах различия, основное из которых — отсутствие штатной организации советской милиции, объясняются тем, что белая милиция Сибири являлась преемницей милиции Временного правительства. В то же время опыта строительства милиции в Советской России не существовало, и оно велось исходя из идеологических установок, и, прежде всего, идеи всеобщего вооружения народа, которая не предусматривала создание штатной милиции.

Принимаемые в дальнейшем правовые акты уже практически не имеют отличий. Так, анализ Инструкции НКВД и НКЮ РСФСР «Об организации Советской Рабоче-Крестьянской милиции» от 12 октября 1918 г.⁶ и Временного положения о сибирской милиции, принятого Административным Советом Временного Сибирского Правительства 17 сентября 1918 г.⁷ позволяют выделить следующие общие для советской милиции и белой сибирской милиции положения:

- 1) усиление роли государства в руководстве милиции (даже

⁴ Собрание Узаконений РСФСР. 1917. № 1. Ст. 15.

⁵ Государственный архив РФ (ГАРФ). Ф. 147. Оп. 1. Д. 5. Л. 13.

⁶ СУ РСФСР. 1918. № 75. Ст. 813.

⁷ ГАРФ. Ф. 4531. Оп. 1. Д. 134. Л. 98 об. – 101 об.

определялась милиция одинаково — исполнительный орган центральной власти на местах — советская; исполнительный орган правительства на местах — сибирская);

2) улучшение материального положения милиции за счет участия государства в ее содержании (государство оплачивало половину расходов советской милиции и две трети расходов сибирской милиции);

3) наличие двойного подчинения (советская милиция подчинялась НКВД и местным Советам, а сибирская — МВД и губернским (областным) комиссарам);

4) наличие общих обязанностей (основной задачей советской милиции являлась охрана революционного правопорядка, а основной задачей сибирской милиции — охрана общественной безопасности и порядка и защита «всех и каждого от всякого насилия, обид и самоуправства»; конкретизирующие эти задачи обязанности также были схожими);

5) создание аппаратов уголовного розыска. Их наличие прямо закреплялось во Временном положении, а в Советской России они были созданы отдельным документом — Положением об организации отдела уголовного розыска, принятым НКВД 5 октября 1918 г. в развитие Инструкции НКВД и НКЮ от 12 октября 1918 г.

Наличие такого количества общих положений не может быть случайным. Практика показала неэффективность первоначальных организационных форм строительства милиции. Справиться с задачами по охране общественного порядка могли только централизованные органы милиции, находившиеся на государственном содержании и имевшие специализированный аппарат для борьбы с преступностью — уголовный розыск.

Уже к осени 1918 г. в большинстве государственных образований, существовавших на территории России в годы гражданской войны, организация милиции осуществлялась на основе указанных выше начал. Таким образом, начальный этап строительства милиции к этому времени был завершен.

Второй этап, основным содержанием которого стало совершенствование правовых основ организации и деятельности милиции, также показывает наличие общего направления в строительстве милиции. Анализ нормативных актов, изданных в Советской России и на территориях белых правительств, позволяет выделить наличие многочисленных общих положений.⁸

⁸ Декрет СНК от 3 апреля 1919 г. «О советской Рабоче-Крестьянской милиции»;

Их можно разделить на два вида. К первому относятся вопросы, связанные с совершенствованием организации и деятельности милиции:

— четкое закрепление положения милиции в системе государственных органов, ее двойного подчинения, структуры;

— создание или дальнейшее строительство специальных видов милиции — уголовного розыска (уголовной милиции), транспортной (речной и железнодорожной), промышленной (лесной) и т. д.;

— улучшение снабжения милиции (полное государственное обеспечение милиционеров, в некоторых случаях даже приравнивание их в этом отношении к военнослужащим).

Второй вид общих положений затрагивал вопросы организации и деятельности милиции в условиях гражданской войны. К ним относятся вопросы:

— о военизации милиции (введение военной организации, военного обучения, распространения действия воинских уставов и других документов на милицию и т. д.);

— о привлечении подразделений милиции к участию в боевых действиях и о порядке призыва милиционеров на военную службу;

— о создании специальных, как правило конных подразделений «быстрого реагирования» (конные эскадроны при губернских управлениях советской милиции; отряды особого назначения и конные отряды в белой Сибири; резервы войсковой стражи Всевеликого Войска Донского; резервы государственной стражи на территориях, занятых Вооруженными силами на Юге России).

Таким образом, к концу гражданской войны милиция в России вне зависимости от принадлежности к какому-либо конкретному государственному образованию была в значительной мере унифицирована. Организация советской милиции, которая сложилась в годы гражданской войны и заложила основы для ее дальнейшего строительства, является результатом объективного развития органов милиции в тот период.

Поэтому, вне зависимости от того, кто одержал бы победу в гражданской войне, строительство милиции в России осуществлялось бы в том же направлении, что и советской милиции.

Положение о Рабоче-Крестьянской милиции, утвержденное ВЦИК 10 июня 1920 г.; Положение «Об устройстве городской и уездной милиции», принятое Советом министров А. В. Колчака 16 мая 1919 г.; Временное положение о Государственной Страже, утвержденное Главнокомандующим Вооруженными силами на Юге России А. И. Деникиным 25 марта 1919 г. и др.

А. А. Демичев*

ПОРЕФОРМЕННЫЙ СУД В ПРАВОСОЗНАНИИ РОССИЙСКИХ ПОДДАННЫХ (ПО МАТЕРИАЛАМ ЮРИДИЧЕСКИХ АНЕКДОТОВ)

Общеизвестным является факт, что Великие реформы 60–70-х гг. XIX в., в том числе и судебная реформа 1864 г., радикальнейшим образом изменили Россию. Реформы Александра II привели к трансформации не только социального и экономического строя страны, но и оказали серьезное воздействие на менталитет российских подданных, а также на такую важную его составляющую, как правосознание.

Если изучение социально-экономического строя и правовой системы общества происходит на основе анализа различного рода документальных источников (законодательно-нормативных, статистических, делопроизводственных и пр.), то изучение правосознания требует другой эмпирической базы. Особенности правосознания, его динамику можно выявить, исследуя периодическую печать, документы личного происхождения (дневники, мемуары, письма), художественную литературу и фольклор. Специфической разновидностью фольклора является анекдот. Однако до настоящего времени в юридической и исторической литературе дореволюционный анекдот не рассматривался в качестве источника изучения правосознания населения страны.

Конечно, такое комплексное и многоаспектное явление как правосознание невозможно рассмотреть в рамках одной статьи. Но это и не входит в наш замысел. Целью данного исследования является изучение на основе анализа дореволюционного юридического анекдота образа пореформенного суда в правосознании подданных Российской империи.

Следует отметить, что понятие «анекдот» имеет не только современное толкование — в смысле короткого смешного рассказа, но и другие значения. Так, в XIX в. академик А. В. Никитенко писал, что анекдотом можно считать: «1) краткий рассказ какого-нибудь происшествия, замечательного по своей необычности, новости или неожиданности и проч.; 2) любопытную черту в характере или жизни

* Доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры гражданского процесса, трудового и экологического права Нижегородской академии МВД России.

известного исторического лица и 3) случай, подавший повод к остроумному замечанию или изречению».¹

В таком смысле, как указано выше, анекдот получил распространение уже в XVIII веке. Некоторые ученые полагают, что анекдот, как особый жанр, имел место даже во времена античности.² На наш взгляд, применительно к тем временам можно говорить лишь о прототипах, отдаленных аналогах анекдота. Что касается анекдота в его современном обыденном понимании (как короткого смешного рассказа), то он, по нашему мнению, появляется в России с 1860-х гг. И его возникновение связано со сдвигами, произошедшими в массовом сознании в связи с Великими реформами Александра II. В первую очередь, конечно, с крестьянской реформой, приведшей к изменению общественного строя, системы социальных взаимоотношений и повлекшей за собой целый комплекс взаимосвязанных преобразований.

Говорить о возникновении собственно юридического анекдота можно только применительно ко времени начиная со второй половины 60-х гг. XIX века, когда началась практическая реализация судебной реформы 1864 г. Конечно, анекдоты юридической тематики имели место и в более ранний период, но вести речь о жанре юридического анекдота можно, по нашему мнению, только с пореформенного периода. До 60-х гг. XIX в. отношение населения к суду, судебной власти, правосудию было в целом негативным. Это было связано со сложностью дореформенной судебной системы, ее сословным характером, господствовавшим инквизиционным процессом и теорией формальных доказательств, формализмом и канцелярской тайной, волокитой, отсутствием гласности и публичности, ограниченностью доступа населения к правосудию и, как следствием всего этого, царящими в российских судах взяточничеством и произволом. Непривилегированное население стремилось как можно меньше контактировать с представителями судейской корпорации. По этой причине на уровне фольклора судебная тематика не нашла отражения в таком жанре как анекдот — при боязни идти в суд, при получении в этом государственном учреждении только отрицательных эмоций, при отсутствии публичности и гласности, не было и речи о распространении среди населения каких-либо смешных, забавных историй на эту тему. Если же такие истории вообще имели место, то они не становились достоянием общественности. Таким образом, и право, и

¹ Никитенко А. В. Анекдот: Энциклопедический лексикон. СПб., 1835. Т. 2. С. 203.

² См. напр.: Никанорова Е. К. Исторический анекдот в русской литературе XVIII века: Анекдоты о Петре Великом. Новосибирск, 2001. С. 27.

судебная система являлись не средством достижения консенсуса власти и общества, а средством усугубления конфликта между этими субъектами отношений. Недоверие к суду было одним из элементов российского правосознания до судебной реформы 1864 года. Отношение населения к дореформенному судоустройству и судопроизводству нашло четкое, причем ярко выраженное негативное отражение в пласте русских поговорок и пословиц:

В суд ногой — в карман рукой.

Перед богом ставь свечку, а перед судьей — мешок!

С кого судья взял, тот и прав стал.

Когда судью подаришь, то всех победишь.

Дари судью, так не посадят в тюрьму.

Дарами и праведного судью к неправде приведешь.

Мздою, что уздою, обратишь судью в твою волю.

Перед судом все равны: все без окупа виноваты.

Судьи за деньги страх Божий забыли — стараются, чтобы виноватые правы были.

Утиного зоба не накормишь, судейского кармана не наполнишь.

Скорее дело вершишь, коли судью подаришь.

С сильным не борись, с богатым не тяжись.

В суде убогий с богатым, хоть и прав, бывает виноватым.³

К этому перечню следует еще добавить «Суд, что паутина: шмель проскочит, а муха вязнет», а также знаменитое «От суммы да тюрьмы не зарекайся».

Появление юридического анекдота как массового фольклорного явления в пореформенный период свидетельствует о мощных сдвигах, произошедших в правосознании российских подданных. До нас дошли десятки дореволюционных анекдотов, посвященных судебной тематике. Их анализ позволяет выявить отношение к суду и правосудию подданных Российской империи во второй половине XIX века.

Сам факт существования комплекса анекдотов, где речь идет о суде, судьях, процессах, свидетельствует, что в правосознании населения этот государственный орган стал отражаться несколько иначе, чем до реформы 1864 г. Суд стал восприниматься не как экстраординарное (причем со знаком «минус»), а как нормальное явление, часть общественной жизни.

В результате судебной реформы суд стал всесловным, население

³ См.: Юридические пословицы и поговорки русского народа. М., 1885. С. 25–26.

получило доступ к правосудию: туда приходили за восстановлением справедливости, защитой своих нарушенных прав, в качестве присяжных заседателей и, наконец, просто, как зрители — процессы стали открытыми, публичными, гласными, нередко они находили отражение и на страницах периодической печати.

Юридический анекдот дает нам возможность увидеть, что в правосознании российских подданных происходит перелом.

Во-первых, в правосознание входит знание о суде, а также о формах суда, состязательности уголовного и гражданского процесса. Сохранились дореволюционные анекдоты, посвященные мировому суду и суду присяжных. Во многих анекдотах четко прослеживаются такие принципы судебной реформы 1864 г. как доступность правосудия, всесловность, публичность судебного разбирательства и состязательность сторон. В ряде анекдотов главными персонажами являются представители прокуратуры и адвокатуры. Последняя, кстати, появилась в России только в результате судебной реформы, а прокуратура была значительно трансформирована.

Во-вторых, меняется отношение к суду. От общенегативного оно переходит в дифференцированное — правосознание отразило и негативные и, что является новым, позитивные моменты в функционировании института судебной власти.

Следует отметить, что знания, нашедшие отражения в анекдотах о суде, были как истинными, так и ошибочными, также нередко они были далеко не полными.

Например, в анекдотах отразились сведения о наличии «общих судебных мест» и мировых судов. В реальности «общие судебные места» состояли из окружных судов (гражданское судопроизводство осуществлялось здесь исключительно коронными, профессиональными судьями, а уголовное производство — как коронными судьями, так и судом с участием присяжных заседателей), судебных палат (судопроизводство осуществлялось как коронными судьями, так и судом с участием сословных представителей, в редких случаях — судом присяжных) и кассационных департаментов Сената. На уровне правосознания отражение нашла лишь первая судебная инстанция — окружные суды. Так, некоторые анекдоты начинаются фразой: «В окружном суде разбирается дело мальчика, обвиненного в краже...» или «Член окружного суда...». Таким образом, мы получаем прямое подтверждение тому, что рассказчики анекдотов знали о существовании окружных судов. Однако пореформенных анекдотов, где

упоминались бы судебные палаты и Сенат, нами не обнаружено.

Во многом схожа ситуация и с мировыми судами. В реальности мировая юстиция включала в себя две инстанции — мирового судью (причем судьи были участковые и почетные) и съезд мировых судей, но анекдоты отразили лишь наличие первой инстанции — единоличного мирового судьи.

Мировые судьи разбирали незначительные уголовные и гражданские дела. Именно к мировым судьям и обращалось население чаще всего за защитой своих нарушенных прав.

Почетный мировой судья вел разбирательство тем же порядком, что и участковый, обладал теми же правами и исполнял те же обязанности. Однако отличия в статусе двух категорий мировых судей состояло в том, что должность почетного мирового судьи носила невознаграждаемый, общественный характер. Должность почетного мирового судьи, по замыслу авторов Судебной реформы 1864 г., создавалась «для облегчения исполнения многочисленных обязанностей участкового мирового судьи и, в особенности, для того, чтобы лица, заслуживающие полного доверия и уважения, не лишались возможности содействовать охране порядка и спокойствия, не оставляя своей основной службы».⁴

Почетный мировой судья, в отличие от участкового, одновременно мог занимать любые должности по государственной и общественной службе. Исключение составляли должности прокуроров, их товарищей, чиновников казенных управлений и полиции, должности волостного старшины. Также почетные мировые судьи выполняли вспомогательно-страхующую функцию: если по каким-то причинам участковых мировых судей не хватало, то почетные мировые судьи могли приглашаться для выполнения их функций.

Сказанное выше относилось к замыслу реформаторов. Но на практике вышло все несколько иначе. Так, Н. Н. Трофимова, изучая архивные материалы, пришла к выводу: «анализ правового положения почетных мировых судей показал, что они были лишним элементом в мировой юстиции. Практическая значимость почетных мировых судей была значительно ниже, чем участковых. Они не стали близким и доступным органом правосудия для населения в силу, во-первых, сложности процедуры обращения к почетным мировым судьям за помощью из-за того, что они в основном находились по месту своей основной службы, а не в своем участке, и, во-вторых, из-за

⁴ Российское законодательство X–XX веков. Т. 8. Судебная реформа / Отв. ред. Б. В. Виленский. М., 1991. С. 87.

отсутствия к ним доверия среди простого населения».

Нам известен только один анекдот, где в качестве действующего лица выступает почетный мировой судья.

«Почетный мировой судья М. за время нахождения в должности разобрал одно дело и притом довольно оригинальным образом, лишившим его охоты продолжать эту мирную деятельность. Дело заключалось в том, что петух мещанина Огурцова перелетел во двор мещанина Арбузова и был последним пойман, зарезан и съеден. Арбузов отрицал тот факт, отказывался от уплаты за петуха и таким образом, по жалобе Огурцова, судья М. должен был разобрать это дело.

Тяжущиеся явились своевременно, и М. направил все свое красноречие на то, чтобы окончить дело миром. Однако это не удалось ему. Что было делать, доказательства того и другого казались ему одинаково убедительными, в смущении вертелся он на стуле и грыз перо. Вдруг лицо его радостно просияло, и он обратился к истцу с вопросом:

– Что стоил петух?

– По крайней мере целковый, — было ответом.

– Ну, — сказал М., — я заплачу вам убыток сам, довольны ли вы этим?

– Нет! — единогласно вскричали тяжущиеся, — а кто же заплатит судебные издержки?

Озадаченный М. жалобно посмотрел на своих мучителей и наконец робко сказал:

– Ну, хорошо, я заплачу и судебные издержки, но теперь дело кончено, идите, друзья мои!

– Постойте, — возразили тяжущиеся, — мы шли сюда издалека и потеряли по целому дню рабочего времени, это стоит не меньше полтины на человека, и если нам этого не заплатят, мы не можем кончить дело миром!

Что было делать несчастному М.? Он заплатил за петуха, судебные издержки и за потерянное тяжущимися время, но в тот же день подал просьбу об увольнении, которая и была вскоре уважена».⁵

Отметим в приведенном анекдоте два принципиальных момента: фактографический и аксиологический. Первый состоит в том, что подтверждается существование института почетного мирового судьи, что почетный мировой судья стремился, как это и предполагалось законом, свести

⁵ Антология юридического анекдота / Сост. В. М. Баранов, П. П. Баранов. Ростов н/Д., 1998. С. 17.

дело к миру. Но самое главное здесь — указание на то, что почетный мировой судья рассмотрел всего одно дело. Действительно, почетные мировые судьи рассматривали на практике очень немного дел. В официальном Отчете Министерства юстиции за 1867 г. отмечалось, что население предпочитает обращаться за помощью именно к участковым мировым судьям.⁶

Что касается аксиологического аспекта, то он проявляется в том, что отношение к герою анекдота — горе-судье, весьма ироничное. А вот образ участкового мирового судьи — вполне положительный. При этом акцент делается на остроумие судей.

«У мирового судьи в качестве свидетельниц две барышни. Младшая, на вопрос судьи о ее летах, отвечает совершенно спокойно, что ей 28 лет; вторая, старая, высохшая дева, объясняет, после долгого жеманства, что ей 25 лет.

— Очень хорошо, — говорит судья и затем обращается к письмоводителю со словами, — не перепутайте, Алексей Федорович, запомните, что старшая из свидетельниц — младшая».⁷

До нас дошло даже несколько персонифицированных анекдотов. Их героем является Александр Иванович Трофимов — мировой судья 3-го участка Санкт-Петербурга. Приведем несколько примеров.

«Во время заседания в камере мирового судьи Трофимова какой-то мужичок, сидя на второй скамейке, заснул, храп раздался по всей камере.

— Эй, почтенный! — сказал Трофимов, — вставай. Один из слушателей, рядом сидевший с мужиком, двинул его в бок.

— Ааась? — произносит мужик, очнувшись.

— Не спи, — говорит ему судья, — ведь ты не в итальянской опере».⁸

«Александр Иванович собирался выйти из канцелярии в камеру и начать разбор, тут к нему подскочил какой-то частный поверенный:

— Господин судья, будьте так добры, разберите дело Подметкина и Оглоблевой первым!

— Что же это Вы так торопитесь?

— Ах, да это такое несчастное дело! Я не рад, что и взялся-то за него... То одна сторона откладывает, то другая... семь месяцев тянется, а все не может разрешиться!

— Какой же Вы, однако, нетерпеливый! Ну, что стоит Вам подождать

⁶ См.: Отчет Министерства юстиции за 1867 год. СПб., 1868. С. 15.

⁷ Антология юридического анекдота. С. 32.

⁸ Там же. С. 18–19.

еще два месяца... Тогда будет девять месяцев — как раз срок правильного разрешения от бремени.⁹

От мировых судов вернемся к судам окружным. В анекдотах, им посвященных, также имеются фактические ошибки.

«Старушка украла жестяной чайник стоимостью дешевле пятидесяти копеек. Она была потомственная почетная гражданка и, как лицо привилегированного сословия, подлежала суду присяжных. Защитником старушки выступил Плевако. Прокурор решил заранее парализовать влияние защитительной речи Плевако и сам высказал все, что можно было сказать в защиту старушки: „Бедная старушка, горькая нужда, кража незначительная, подсудимая вызывает не негодование, а только жалость. Но — собственность священна, все наше гражданское благоустройство держится на собственности, если мы позволим людям потрясать ее, то страна погибнет”.

Поднялся Плевако:

— Много бед, много испытаний пришлось претерпеть России за ее больше чем тысячелетнее существование. Печенег терзали ее, половцы, татары, поляки. Двенадцать языков обрушились на нее, взяли Москву. Все вытерпела, все преодолела Россия, только крепла и росла от испытаний. Но теперь, теперь... Старушка украла старый чайник ценою в тридцать копеек. Этого Россия уж, конечно, не выдержит, от этого она погибнет безвозвратно.

Присяжные оправдали подсудимую».¹⁰

В приведенном анекдоте содержится серьезная фактическая ошибка, носящая принципиальный характер: в нем указывается, что подсудимая, являвшаяся потомственной почетной гражданкой, «как лицо привилегированного сословия, подлежала суду присяжных». Дело в том, что Судебные уставы 1864 г. вводили в качестве одного из основных принцип бессословности (или всесословности) суда. Рассмотрение дела с участием присяжных заседателей не было привилегией какой-либо социальной категории. Если человек совершил преступление, за которое по закону полагалось наказание, связанное с ограничением или лишением прав состояния, то он в обязательном порядке (независимо от собственного желания или социального положения) попадал под юрисдикцию суда

⁹ Там же. С. 19.

¹⁰ См.: *Вересаев В. В.* Собр. соч.: В 4-х т. М.: Правда, 1985. Т. 4. Невыдуманные рассказы о прошлом. С. 118–119.

присяжных.

До нас дошли и анекдоты, отражающие рутинную сторону работы судей.

«Председатель суда рассеянно: „Трофимов, вердиктом присяжных вы оправданы от возведенного на вас обвинения и теперь свободны. Если вы недовольны приговором, то должны заявить об этом в двухнедельный срок”».¹¹

«Рассеянный председатель суда: „Присяжные признали, что подсудимый в краже невиновен и, следовательно, не подлежит наказанию и уплате судебных издержек. Обвиняемый, вы свободны, идите домой и не делайте этого никогда больше”».¹²

Оба анекдота построены на оговорках председателя суда (не зря в обоих случаях отмечается его рассеянность). По нашему мнению, в этих оговорках нет ничего удивительного, т. к. в ситуации, когда за один день председатель рассматривает несколько дел (этим и объясняется уже упоминавшаяся рассеянность), закончившихся обвинением, при вынесении по следующему делу оправдательного вердикта присяжных, он повторяет шаблонную фразу, произнесенную за день уже неоднократно. Исходя из сказанного, оговорки такого рода должны были происходить не так уж и редко.

Анекдоты отразили ситуацию, что суд может вынести и несправедливый приговор.

«В окружном суде разбирается дело мальчика, обвиненного в краже. Благодаря блестящей речи назначенного ему защитника, он был оправдан. Когда зрители по окончании суда расходились, один деревенский простак разговорился со сторожем и высказал ему такое мнение об этом деле: „Мне еще не удивительно, что они оправдали мальчика, но вот никак не могу понять, как они позволили спокойно уйти этому старому ловкому плуту, который так за него заступался”».¹³

В приведенном анекдоте напрямую не упоминается, что дело рассматривалось судом присяжных, однако в соответствии с требованиями законодательства 1864 г. преступления, связанные с похищением чужого имущества, рассматривались судом с участием присяжных заседателей.

По-видимому, данный анекдот отражает достаточно типичную

¹¹ Антология юридического анекдота. С. 29.

¹² Там же.

¹³ Там же. С. 30.

ситуацию удивления, связанную с тем, что, благодаря убедительным речам защитника, присяжные оправдывали очевидно виновного для окружающих подсудимого. Но что характерно, негатив при этом направляется не на присяжных заседателей, вынесших несправедливый оправдательный вердикт, или судью — огласившего приговор, а на «старого ловкого плута» — адвоката.

Итак, подведем некоторые итоги. Анализ дореволюционных юридических анекдотов позволяет нам утверждать, что в пореформенном правосознании подданных Российской империи произошли серьезные изменения. Это касается и судебных органов. После 1864 г. суд стал восприниматься не столько как репрессивный орган, сколько как структура, способствующая защите прав личности. Знания о суде вошли в систему правовых знаний и представлений россиян. Кроме того, изменился и сам образ суда в правосознании населения. Отношение к нему перешло от негативного к нейтральному или даже положительному.

АСПИРАНТСКИЙ ВЕСТНИК

*А. В. Бухалов**

ДОГОВОР, КАК НЕТИПИЧНЫЙ ИСТОЧНИК ЧАСТНОГО ПРАВА (К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ)

В последнее время наблюдается тенденция признания особой юридической природы частного договора, учитывая при этом его способность к индивидуальному регулированию общественных отношений.¹

Темпы развития частного права, сложность и многоплановость частноправовых отношений требуют дальнейшей научной проработки юридических свойств договора и возможности его признания в качестве нетипичного источника права.²

Проблема источника права является далеко не новой в отечественной юриспруденции. Уже много лет ведется спор относительно юридической природы источника права, и выявляются критерии отнесения того или иного правового акта к источнику права в юридическом смысле.

Право отличается институционностью и с необходимостью требует внешнего выражения. В отечественной и зарубежной литературе внешнее выражение права в одних случаях называется формой или формами права, в других источниками права.

Термин «источник права» многозначен и употребляется в различных

* Аспирант кафедры теории и истории государства и права Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина.

¹ *Пугинский Б. И.* Частный договор в научной картине права // Источники российского права: Вопросы теории и истории. М., 2005. С. 104–121.

² *Сагун В. А.* Типичные и нетипичные источники публичного и частного права // Публичное, корпоративное, личное права: Проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности. СПб., 2005. С. 29–30.

смыслах:

Во-первых, в материальном — это то, что вызывает к жизни право, что влияет на его изменение, развитие, появление одних норм и отмирание других. Источником права в этом случае являются те социально-экономические и духовно-культурные условия жизнедеятельности общества, которые явились первопричиной, вызывающей право к жизни и обуславливающее его действие.

Во-вторых, как документальный источник. Такими источниками могут выступать памятники права, действующее законодательство.

В-третьих, источник права понимается в узком или собственно юридическом значении — как внешняя форма выражения права.

Л. С. Явич полагал, что «источник права» — это действующие в государстве официальные документы, устанавливающие и санкционирующие нормы права, внешние формы выражения правотворческой деятельности государства, с помощью которой воля законодателя становится обязательной к исполнению».³

Таким образом, источник права — это «прежде всего официальный документ, то есть помимо официальной формы внешнего выражения существует еще и особый порядок принятия (издания) такого документа (источника)».⁴

Источник права содержит норму права, то есть является внешним выражением права. Но что понимать под внешним выражением права? В конечном счете «право — это своеобразное веление государства, получившее выражение в деятельности законодательных органов и направленная на регулирование общественных отношений».⁵ Именно наличие правовых норм в документе делает его источником. Причем заметим, что источник права должен не только содержать в себе нормы права, но и закреплять их, то есть быть формой их официального выражения.

Источник права обладает свойством властности, ибо обязателен к исполнению всеми субъектами права, на которые он распространяется в зависимости от своей юридической силы.

Властность обеспечивается не только положением правового акта в иерархии источников права, но и органом, издавшим такой акт.

Источник права регулирует определенный круг общественных

³ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 117.

⁴ Кутафин О. Е. Основы государства и права. М., 1994. С. 67.

⁵ Халфина Р. О. Право как средство социального управления. М., 1988. С. 34.

отношений, то есть имеет определенную сферу действия. Так, например локальные нормативные акты регулируют отношения, возникающие между определенными субъектами на определенной территории (предприятие, муниципальное образование).

Таким образом, источник права — это форма официального выражения общеобязательных предписаний, создаваемых органами государства в целях регламентации общественных отношений.

«Все источники права — это официальные документы, содержащие общеобязательную информацию о правах, обязанностях либо ответственности физических или юридических лиц».⁶

В настоящее время прослеживается тенденция развития так называемого локального нормотворчества (особенно в сфере трудового права), то есть издания по сути дела нормативно-правовых актов органами, для которых правотворческая функция не является основной.

В частности ст. 40 ТК указывает: «коллективный договор — это правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения в организации и заключаемый работниками и работодателем в лице их представителей».

В ст. 35 ТК сказано, что: «для обеспечения регулирования социально-трудовых отношений, ведения коллективных переговоров и подготовки проектов коллективного договора, соглашений... на всех уровнях на равноправной основе по решению сторон образуются комиссии из наделенных необходимыми полномочиями представителей сторон».

Таким образом, в связи с «нормотворческой активностью» субъектов права легко предположить, что источниковая база в различных отраслях права неизменно будет увеличиваться.

Одним из позитивных моментов появления таких локальных источников является прежде всего быстрое реагирование на изменяющиеся общественные отношения, а отсюда и более четкое правовое регулирование таких отношений, а также формирование условий для создания с учетом локальных актов и иных нормативных актов, в том числе законов.

Быстро меняющиеся экономические и иные социальные условия в сфере частноправовых отношений требуют четкого и оперативного правового регулирования.

Традиционные (типичные) источники права не всегда быстро реагируют на подобные изменения в силу особенностей частного права, которое формируется не только в результате законотворческой деятельности

⁶ Марченко М. Н. Источники права: Учеб. пособие. М., 2005. С. 56.

государственных органов, но и «снизу» самими участниками частно-правовых отношений.

Поэтому требуется расширить перечень источников частного права в пользу признания в качестве таковых, например, некоторых видов частных договоров.

Однако частный договор не относится к типичным источникам российского права, собственно как и правоположения судебной практики. Следовательно, они являются нетипичными для российской правовой системы.

Вопрос типичности и нетипичности вообще является новым в юридической науке.⁷ Необходим научный поиск критериев типичности и нетипичности различных источников права.

В качестве научной гипотезы выделим критерии типичности источников российского права.

Типичными являются источники, характерные для российской правовой системы. Например, нормативно-правовой акт, обладающий всеми признаками типичного источника права, то есть содержащий нормы права, регулирует общественные отношения, возникающие между неопределенными субъектами права, отличается неоднократностью действия.

Типичность источников определяется, прежде всего, сходством признаков, характерных для источника права вообще (о них говорилось выше). «Способность порождать нормы и регулировать при помощи этих норм соответствующие правоотношения является одним из определяющих моментов для источника как такового».⁸

В литературе предпринята попытка выделения критериев нетипичности и отличительные черты нетипичных источников права. В частности, И. С. Шиткина отмечает: «Специфика рассматриваемых актов состоит в том, что они: 1) основаны на законодательстве и иных правовых актах и не могут противоречить им; 2) обеспечивают исполнение законодательства и иных правовых актов; 3) принимаются в рамках диспозитивного дозволения и не в противоречие законодательному императивному запрету; 4) принимаются компетентными органами управления организации в установленном порядке и не нуждаются в утверждении или одобрении какими-либо иными органами, в том числе государственными; 5) распро-

⁷ Санун В. А. Типичные и нетипичные источники... С. 25–30.

⁸ Зивс С. Л. Источники права. М., 1981.

страняются на всех субъектов, участвующих во внутренних отношениях организации: органы управления, акционеров, работников, администрацию, структурные подразделения; б) учитываются судебными и иными правоохранительными органами при рассмотрении споров, вытекающих из внутренней деятельности организаций».⁹

Признаком нетипичности договора как источника частного права следует признать наличие в нем такого своеобразного правового средства как индивидуальной нормы. В качестве научной гипотезы определим признаки индивидуальной нормы.

Во-первых, правовая норма есть мера свободного волеизъявления и поведения человека, форма определения и закрепления прав и обязанностей. Это общее свойство нормы права характерно и для индивидуальной нормы.

Во-вторых, норма права представляет собой правило поведения общеобязательного характера, то есть указывает, каким образом, в каком направлении, в течение какого времени, на какой территории необходимо действовать тому или иному субъекту, выступает в качестве равного одинакового масштаба для всех и каждого, кто оказывается в сфере его действия.

Что касается индивидуальной нормы, то она является общеобязательной только для конкретных субъектов — участников договорных отношений.

В-третьих, норма права есть правило поведения, гарантированное государством. В случае нарушения нормы применяется государственное принуждение. Это качество проявляется и в официальном закреплении нормы права. Применительно к индивидуальной норме приходится говорить о государственном принуждении только в косвенном смысле. Дело в том, что государство не создает индивидуальные нормы, а лишь санкционирует их, следовательно, ответственность за нарушение индивидуальной нормы может определяться сторонами регулируемых отношений на основании норм права, установленных государством. Например, за нарушение условий договора устанавливается гражданско-правовая ответственность.

В-четвертых, норма права обладает качеством системности, которое проявляется в структурном построении нормы, что характерно и для индивидуальной нормы права.

⁹ Шиткина И. С. Локальное нормотворчество коммерческих организаций // Хозяйство и право. 2002. № 3. С.11.

В-пятых, индивидуальная норма является правовой, то есть выступает в качестве своеобразного правового средства, из которого строится право.

Индивидуальная норма отличается от нормы общего действия, прежде всего действием по кругу лиц и формой закрепления, а также «авторством».

Так, например, индивидуальная норма распространяет свое действие на отношения, возникающие между конкретными субъектами, в то время как общая норма права распространяется на неограниченное число участников конкретных правоотношений.

«Официальность» источника для индивидуальной нормы также требует пояснения. Дело в том, что так называемое договорное нормотворчество должно основываться на действующих общеправовых нормах, например, частный договор, содержащий индивидуальные нормы, должен основываться на действующем законодательстве. Таким образом, посредством норм законодательства государство санкционирует индивидуальные нормы, придавая им властный характер и обеспечивая «официальность» источника.

Стоит отметить, что официальный характер источника (да и индивидуальной нормы) может обеспечиваться и за счет закрепления данных актов, например руководителями организаций, нотариальными палатами.

Таким образом, под индивидуальной нормой можно подразумевать формально определенное правило поведения субъектов договорных отношений, основанное на общей норме права, закрепленной в нормативно-правовом акте и регулирующее индивидуальные отношения между конкретными субъектами права.

Причем отметим, что «санкция» государства, которая основана на нормах действующего законодательства, позволяет считать индивидуальную норму правовой.

Источником индивидуальных норм можно считать частный договор.

Высказанное положение можно считать научной гипотезой, ибо в общепринятом понимании частный договор не является источником права и не содержит правовых норм в общепринятом понимании. Однако если мы примем во внимание концепцию индивидуальной нормы и нетипичность источника права, то представление о договоре как источнике права изменится.

В отечественной и зарубежной литературе их зачастую именуют

просто «договорами» или же двусторонними «многосторонними» сделками, «частными договорами», «договорами в частноправовой сфере».¹⁰

В отличие от нормативно-правовых актов индивидуальные правовые договоры в сфере коммерческого, семейного, финансового и некоторых других отраслей обладают такими не свойственными нормативным договорам признаками и чертами, как: а) определенность адресата, определенность содержащихся в них прав и обязанностей; б) однократность применения как самого договорного акта, так и порождаемых им конкретных норм; в) прекращение действия индивидуального договора сразу же после его реализации.

По общему правилу, индивидуальные договоры, в силу традиционного о них представления, рассматриваются в юриспруденции, прежде всего как юридические факты.

Применительно к гражданско-правовому договору в специальной литературе отмечается, что «данный договор — это наиболее распространенный вид сделок, ибо только немногочисленные односторонние сделки не относятся к числу договоров, а основная масса встречающихся в гражданском праве сделок — это гражданско-правовые договора».¹¹ Последние имеют обязательный характер только для тех, кто их принял (неслучайно говорят: договор — закон для двоих). Поэтому они имеют значение для регулирования конкретных отношений, возникающих между их участниками, в том числе при разрешении споров.

В этом заключается принципиальное отличие индивидуальных, частных по своему характеру, договоров как юридических фактов от публично-правовых, а точнее нормативных договоров, с одной стороны, и юридических фактов, не являющихся договорами, с другой. Кроме того, отличительные признаки индивидуальных договоров как юридических фактов по сравнению с публично-правовыми договорами, «недоговорными» юридическими фактами усматриваются и в других отношениях. Нормативные договоры являются актами правотворчества со всеми вытекающими из этого последствиями, а индивидуальные договоры рассматриваются не иначе как акты реализации права. Первые выступают как конечный результат правотворческого (в договорной форме) процесса, а вторые — правореализующего процесса. Нельзя не согласиться с мнением

¹⁰ *Иванов В. В.* Предпринимательство: Правовые основы. М., 1994. С. 58.

¹¹ *Марченко М. Н.* Частно-правовой договор в механизме правового регулирования // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2004. № 2. С. 3–16.

о том, что договорное правоприменение — это объективная правовая реальность, как и договорное правотворчество, и что следует говорить о договорном правоприменении как об одном из способов правоприменительной деятельности. При этом договорные юридические факты представляют собой своеобразную юридическую и фактическую программу будущей деятельности участников договора. Отличительные особенности «договорных» юридических фактов проявляются в том, что они выступают, по мнению видных отечественных цивилистов, не только как основание возникновения правоотношения, но и как само правоотношение. Исходя из сложившегося в юриспруденции представления о понятии и содержании гражданско-правового договора, М. В. Брагинский и В. В. Витрянский считают, например, что «договор следует рассматривать не только как юридический факт, т. е. юридическое и фактическое основание для возникновения правоотношения, но и как форму, которую принимает соответствующее отношение»,¹² а также как само правоотношение.

По нашему мнению, договор всегда: а) выступает как основание (юридический факт) для возникновения, изменения, прекращения правоотношения; б) является юридической формой возникающих или уже существующих между сторонами на основе данного договора фактических отношений; в) наполняет собой как «продолжение» соответствующих гражданско-правовых норм их конкретное юридическое содержание; и г) выступает в качестве своеобразной модели возникающих на основе данного договора правовых отношений.

Индивидуальный договор не просто переводит предписания законодательства в плоскость конкретного правоотношения, а создает условия, при которых субъекты договора сами, своей волей создают субъективные права и обязанности, даже когда законодательство не определяет содержания их действий, либо предусматривает лишь общие направления и рамки правового поведения, относя конкретизацию отношений на усмотрение контрагентов.¹³ При этом договор можно рассматривать как акт индивидуального правового регулирования.

«В результате договорной деятельности создаются правовые нормы, но нормы индивидуальные, т. е. касающиеся конкретных и точно

¹² Брагинский М. В., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 13.

¹³ Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 2002. № 2. С. 57.

определенных индивидов и рассчитанные на них».¹⁴

Можно предположить, что частный договор содержит в себе индивидуальные нормы, порождая субъективные права и юридические обязанности у участников договорных отношений, и потому может быть признан нетипичным источником частного права.

¹⁴ *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 65.

НЕКРОЛОГ

ПАМЯТИ А. И. КОРОЛЁВА

8 апреля 2007 г. ушел из жизни замечательный исследователь и известный юрист Алексей Иванович Королёв. Он олицетворял собой целую эпоху в истории юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. Его имя неразрывно связано с теми, кто определял развитие юридической науки в Петербурге.

Так постепенно уходит поколение, которому мы обязаны своим становлением в науке. В 2006 г. ушли из жизни Ю. Я. Баскин, С. А. Малинин, В. Д. Сорокин. Теперь не стало Алексея Ивановича.

Алексей Иванович Королёв родился в Ленинграде 5 октября 1923 г. Как и многие из его поколения, он был в числе тех, кто защищал Родину в тяжелые дни Великой Отечественной войны. После демобилизации в связи с ранением в 1944 и по 1949 г. Алексей Иванович – студент юридического факультета Ленинградского университета.

В 1952 г. он под руководством Л. И. Дембо защищает диссертацию «Должностные лица в колхозах». В значительной степени тема исследования находилась в русле научных исследований его учителя.¹ Последующая научная судьба Алексея Ивановича также оказалась близкой к теме научных работ Л. И. Дембо.² Сам Алексей Иванович рассказывал о том, что его занятия историей государства и права были вызваны производственной необходимостью. Проблемы, на которые в той или иной степени выводило первое научное исследование А. И. Королёва, не оставляло его внимания и

¹ Дембо Л. И. 1) Колхозное строительство и его правовые формы. Л., 1930; 2) Очерки колхозного права. Л., 1940.

² Дембо Л. И. Земельные правоотношения в классово-антагонистическом обществе / Отв. ред. А. И. Королёв. Л., 1954.

в последующем.³

С сентября 1952 г. до последних дней его жизнь связана с Ленинградским (Санкт-Петербургским) университетом. С 1961 по 1963 и с 1982 по 1993 гг. Алексей Иванович – декан юридического факультета. С 1973 по 1988 г. он возглавлял кафедру теории и истории государства и права, с профессорами которой связан неповторимый научный облик Петербургского университета, представленный Л. И. Каском, Л. С. Явичем, Г. Б. Гальпериным, Л. И. Спиридоновым и др. В стенах университета были созданы труды А. И. Королева по теории права,⁴ методологическим вопросам юридической науки,⁵ дискуссионным проблемам истории государства и права.⁶ Здесь в 1969 г. он защитил докторскую диссертацию. Здесь же в 1965 г. защитилась его первая ученица Л. И. Антонова и стала формироваться научная школа.

Ушел из жизни наш Учитель. Мы обязаны Алексею Ивановичу своим научным становлением и благодарны ему за это.

*Т. В. Кириллова,**

*К. В. Петров,***

*Т. В. Снякова (Сергеева)****

³ Под руководством А. И. Королёва в 1986 г. было защищено исследование О. А. Макаровой «Правовое регулирование сельского хозяйства и система советского права».

⁴ Общая теория государства и права / Под ред. Д. А. Керимова, А. И. Королёва, М. Д. Шаргородского. Л.: ЛГУ, 1961; Теория государства и права: Учеб. для вузов / Отв. ред. А. И. Королёв, Л. С. Явич. Л., 1982.

⁵ Гальперин Г. Б., Королёв А. И. Методологические и теоретические вопросы науки истории государства и права СССР. Л., 1974; Гальперин Г. Б., Королёв А. И. О предмете науки истории государства и права СССР // Правоведение. 1960. № 4. С. 100–112 (отклик на: Софроненко К. А., Мартысевич И. Д., Чистяков О. И. К вопросу о предмете истории государства и права СССР // Вестник МГУ. Сер. экономики, философии и права. 1958. № 3).

⁶ Королёв А. И. Историческая необходимость социалистического государства и возникновение его в России. Л., 1968.

* Доктор юридических наук, профессор Межрегионального института экономики и права.

** Кандидат юридических наук, доцент, заведующий научно-исследовательской лабораторией юридического факультета Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина.

*** Кандидат юридических наук, прокурор отдела Прокуратуры г. Санкт-Петербурга.

ТРЕБОВАНИЯ К СТАТЬЯМ, ПРИСЫЛАЕМЫМ В ЖУРНАЛ

Авторы присылают в редакционную коллегию:

1) текст статьи, набранный в программе Word в формате файла с расширением doc., на магнитном носителе.

Текст статьи в электронном наборе может быть выслан в редакционную коллегию по адресу электронной почты, при этом одновременно высылается справка об авторе (соавторах).

При наборе необходимо соблюдать следующие требования: сквозная нумерация страниц; сквозная нумерация сносок; сноски оформляются в соответствии с действующим ГОСТом.

2) текст статьи на бумажном носителе.

Статья на бумажном носителе должна быть подписана автором (соавторами).

3) справку об авторе (соавторах) с указанием фамилии, имени, отчества, ученой степени, ученого звания, основного места работы, должности, домашнего и служебного адресов и телефонов, адреса электронной почты.

Авторский оригинал статьи представляется в редакционную коллегию в двух идентичных вариантах: на бумажном носителе и в электронном наборе.

Если статья одновременно направляется или была направлена в другое издание, либо была уже опубликована ранее, автор обязан сообщить об этом редакционную коллегию.

В случае несоблюдения настоящих требований редакционная коллегия вправе не рассматривать рукопись.

Редакция оставляет за собой право вносить редакционные (не меняющие смысла) изменения в авторский оригинал.

При передаче в журнал рукописи статьи для опубликования презюмируется передача автором права на размещение текста статьи на сайте журнала в системе Интернет.

Гонорар за публикации не выплачивается.

Редакционная коллегия:

196605, Санкт-Петербург, Пушкин, Санкт-Петербургское шоссе, 10

e-mail: lenjurmag@mail.ru

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 2 (8)

Редактор С. Ю. Крицкая
Технический редактор А. А. Романова
Корректор А. А. Романова
Компьютерная верстка Ю. Н. Борисова

Подписано в печать 2007. Формат 70х100 1/16
Печать офсетная. Гарнитура Таймс. Уч.-изд.л. 12
Тираж 1000 экз.

Отпечатано с готовых диапозитивов в
типографии Ленинградского государственного
университета имени А. С. Пушкина.
Санкт-Петербург, Чкаловский пр., д.25/А
Заказ № 152

