

**ДВАДЦАТЬ ЛЕТ КОНСТИТУЦИИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА И ПРАКТИКА**

*Ответственный редактор
академик РАН А.Г. Лисицын-Светланов*

Москва, 2013 г.

Редакционная коллегия:

академик РАН *А.Г. Лисицын-Светланов* (председатель);
доктор юридических наук, профессор *Н.И. Михайлов*;
заслуженный юрист РФ, академик МАИ *М.М. Славин*;
заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор *Ю.Л. Шульженко*.



© ФГУН Институт государства и права РАН, 2013 г.

Коллектив авторов:

предисловие – докт. юрид. наук, проф. *Н.И. Михайлов*;

§ 1 гл. 1 – канд. юрид. наук *В.Н. Медведев*; § 2 гл. 1 – докт. юрид. наук *А.А. Гришковец*; § 3 гл. 1 – канд. юрид. наук, проф. *В.В. Альхименко*, канд. юрид. наук *В.Ф. Ломакина*, *С.В. Маньшина*, канд. юрид. наук *М.В. Пучкова*; § 4 гл. 1 – докт. юрид. наук, проф. *Н.Г. Салищева*, докт. юрид. наук, проф. *Н.Ю. Хаманева*;

§ 1 гл. 2 – докт. юрид. наук, проф. *Т.Е. Абова*; § 2 гл. 2 – канд. юрид. наук *Е.Н. Васильева*; § 3 гл. 2 – канд. юрид. наук *Ю.С. Овчинникова*, канд. юрид. наук *А.В. Пушкина*, докт. юрид. наук *Л.В. Санникова*; § 4 гл. 2 – канд. юрид. наук *Е.Н. Васильева*, канд. юрид. наук *В.В. Лебедь*; § 5 гл. 2 – докт. юрид. наук, проф. *А.М. Нечаева*, канд. юрид. наук *Н.В. Летова*, канд. юрид. наук *Л.Б. Максимович*;

§ 1 и 2 гл. 3 – докт. юрид. наук, проф. *Т.Е. Абова*; § 3 гл. 3 – докт. юрид. наук, проф. *Т.Е. Абова*, канд. юрид. наук *Е.А. Виноградова*, канд. юрид. наук *К.А. Лебедь*, канд. юрид. наук *И.Н. Лукьянова*;

гл. 4 – докт. юрид. наук, проф. *С.С. Занковский*, докт. юрид. наук, проф. *Н.И. Михайлов*, канд. юрид. наук *А.Н. Оленева*, канд. юрид. наук *Н.Л. Платонова*, канд. юрид. наук *О.А. Супатаева*;

гл. 5 – докт. филос. наук, проф. *А.М. Экмалян*;

гл. 6 – канд. юрид. наук *Р.Ф. Захарова*;

гл. 7 – канд. юрид. наук *Е.С. Андрющенко*, канд. юрид. наук *А.А. Антопольский*, докт. юрид. наук, проф. *И.Л. Бачило*, канд. юрид. наук *М.И. Демьянец*, канд. юрид. наук *А.К. Жарова*, канд. юрид. наук *В.Н. Монахов*, канд. юрид. наук *С.И. Семилетов*, канд. юрид. наук *Э.В. Талатина*;

гл. 8 – докт. юрид. наук, проф. *М.М. Бринчук*;

гл. 9 – докт. юрид. наук, проф. *В.В. Устюкова*;

гл. 10 – докт. юрид. наук, проф. *Г.С. Скачкова*;

§ 1 гл. 11 – канд. юрид. наук *Ю.Г. Васин*, докт. юрид. наук, проф. **С.Т. Келина**, докт. юрид. наук, проф. *В.В. Лунеев*, докт. юрид. наук, проф. *С.В. Максимов*, канд. юрид. наук *А.В. Овчаров*, канд. юрид. наук *С.В. Полубинская*, докт. юрид. наук, проф. *А.Н. Харитонов*; § 2 гл. 11 – докт. юрид. наук, проф. *Л.Б. Алексеева*;

гл. 12 – докт. юрид. наук *Н.Б. Крылов*;

гл. 13 – академик РАН *А.Г. Лисицын-Светланов*, канд. юрид. наук *А.Н. Ошиноков*.

Оглавление

Предисловие	7
--------------------------	---

Глава 1. Административное право, административный процесс

§ 1. Проблемы организации системы исполнительной власти в России.....	10
§ 2. Модернизация государственной службы.....	18
§ 3. Административное право и развитие конституционных основ гражданского общества.....	25
§ 4. Административное судопроизводство как составная часть конституционного института административной юстиции	32

Глава 2. Гражданское и семейное право

§ 1. Конституционные основы развития гражданского законодательства	40
§ 2. Конституционные основы гражданско-правового регулирования отношений собственности	41
§ 3. Конституционные основы гражданского оборота в России.....	45
§ 4. Конституционные гарантии свободы творчества и охраны интеллектуальной собственности	51
§ 5. Конституционные основы семейного права	55

Глава 3. Гражданское судопроизводство

§ 1. Конституционные основы законодательства о гражданском судопроизводстве	61
---	----

§ 2. Осуществление судебной власти посредством гражданского судопроизводства.....	62
§ 3. Конституционные принципы гражданского судопроизводства.....	66
Глава 4. Предпринимательское (хозяйственное) право	76
Глава 5. Финансовое и банковское права	110
Глава 6. Налоговое право	134
Глава 7. Информационное право	
§ 1. Значение Конституции РФ в развитии правовой основы формирования информационного общества.....	152
§ 2. Общая характеристика состояния информационного законодательства РФ за последние 20 лет	158
§ 3. Конституционная основа развития научной, доктринальной части информационного права.....	164
§ 4. О неиспользованных возможностях конституционной основы в развитии информационного права.....	179
Глава 8. Экологическое право	
§ 1. Конституционные положения как методологическое основание формирования экологического права и его источник.....	187
§ 2. Реализация на практике положений Конституции РФ.....	190

§ 3. Развитие теории экологического права. Вклад сектора эколога-правовых исследований ИГП РАН в теорию и практику отрасли.....	198
§ 4. Перспективы развития экологического права	210

Глава 9. Земельное и аграрное право

§ 1. Земли и земельные участки как объекты права собственности и объекты земельных отношений.....	212
§ 2. Защита прав граждан и юридических лиц при изъятии земельных участков.....	220
§ 3. Влияние Конституции РФ на развитие аграрных отношений.....	232

Глава 10. Трудовое право

§ 1. Конституционное регулирование отрасли трудового права	241
§ 2. Конституционное регулирование отрасли права социального обеспечения.....	259

Глава 11. Уголовное и уголовно-процессуальное право

§ 1. Конституционное регулирование отрасли уголовного права	275
§ 2. Конституционное регулирование правосудия по уголовным делам.....	296

Глава 12. Международное право..... 314

Глава 13. Международное частное право..... 345

Предисловие

В данной работе представлены разработки научных сотрудников Института государства и права РАН, посвященные вопросам влияния Конституции РФ на формирование и развитие разветвленной отраслевой системы права и отражения этого процесса в соответствующем законодательстве.

Открывается работа главой об административном законодательстве, в которой в числе современных проблем реализации органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами, гражданами и их объединениями конституционных принципов и положений рассматриваются вопросы становления института административного судопроизводства.

В самостоятельный блок выделены главы, посвященные правовому регулированию гражданских правоотношений, включая семейные правоотношения, с учетом специфики судопроизводства в этой сфере. Речь идет о практической реализации основанного на положениях Конституции РФ принципа соблюдения и защиты прав человека и гражданина в увязке с динамикой развития гражданского и семейного законодательства с учетом современных тенденций и традиций российской цивилистической школы.

Привлекает внимание глава, посвященная регулированию предпринимательско-правовых отношений в современных условиях построения региональных и мирового рынков с учетом тенденций к глобализации экономики. Акцент в этой главе сделан не только на правоотношениях с участием корпоративных субъектов, но и индивидуальных предпринимателей. Особо следует отметить многочисленные ссылки на труды одного из первых разработчиков науки предпринимательского права академика РАН В.В. Лаптева и его учеников.

Значимое место в работе занимают объединенные в одной главе материалы по проблематике финансового и банковского права. В ней рассматриваются сложные вопросы правового регулирования деятельности банков и кредитных организаций в условиях мирового экономического кризиса, показано участие сотрудников сектора в разработке теории банковского права, подготовке законодательных нормативных правовых актов.

Отдельная глава посвящена проблемам налогового права и соответствующего законодательства. В ней рассматриваются изданные после принятия Конституции РФ законы и подзаконные акты, дискуссионные вопросы налогового права.

Значительный интерес представляет глава о конституционных основах развития информационного общества, становления и развития новой юридической науки – информационного права. В ней отмачается конкретный вклад научных сотрудников сектора информационного права в разработку проблем, поставленных во главу угла в Законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» принятом в его развитие последующем законодательстве.

Заслуживает быть выделенным блок из двух глав, содержание которых связано с охраной природы, здоровьем нации и обеспеченностью ее продуктами питания и жизнедеятельности. В главе, посвященной правовым проблемам экологии, раскрывается специфика правовых отношений по сохранению и восстановлению благоприятного состояния окружающей среды – одной из важнейших конституционных задач. Актуальные вопросы земельного и аграрного права рассматриваются разработчиками проблем этих отраслей в отдельной главе с акцентом на отечественные конституционные начала в регулировании соответствующих правоотношений.

Известно, что функционирование государственных и муниципальных органов, осуществление производственно-хозяйственной деятельности субъектов предпринимательства различных видов базируется на трудовом вкладе конкретных служащих или работников, которые вступают в правоотношения с работодателем. В главе о трудовом праве рассмотрена реализация основополагающих конституционных принципов, затрагивающих социальную защищенность работника, начиная с его найма на работу до увольнения, а также связанных с этим последствий.

В палитре отраслей права и соответствующего законодательства, представленных в настоящей работе, важное место занимает глава об уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве. Ее авторы на основе анализа отдельных отраслевых особенностей рассматривают специфику материального и процессуального уголовного права в контексте соблюдения в повседневной жизни конституционных принципов применительно к конкретному лицу.

Активная позиция России в международных отношениях не только в сфере экономики, но и в международной политике, ее участие в деятельности Организации Объединенных Наций, инициативы Президента РФ и Правительства РФ по решению сложных международных вопросов, в частности по предотвращению и разрешению конфликтов, соблюдению международного права, рассмотрены в главе «Международное право».

В условиях нарастающих тенденций взаимопроникновения экономик разных стран особую актуальность приобретают отношения между субъектами (физическими и юридическими лицами) правовых систем различных государств, являющиеся традиционным предметом регулирования международного частного права, которым в настоящей работе посвящена отдельная глава.

Авторский коллектив не ставил перед собой цель охватить все существующие проблемы применительно к отдельным отраслям права. Безусловно, таких проблем слишком много. Однако при их решении в будущем могут оказаться полезными представленные вниманию читателей разработки.

Доктор юридических наук,
профессор *Н.И. Михайлов*

Глава 1. Административное право, административный процесс

§ 1. Проблемы организации системы исполнительной власти в России

Конституция РФ стала новой точкой отсчета в истории становления новой системы государственного управления в России. Она закрепила принцип разделения власти, согласно которому органы исполнительной власти в Российской Федерации являются самостоятельными в пределах своей компетенции, установила новые институты исполнительной власти как на федеральном, так и субфедеральном уровне.

В то же время заложенная в Конституции РФ «конструкция» исполнительной власти в настоящее время не получила окончательного и, самое главное, эффективного законодательного и организационного оформления. Так, к сожалению, и через 20 лет после принятия Конституции РФ система и структура федеральных органов исполнительной власти не отличается стабильностью. Функциональная размытость между видами федеральных органов исполнительной власти и отсутствие четких критериев, на которых должна строиться система органов исполнительной власти Российской Федерации, продолжает отрицательно сказываться на функционировании всей системы исполнительной власти.

За это время было проведено несколько организационных перестроек данной системы, суть которых сводилась к поискам рациональной структуры, прежде всего, федеральных органов России. По мнению Н.Ю. Хаманевой, «в ряде случаев изменения отдельных структурных подразделений этой системы были неоправданными и не были вызваны объективной необходимостью. При этом отсутствовало организационно-правовое обоснование образования, слияния, разделения органов исполнительной власти. Очень часто преобладал субъективный фактор в решении вопроса о структурных

звеньях системы исполнительной власти, что приводило к нестабильности системы исполнительной власти»¹.

Еще одна немаловажная проблема связана с определением компетенции федеральных органов исполнительной власти. Компетенционное смешивание между ними нивелирует «ценность» самой идеи о четком и ясном их разделении по видам выполняемых функций. Как представляется, наделение федеральных министерств надзорными, а федеральных служб – нормативными функциями противоречит сути концепции трехзвенного разделения функций федеральных органов исполнительной власти, заложенной в программных документах по административной реформе и закрепленной, в частности, Указом Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти»². И хотя формально пп. «в» п. 3 данного Указа установлена возможность наделять министерства функцией по контролю и надзору в установленной сфере деятельности специальными указами Президента РФ или постановлениями Правительства РФ, представляется, что такой подход может привести к негативным последствиям при функционировании системы органов исполнительной власти. По нашему мнению, это связано с тем, что, как показывает исторический опыт и международная практика, надзор и контроль ведомств за своими же собственными решениями и нормативными правовыми актами крайне неэффективен.

Опыт государственного строительства свидетельствует о том, что каждый орган исполнительной власти должен иметь свой четкий правовой статус, зависящий от характера и объема выполняемых функций и полномочий. Только тогда можно говорить об обоснованных реорганизациях, минимизации или сокращениях в системе государственного управления. Именно поэтому и в целях повышения эффективности всей системы государственного управления в Российской Федерации необходимо, наконец, законодательно закрепить строгую классификацию органов и учреждений исполнительной власти. Одной из основных трудностей в решении данной проблемы является разработка такого инструментария, который обеспечивал бы систематизацию нормативного материала,

¹ *Хаманева Н.Ю.* Проблемы совершенствования системы исполнительной власти в Российской Федерации // История становления и современное состояние исполнительной власти в России. М., 2003. С. 6.

² СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 945.

касающегося различных элементов правового статуса органов исполнительной власти.

Обоснованной, на наш взгляд, является позиция тех специалистов, которые считают, что процесс совершенствования нормативно-правовой базы должен быть основан на всестороннем научном анализе функций органов исполнительной власти в нашей стране. По мнению Н.Ю. Хаманевой, «очень важно провести типизацию полномочий соответствующих органов, а также форм и методов осуществления этих полномочий. Каждый орган исполнительной власти должен иметь определенный правовой статус, зависящий от характера и объема выполняемых им функций»¹. В этой связи целесообразно использовать соответствующие научно-прикладные разработки, подготовленные сотрудниками АН СССР еще в конце прошлого века. Так, в 1970-е гг. в Институте государства и права АН СССР (ныне Институт государства и права РАН) был разработан классификатор функций, основное назначение которого заключается в том, что с помощью их матричного анализа можно изучить и систематизировать нормативный материал о функциях конкретного органа или системы органов управления на действующих нормативных правовых актах². Классификатор позволяет проследить динамику изменений функций органа управления, характер этих изменений во времени, наметить пути дальнейшего совершенствования этого элемента статуса органов. Практическое применение классификатора функций, основанного на матричном анализе, позволяет создать новые положения об органах исполнительной власти и более точно соотнести с функциями все иные элементы статуса органов управления и их структурных подразделений³, а также получить сводные данные о фактической работе органа, его подразделений, о выполнении закрепленных за ними функций, корректировать структуру аппарата с учетом функциональной нагрузки.

Еще одна немаловажная проблема, требующая своего решения в ходе реформы государственного управления в Российской Федерации, касается реального повышения статуса Правительства РФ как высшего исполнительного органа государственной власти Рос-

¹ Хаманева Н.Ю. Указ. соч. С. 7.

² См.: Бачило И.Л. Функции органов управления. М., 1976. С. 149.

³ См.: Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития / Отв. ред. Н.Ю. Хаманева. М., 2004. С. 149.

сии. Как представляется, необходимо наделить Правительство РФ более четкими полномочиями по осуществлению непосредственного контроля за деятельностью системы исполнительной власти в целом. Например, в целях реализации конституционного положения о единой системе исполнительной власти в Российской Федерации, повышения эффективности государственного управления, укрепления исполнительной дисциплины и ответственности органов исполнительной власти субъектов РФ за принимаемые решения следовало бы наделить Правительство РФ правом приостанавливать действие неправомερных актов органов управления субъектов РФ в сфере предметов совместного ведения до решения спора в судебном порядке.

В этой связи еще одним фактором, отрицательно влияющим на формирование эффективной и целостной системы государственного управления в России, на упорядочение отношений Федерации и ее субъектов, является отсутствие ясного понимания содержания понятия единой системы исполнительной власти (ч. 2 ст. 77 Конституции РФ) и соответствующих правовых механизмов.

С вышеобозначенной проблемой непосредственно связан вопрос определения основных критериев и правовых основ создания территориальных органов федеральных органов исполнительной власти. В настоящее время в федеральных министерствах и ведомствах существуют различные критерии создания и размещения подчиненных им территориальных органов. В ряде субъектов РФ наблюдается избыток федеральных подразделений, а в некоторых из них – явный недостаток. Зачастую отсутствует правовое регулирование вопросов взаимодействия территориальных структур федеральных органов исполнительной власти между собой, а также с органами государственной власти субъектов РФ и местного самоуправления.

До недавнего времени в нормативных правовых актах, регулирующих основные функции и полномочия исполнительных органов власти субъектов РФ, крайне мало говорилось о взаимосвязи их функций с функциями федеральных органов исполнительной власти. В связи с этим приходится констатировать, что взаимоотношения указанных органов исполнительной власти во многом нарушены. Поэтому в ходе формирования единой системы исполнительной власти в Российской Федерации не должен возникать разрыв в управленческих связях, так как при решении практиче-

ских задач существует необходимость постоянного и эффективного взаимодействия исполнительных органов РФ и субъектов Федерации.

Серьезной проблемой остается неурегулированность правового механизма реализации полномочий полпредов Президента РФ в федеральных округах. При этом необходимо отметить, что кроме правовой неопределенности их положения и статуса налицо пробелы в концептуальном подходе к месту и роли данного института в системе государственного управления.

Анализ Указа Президента РФ от 13 мая 2000 г. № 849 «О полномочном представителе Президента Российской Федерации в федеральном округе»¹, других нормативных правовых актов показывает, что многие функции полпредов в определенном смысле являются «дублирующими» по отношению к функциям Правительства РФ, прокуратуры РФ, а отчасти и к функциям администраций (правительств) субъектов РФ. Представляется, что такое дублирование может отрицательно сказываться на функционировании исполнительной власти в Российской Федерации как единой системы.

Но даже более четкое определение статуса полпредов Президента РФ с точки зрения их взаимоотношений как с федеральной исполнительной властью, так и с органами исполнительной власти субъектов РФ автоматически не снимет серьезные проблемы в деятельности этого нового института. В ходе осуществления своих функций полпреды в силу разных обстоятельств вынуждены вмешиваться в компетенцию как федеральных, так и субфедеральных органов исполнительной власти. В этом контексте противоречия между их юридическим статусом и полномочиями, с одной стороны, и их фактической ролью и местом в системе государственного управления – с другой, являются весьма значительными.

Еще одним направлением совершенствования системы исполнительной власти в нашей стране является законодательное регламентирование правового статуса высшего должностного лица субъектов РФ. В частности, много вопросов связано с процедурой наделения его полномочиями и, как следствие, с уровнем легитимности данного управленческого института. Частые изменения этой процедуры от прямых выборов данного лица до наделения его полномочиями законодательными органами субъектов РФ по пред-

¹ СЗ РФ. 2000. № 20. Ст. 2112.

ставлению Президента РФ и переход в настоящее время к смешанной системе в зависимости от решения конкретного субъекта РФ не могут не сказаться на эффективности и стабильности функционирования исполнительной власти в России.

Следует отметить, что вопрос о порядке наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ неоднократно становился предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. При этом его позиция по данному вопросу зачастую противоречива. Так, постановлением Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. № 2-П¹ были признаны не соответствующими Конституции РФ положения Устава Алтайского края, согласно которым главу администрации избирает Законодательное собрание Алтайского края. По мнению Суда, когда законодательный орган субъекта РФ избирает на должность высшее должностное лицо, оно превращается «в своеобразную избирательную коллегия, решение которой подменяет прямое волеизъявление избирателей. Такой порядок избрания не соответствует Конституции Российской Федерации и действующему законодательству. Избранный в таком порядке глава администрации не может считаться легитимным независимым представителем исполнительной власти, поскольку ни законодательная, ни исполнительная власть не вправе определять одна для другой ее представителя, в том числе в федеральных органах».

В постановлении от 21 декабря 2005 г. № 13-П² Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что высшее должностное лицо субъекта РФ возглавляет исполнительную власть субъекта РФ, является звеном в единой системе исполнительной власти в Российской Федерации и находится в отношениях субординации непосредственно с Президентом РФ, который как глава государства, избираемый посредством всеобщих прямых выборов, обеспечивает согласованное функционирование всех органов государственной власти. Таким образом, Суд посчитал, что порядок наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ законодательными органами субъектов РФ по предложению Президента РФ не противоречит Конституции РФ.

В то же время необходимо отметить, что внесенные в 2004 г. и 2013 г. в Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представитель-

¹ СЗ РФ. 1996. № 4. Ст. 409.

² СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 336.

ных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹ поправки об отмене прямых выборов главы субъекта РФ затрагивают проблемы реализации ст. 3 Конституции РФ о народовласти и ст. 10 о разделении властей.

Кроме того, исключительное право Президента РФ предлагать кандидата на пост главы субъекта РФ подтверждает тот факт, что Президент являлся неотъемлемым и прямым участником процесса формирования органа государственной власти субъекта РФ, что вступает в противоречие как минимум с ч. 2 ст. 11 и ч. 1 ст. 77 Конституции РФ. Это связано с тем, что процедура формирования данного органа власти включает несколько этапов. При этом очевидно, что прохождение этих этапов выстроено в последовательный набор действий субъектов соответствующих правоотношений, при котором дефектность или отсутствие предшествующих этапов не позволяет реализовать последующие.

Еще одной проблемой правового регулирования прямых выборов высших должностных лиц субъектов РФ, закрепленных в вышеназванном Федеральном законе в редакции от 2 мая 2012 г.², является введение так называемых муниципальных фильтров для кандидатов на должность высшего должностного лица субъекта РФ. Необходимо отметить, что согласно ст. 12 Конституции РФ органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. И хотя формально «муниципальный фильтр» не нарушает положений указанной статьи, все же следует констатировать, что участие представителей местной власти в процедуре формирования такого института государственной власти, как высшее должностное лицо субъекта РФ, является одним из обязательных и неотъемлемых этапов в избрании главы региона, что можно рассматривать как непосредственное участие муниципальных органов власти в формировании органа государственной власти, а это противоречит принципу «разделения» местной и государственной власти.

¹ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

² Федеральный закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2274.

Вышеизложенное позволяет сделать следующий вывод: наличие закамуфлированных, а подчас и прямых нарушений Конституции РФ в законодательных актах, регулирующих статус институтов государственной власти, является фактором крайне негативного воздействия на их легитимность и дальнейшее функционирование, особенно в период реформирования как всей политической системы страны, так и отдельных институтов государственной власти.

В ходе административных преобразований не был существенным образом реформирован правовой статус органов исполнительной власти субъектов РФ. Отсутствует единообразие в их видах, а также законодательное наполнение элементов правового статуса органов исполнительной власти, что приводит к несогласованности при взаимодействии органов исполнительной власти РФ и субъектов РФ. Дальнейшим шагом должно стать реформирование органов исполнительной власти субъектов РФ, а также закрепление принципа двойного подчинения органов исполнительной власти, созданных для реализации полномочий в рамках предметов совместного ведения Федерации и ее субъектов.

В связи с этим также требует серьезной проработки проблема двойного подчинения органов исполнительной власти как в рамках науки административного права (в его взаимосвязи с конституционным правом), так и на практике, поскольку нет достаточной ясности во взаимоотношениях федеральных и региональных органов управления, выполняющих аналогичные функции на разных уровнях.

Исходя из вышеизложенного, необходимо выделить следующие факторы, мешающие или негативно сказывающиеся на дальнейшей реализации и правовом регулировании конституционных положений, касающихся организации исполнительной власти в России:

не определены общие принципы организации и функционирования единой системы исполнительной власти в масштабе всей страны;

не зафиксирована на уровне федерального закона система и структура государственных органов исполнительной власти как в Российской Федерации, так и в субъектах РФ;

не получили четкой системы и ясного правового оформления механизмы института федерального вмешательства;

отсутствуют законодательно закрепленные полномочия федеральных органов исполнительной власти в отношении однородных органов субъектов РФ;

до конца не определены и не установлены основные принципы и критерии отношений между Российской Федерацией и ее субъектами в бюджетном финансировании государственных функций;

продолжается практика постоянного изменения механизма наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ;

не решен вопрос о назначении руководителей органов исполнительной власти субъектов РФ, находящихся в двойном подчинении;

законодательно не зафиксирован статус полпредов Президента РФ в федеральных округах.

По нашему мнению, в рамках реформы системы государственной власти в Российской Федерации оптимальной моделью взаимоотношений между Российской Федерацией и ее субъектами должно стать строгое разграничение компетенции между органами управления, а также их четкое финансовое, правовое и организационное обеспечение.

§ 2. Модернизация государственной службы

Для России исторически характерна традиция сильного государства, которое представлено системой органов власти, установленных Конституцией. Реализацию функций этих органов обеспечивает корпус государственных служащих. От его кадрового потенциала в значительной степени зависит эффективность государства, его способность защищать конституционные права человека и гражданина. Обеспечить должный уровень кадров, соответствующий стандартам современного правового демократического государства с развитой рыночной экономикой, призвана проводимая в стране реформа государственной службы, направленная на последовательную модернизацию данного института.

Как показывает практика двух последних десятилетий, основные направления модернизации государственной службы обычно задаются в ежегодных посланиях Президента РФ Федеральному Собранию. Не стало исключением и Послание Президента РФ 2012 г. В нем, в частности, отмечается, что без качественного, современного госу-

дарственного управления, без высокой персональной ответственности тех, кто этим занимается, не решить задач, стоящих перед обществом и страной¹. В этой связи модернизация государственной службы приобретает особое значение. Очевидно, что осуществить ее возможно только на прочной правовой основе, базой для которой, бесспорно, являются конституционные нормы.

Следует отметить, что Конституция РФ впервые в отечественной истории заложила правовой фундамент государственной службы. Ранее ни в одной из советских конституций государственная служба не упоминалась.

В Конституции РФ закреплено право граждан РФ на равный доступ к государственной службе (ч. 4 ст. 32); согласно п. «т» ст. 71 федеральная государственная служба относится к исключительному ведению Российской Федерации; установлен запрет для депутата Государственной Думы находиться на государственной службе (ч. 3 ст. 97). Данные конституционные нормы получили детальное развитие в законодательстве. На основе конституционных положений в России постепенно сложились правовые основы государственной службы.

Особенно динамично законодательство в данной сфере стало развиваться в ходе системного реформирования государственной службы 2000–2013 гг., старт которому был дан поручением Президента РФ от 24 ноября 2000 г. № Пр-2331. Впервые после упраздненной в 1917 г. Табеля о рангах всех чинов 1722 г. был принят базовый нормативный правовой акт о государственной службе – Федеральный закон от 27 мая 2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации»², устанавливающий общие для всех государственных служащих положения независимо от их принадлежности к тому или иному виду государственной службы. Закон закрепил разделение государственной службы на три вида: военную службу; правоохранительную службу; государственную гражданскую службу. Последняя, исходя из федеративного государственного устройства России, подразделяется на федеральную государственную гражданскую службу и государственную гражданскую службу субъектов РФ.

¹ См.: Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации. М., 2012. С. 35.

² СЗ РФ. 2003. № 22. Ст. 2063.

Наиболее полно и всесторонне в России в правовом плане урегулирована военная служба.

Служба в правоохранительных органах также достаточно полно была урегулирована еще в 1990-е гг., хотя сам термин «правоохранительная служба» закреплен де-юре только в 2003 г. Позднее, уже в ходе реформирования государственной службы, произошло значительное обновление законодательства в данной сфере.

Служба в каждом из правоохранительных органов, а также во многом схожими с ними по статусу органах прокуратуры РФ и Следственном комитете РФ регламентируется самостоятельным правовым массивом. В результате реформы правоохранительная служба была организационно и юридически обособлена в качестве самостоятельного вида государственной службы. Работа над проектом соответствующего федерального закона, касающегося этого вида службы, ведется уже более 10 лет. Однако его принятие, пусть даже в перспективе, не выглядит столь уж очевидным и практически оправданным, тем более что до сих пор не выработано четкое определение понятия «правоохранительный орган», не определены его главный критерий и признаки, которым он должен соответствовать. Думается, что, как и применительно к военной службе, в современных условиях нет объективной необходимости принимать единый общий для сотрудников всех правоохранительных органов федеральный закон «О правоохранительной службе Российской Федерации». Видимо, в перспективе сохранится своеобразный «status quo», когда отличия в прохождении правоохранительной службы в конкретном государственном органе будут определяться, как это сложилось в 1990-е гг., в специальных законах об особенностях прохождения службы.

Наиболее масштабные преобразования произошли и продолжают в сфере государственной гражданской службы.

В результате реформы гражданская служба выделилась в качестве самостоятельного организационно и юридически обособленного вида государственной службы, правовые основы которой составляют федеральные законы от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹ и от 27 июля 2010 г. № 205-ФЗ «Об особенностях прохождения федеральной государственной гражданской службы в системе Ми-

¹ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 3215.

нистерства иностранных дел Российской Федерации»¹, определяющий специфику гражданской службы в органах внешних сношений. Кроме того, в развитие положений федеральных законов издаются многочисленные подзаконные нормативные правовые акты.

В результате модернизации в России должна сложиться единая система государственной службы. Для этого, как справедливо отметил, выступая 1 ноября 2012 г. на Национальном форуме «Государственная служба России: развитие и управление человеческим капиталом», Председатель Государственной Думы С.Е. Нарышкин, законодательство о всех видах государственной службы должно быть цельным, взаимосопреженным и стройным². На этом направлении предстоит приложить немало усилий. Прежде всего необходимо продолжить работу по совершенствованию правовых основ гражданской службы. Практика применения Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» выявила его многочисленные несовершенства. Кроме того, изменения общественно-политической ситуации в стране и необходимость эффективно противодействовать коррупции настоятельно требуют дальнейших изменений законодательства о гражданской службе. Возможно, стоит подумать о подготовке новой редакции Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» либо даже вернуться к идее кодификации законодательства о гражданской службе, о необходимости которой, кстати, говорилось в Послании Президента РФ Федеральному Собранию еще в 1999 г.³

Значительный вклад в модернизацию государственной службы, особенно ее гражданской составляющей, вносит Конституционный Суд РФ. Его решения по конкретным делам не только обеспечивают защиту конституционных прав граждан, но и стимулируют законодателя совершенствовать правовые основы государственной службы. Рассматривая жалобы граждан, Конституционный Суд РФ нередко формулирует и общие позиции относительно понимания института государственной службы. В частности, им неоднократно отмечалось, что специфика государственной службы в Российской Федерации как профессиональной служебной деятельности предопределяет особый правовой статус государствен-

¹ СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4174.

² См.: URL: <http://www.gosman.ru/?news-27162> (дата обращения: 03.04.2013).

³ См.: Российская газета. 1999. 31 марта.

ных служащих, который включает обусловленные характером такой деятельности права и обязанности государственных служащих, налагаемые на них ограничения, связанные с государственной службой, а также предоставляемые им гарантии¹. В результате были признаны не противоречащими Конституции РФ возрастные ограничения на государственной службе.

В процессе реформирования государственной службы в России постепенно стал утверждаться конкурсный порядок замещения должностей. В основном конкурсы применяются для замещения должностей гражданской службы, да и то, как правило, не руководящих. Кроме того, с недавних пор складываются условия и для замещения на конкурсной основе должностей в правоохранительных органах. Выступая 8 февраля 2013 г. на заседании расширенной коллегии вверенного ему ведомства, министр внутренних дел РФ, в частности, отметил, что повышение социального статуса полицейской профессии позволило перейти на конкурсную основу при комплектовании подразделений².

Конкурс – наиболее демократичный из известных способов замещения должностей на государственной службе. Обстоятельная и емкая характеристика конкурса была дана в постановлении Конституционного Суда РФ от 3 сентября 2009 г. № 2-П³. Согласно позиции Суда, конкурсный порядок замещения должности, «с одной стороны, позволяет расширить круг претендентов на эту должность, выбрать наиболее способных и подготовленных, а с другой – минимизирует субъективность в оценке конкретного лица, поскольку конкурсная комиссия, в состав которой помимо работодателя (на гражданской службе вместо присущего трудовому законодательству термина «работодатель» используется термин «представитель нанимателя». – *Авт.*) входят представители научных и образовательных учреждений, формируется таким образом, чтобы исключить возможность конфликта интересов, могущих повлиять на принимаемые ею решения».

¹ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2012 г. № 31-П // СЗ РФ. 2012. № 52. Ст. 7571; определение Конституционного Суда РФ от 3 октября 2002 г. № 233-О // СЗ РФ. 2003 № 12. Ст. 1174; определение Конституционного Суда РФ от 8 июня 2004 г. № 195-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 6.

² См.: URL: <http://президент.рф/news/17461> (дата обращения: 03.04.2013).

³ СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 890.

Данная характеристика отражает существо конкурса, но все же нельзя не заметить, что она представляет, скорее, некую идеальную модель. Приходится признать, что реальная картина в государственном аппарате современной России совсем иная.

Реальное, а не формально-юридическое утверждение в России конкурсных начал при формировании кадров государственного аппарата возможно только тогда, когда наряду с совершенствованием правовых основ будет последовательно проводиться работа, направленная на усиление контроля и надзора за законностью действий руководителей всех уровней, включая тех, кто реализует функции представителя нанимателя, за неукоснительным соблюдением конкурсных начал при комплектовании кадров государственных органов. Возможно, следует закрепить в Федеральном законе «О государственной гражданской службе Российской Федерации» норму, предусматривающую ответственность в виде безальтернативного освобождения от замещаемой должности за непроведение конкурса в тех случаях, когда по закону конкурс является обязательным. Здесь уместно провести аналогию с ответственностью на коррупционное правонарушение, такое, например, как бездействие представителя нанимателя при обнаружении конфликта интересов подчиненного ему гражданского служащего.

Государственные контрольно-надзорные меры дадут наибольший эффект только в том случае, если они будут сочетаться с внешним общественным контролем, контролем структур гражданского общества.

В 2013 г. завершается федеральная программа «Реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации (2009–2013 годы)», утвержденная Указом Президента РФ от 10 марта 2009 г. № 261¹. В скором времени предстоит подвести ее итоги и объективно оценить достигнутые или, напротив, не достигнутые результаты. Думается, следует осуществить с привлечением авторитетных международных организаций аудит эффективности использования средств федерального бюджета, а их в рамках программы было выделено 691 млн руб. Очевидно, что в данном случае потребуются объективные критерии оценки. Учитывая остроту проблемы противодействия коррупции в России, в качестве одного из таких критериев, прежде всего, следовало бы ис-

¹ СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1227.

пользовать индекс восприятия коррупции (The Corruption Perceptions Index), рассчитываемый по методике международной неправительственной организации Transparency International. Наконец, важным критерием мог бы также стать индикатор GRICS (Governance Research Indicator Country Snapshot), рассчитываемый Всемирным банком (The World Bank) один раз в два года. С недавних пор данный индикатор получил в России официальное признание.

Именно результаты аудита эффективности должны, по нашему мнению, определить дальнейший механизм финансирования мероприятий по модернизации государственной службы; на их основе можно будет назвать, пусть даже *post factum*, лиц, персонально ответственных за недостатки. В конечном счете модернизация государственной службы нужна не сама по себе и тем более не для тех, кто этим делом уже не один год усердно и не без выгоды для себя занимается, а для решения социально-экономических проблем общества, повышения уровня жизни народа, словом, для достижения общественного блага.

Модернизация государственной службы, проводимая политическим руководством России на основе конституционных норм и сложившегося на их основе специального законодательства, позволит повысить эффективность государства, сформировать государственный аппарат, оптимальный по численности и квалификации кадров. В конечном счете это благотворно скажется на реализации прав и свобод человека и гражданина во всех сферах общественной жизни, сделает их реальными для каждого россиянина. Как известно, именно человек, его права и свободы Конституция РФ провозглашает высшей ценностью, а на государстве лежит обязанность эти права соблюдать и защищать. Модернизация государственной службы, разумеется, в случае ее успешного проведения, позволит упрочить государственные гарантии прав и свобод человека и гражданина. Будут складываться условия для утверждения нового государственного сознания, в центре которого – создание в России лучших, наиболее конкурентоспособных условий для жизни, творчества и предпринимательства. Именно следуя этой логике, должна и, хочется верить, в обозримой перспективе, будет построена деятельность всего государственного аппарата.

§ 3. Административное право и развитие конституционных основ гражданского общества

В положениях гл. 1 и 2 Конституции РФ зафиксированы различные стороны жизни гражданского общества, определены основы статуса человека и гражданина, отношения государства и его органов с личностью, принципы политического многообразия и многопартийности, отсутствие обязательной идеологии и др. Тем самым Конституция РФ способствует становлению гражданского общества, создает предпосылки для развития его основных институтов и стимулирует развитие гражданских инициатив и общественной самодеятельности.

Одним из инструментов реализации конституционных положений является административное право, важнейшая задача которого заключается в создании правовой базы для активизации деятельности институтов гражданского общества. Очевидно, что в России, где в социальной психологии граждан сформировалась устойчивая привычка подчинения сильной авторитарной власти, которая всегда брала на себя решение важнейших вопросов общественной жизни, само по себе появление предпосылок для развития гражданского общества не создавало условий для быстрого достижения результатов. Только гражданская активность, положительно воспринимаемая и поддерживаемая институтами государства и его правотворческой деятельностью, может служить основанием для формирования нового этапа отношений между государством и его гражданами, преодоления отчуждения между ними.

Прошедшие после принятия Конституции РФ годы показали, что развитое гражданское общество невозможно создать без активной деятельности самого государства и его органов, которые должны быть непосредственно заинтересованы в его формировании, так как между ними существует определенная диалектическая связь. С одной стороны, для формирования гражданского общества необходима сильная государственная власть, которая основывается на демократизме, признании верховенства права и других принципах, лежащих в основе правового государства. С другой стороны, без гражданского общества не может быть создано правовое государство. Таким образом, укрепление и развитие государства и всех его институтов может быть успешным только при условии, что оно тесно сотрудничает с гражданским обществом.

Исходя из накопленного опыта реализации конституционных норм, можно предположить, что формирование гражданского общества в России неразрывно связано прежде всего с решением следующих задач: демократизацией политической системы путем повышения роли политических партий и общественных объединений, средств массовой информации в жизни государства; возрастанием роли государства и его органов в социально-политической жизни общества, в том числе реализации права граждан на управление делами государства и общества¹.

После принятия Конституции РФ административно-правовой статус гражданина имеет четко выраженную тенденцию к расширению². Важнейшим условием его совершенствования и развития институтов гражданского общества является закрепление и развитие системы юридических, прежде всего законодательных, гарантий прав и свобод участников правовых отношений.

Эти концептуальные положения были учтены сотрудниками Института государства и права РАН при разработке важнейших законодательных актов, обеспечивающих реализацию положений Конституции РФ, направленных на развитие институтов гражданского общества. Например, в одном из первых инициативных проектов закона «О политических партиях» содержались положения о порядке регистрации партий, основаниях для приостановления или запрета их деятельности, принципах деятельности и др., которые затем нашли свое отражение в его окончательном варианте³.

При подготовке другого законодательного акта – Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» профессором Н.Ю. Хаманевой и профессором В.В. Альхименко, которые входили в состав рабочей группы, в содержании этого Закона были отражены принципиальные правовые позиции сектора административного права ИГП РАН по вопросу о классификации видов обращений по составу субъектов, обладаю-

¹ См.: *Альхименко В.В.* Конституционные основы формирования гражданского общества в Российской Федерации // Конституционное право. М., 2004. С. 119–200.

² См.: *Хаманева Н.Ю.* Административно-правовой статус гражданина Российской Федерации. М., 2000. С. 24–54.

³ См.: *Альхименко А.В., Дмитриев Ю.А., Шутько Д.В.* Инициативный законопроект «О политических партиях» // Перспектива. 1991. № 2. С. 117–121.

щих правом на обращение, правам и обязанностям сторон, а также гарантиям их реализации и др.

Следует отметить, что Конституционный Суд РФ в постановлении от 18 июля 2012 г. № 19-П¹ фактически подтвердил правильность научных подходов ученых-административистов при подготовке указанного законодательного акта.

Сотрудники сектора административного права активно участвовали и в подготовке Федерального закона от 19 июля 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, шествиях и пикетированиях»², который позволяет реализовать нормы ст. 31 Конституции РФ. В положениях этого Закона закреплены уведомительный порядок организации публичных мероприятий, требования к месту и времени их проведения, определены права и обязанности организаторов и участников массовых акций. Тем самым сформированы условия для более полного выражения мнения граждан.

В структуре гражданского общества важное место занимают общественные объединения как одна из форм осуществления народовластия, наиболее доступная для населения.

Положения Конституции РФ стали «правовым импульсом» для формирования системы административного законодательства РФ об общественных объединениях. За прошедшие 20 лет с момента принятия Конституции РФ был издан ряд федеральных законов. Один из них – Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 82-ФЗ «Об общественных объединениях»³ – содержит общие нормы о статусе общественных объединений и устанавливает административно-правовые гарантии их участия в деятельности органов исполнительной власти. Важное значение имеет юридическое закрепление обязанности органов государственной власти решать вопросы, затрагивающие интересы общественных объединений, с участием последних или по согласованию с ними (ч. 3 ст. 17); права объединений со статусом юридического лица участвовать в разработке решений органов государственной власти (ст. 27); права всех общественных объединений выступать с инициативами по различным вопросам общественной жизни, вносить предложения в органы государственной власти (ст. 27); права представлять и защищать свои права, законные интересы своих членов, участников,

¹ СЗ РФ. 2012. № 31. Ст. 4470.

² СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2485.

³ СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

права других граждан в органах государственной власти (ст. 27). Эти положения конкретизируются в федеральных законах об отдельных видах общественных объединений.

Следует заметить, что в последние годы прослеживается тенденция использования общественных советов как формы взаимодействия общественности с публичной администрацией. Общественные советы участвуют в предварительном обсуждении проектов нормативных правовых актов и иных документов, разрабатываемых органами исполнительной власти. Однако законодательство РФ, регулирующее правовой статус и деятельность этих советов, имеет ряд существенных недостатков и нуждается в совершенствовании¹. Как отмечается в юридической литературе, создание общественных советов является правом, а не обязанностью федеральных органов исполнительной власти, которые по своему усмотрению решают этот вопрос. Кроме того, отсутствует правовая процедура урегулирования разногласий между органом и советом в случае вынесения им отрицательного заключения на проект нормативного правового акта этого органа². Указанные вопросы носят принципиальный характер и требуют своего правового урегулирования.

В современных условиях все большее значение придается общественной экспертизе решений органов исполнительной власти, активное участие в осуществлении которой принимают представители общественных объединений. Например, они участвуют в экологической экспертизе, независимой антикоррупционной эксперти-

¹ См.: Указ Президента РФ от 4 августа 2006 г. № 842 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам» // СЗ РФ. 2006. № 32. Ст. 3539; постановление Правительства РФ от 2 августа 2005 г. № 481 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, руководство которыми осуществляет Правительство Российской Федерации, федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим министерствам федеральных служб и федеральных агентств, руководство которыми осуществляет Правительство Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 32. Ст. 3322.

² См.: *Альхименко В.В., Гордеева Н.А., Ломакина В.Ф., Пучкова М.В., Салищева Н.Г., Филь М.М.* О состоянии и перспективах развития законодательства РФ, регулирующего процесс интеграции научного знания в механизмы принятия решений публичной властью // URL: www.igpran.ru/nesall/2942 (дата обращения: 03.04.2013).

зе проектов нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти. Однако законодательство РФ об общественной экспертизе пока еще находится в стадии становления и представляет собой разрозненные нормы, содержащиеся в отдельных федеральных законах и иных нормативных правовых актах. Учитывая это, требуется разработка эффективных административных процедур участия общественных объединений в принятии управленческих решений¹.

Важным признаком гражданского общества является политический и идеологический плюрализм. Сегодня в России существуют разные политические партии, продолжается процесс становления современной партийной системы, играющей важную роль в развитии гражданского общества.

11 июля 2001 г. был принят Федеральный закон № 95-ФЗ «О политических партиях»², регулирующий общественные отношения, возникающие в связи с реализацией гражданами РФ права на объединение в политические партии и особенностями создания, деятельности, реорганизации и ликвидации политических партий в Российской Федерации в органах государственной власти и органах местного самоуправления. Законом установлен правовой режим деятельности политических партий, закреплен их правовой статус. В нем достаточно четко определяются требования, предъявляемые к политическим партиям, принципы их деятельности, виды государственной поддержки политических партий, основания их ликвидации и приостановления их деятельности, определены контрольные полномочия регистрирующих органов и др.

Со дня принятия данного Закона он неоднократно подвергался изменениям и дополнениям. Наиболее существенные поправки в него были внесены Федеральным законом от 2 апреля 2012 г. № 28-ФЗ³. Эти изменения коснулись многих норм, в частности, определяющих порядок государственной регистрации политиче-

¹ См. об этом: Пучкова М.В. Административно-правовые отношения национально-культурных автономий с органами исполнительной власти: некоторые теоретико-правовые аспекты // Административные правоотношения: вопросы теории и практики / Отв. ред. Н.Ю. Хаманева. Труды ИГП РАН. 2009. № 1. С. 151.

² СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950.

³ СЗ РФ. 2012. № 15. Ст. 1721.

ской партии и ее региональных отделений (ст. 15), устанавливающих контроль за деятельностью политических партий (ст. 38) и др.

Современное гражданское общество не может эффективно функционировать без свободы слова и печати, независимых средств массовой информации. В России право на информацию закреплено в ст. 29 Конституции РФ. Данное право гарантируется также законодательными и иными нормативными правовыми актами. Назовем лишь некоторые из них: Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-I «О средствах массовой информации»¹, федеральные законы от 13 января 1995 г. № 7-ФЗ «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»², от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»³.

Законодательство о средствах массовой информации – комплексный правовой институт, в котором задействованы нормы различных отраслей правовой системы РФ. Особое значение в регулировании отношений в этой сфере имеют нормы административного права. Так, в базовом Законе «О средствах массовой информации» определяются различные правовые режимы деятельности средств массовой информации, в том числе порядок их государственной регистрации (ст. 8–14) и лицензирования на вещание эфирного, проводного или кабельного телерадиовещания (ст. 31–38), предусматриваются контроль за соблюдением положений этого Закона (ст. 35), установление административной ответственности за нарушения законодательства в данной сфере (ст. 58–60), устанавливается порядок обжалования в административном порядке неправомерных действий соответствующих органов (ст. 61) и др.

В Законе «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации» содержатся нормы, предусматривающие осуществление государственного контроля за соблюдением органами государственной власти и государственными аудиовизуальными средствами массовой информации этого Закона. В Законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» определены пределы государственного регулирования отношений в сфере

¹ Ведомости РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

² СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 170.

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

защиты информации, устанавливается ответственность за нарушения данного Федерального закона.

Проблемы деятельности средств массовой информации всегда находились в центре внимания российских ученых, в том числе Института государства и права РАН, которые внесли свой вклад в развитие законодательства в рассматриваемой сфере¹. В последнее время внимание ученых обращено на проблемы защиты права на информацию, предполагающие участие в этом процессе не столько государства, сколько активизирующегося в России гражданского общества. Перспективными представляются предложения такого способа решения возникающих конфликтов, как третейский суд, развитие деонтологических форм саморегуляции в деятельности российских средств массовой информации и различных технологий общественного контроля за их деятельностью².

Значительное место в структуре гражданского общества занимают религиозные объединения, позволяющие гражданам реализовывать их конституционное право на свободу совести и свободу вероисповедания, закрепленное в ст. 28 Конституции РФ.

Конституцией РФ (ст. 14 и 28) установлены в общих чертах концептуальные основы государственно-конфессиональных отношений в России, которые впоследствии нашли отражение и дальнейшее развитие в отраслевом законодательстве. Базовым в этом плане является Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»³, установивший, в частности, правовой статус религиозных объединений и правовой механизм реализации принципа отделения их от государства. В то же время данный Закон закрепил дифференцированное отношение государства к религиям и религиозным объединениям, классификацию религиозных объединений на религиозные организации и религиозные группы, существенно ужесточил порядок создания религиозных организаций, ограничил деятельность ино-

¹ См., например: *Бачило И.Л.* Важный шаг в регулировании информационных отношений прав граждан // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2006. № 11; *Графский В.Г.* Основные концепции права и государства в современной России // *Государство и право.* 2003. № 5.

² См.: *Куликова С.А.* Цензура и правовые ограничения свободы массовой информации // *Юридический мир.* 2012. № 12.

³ СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

странных религиозных организаций, поставив их в зависимость от российских религиозных объединений.

В дальнейшем положения этого Закона не раз являлись предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ¹.

Кроме того, в развитие положений Конституции РФ, регулирующих право на свободу совести и свободу вероисповедания, а также правовой статус религиозных объединений, в целый ряд федеральных законов были включены специальные нормы. В частности, Закон «О государственной гражданской службе Российской Федерации» запрещает использовать должностные полномочия в интересах религиозных объединений, а также публично выражать отношение к указанным объединениям и организациям в качестве гражданского служащего, если это не входит в его должностные обязанности (п. 13 ч. 1 ст. 17), создавать в государственных органах структуры религиозных объединений или способствовать созданию указанных структур (п. 14 ч. 1 ст. 17).

Принятые акты создали условия для формирования в российском законодательстве и в практике его применения новой модели государственно-конфессиональных отношений, оценку эффективности которых даст общественно-политическая жизнь.

§ 4. Административное судопроизводство как составная часть конституционного института административной юстиции

В современных условиях проблемы взаимодействия человека и гражданина с государственным аппаратом, органами публичной администрации имеют важное внутригосударственное и международное значение. От характера этих отношений, стремления сторон к конструктивному диалогу, сотрудничеству, от степени доверия граждан к государственному аппарату во многом зависит достижение единства, обеспечение стабильности в российском обществе, укрепление российской государственности.

Исторический опыт показывает, что наибольших успехов в развитии всех сфер жизнедеятельности достигает то государство, в котором создаются благоприятные условия для безопасности, достойной жизни людей, раскрытия созидательного, творческого по-

¹ См.: Маньшина С.В. Решения Конституционного Суда Российской Федерации по делам, связанным с реализацией права на свободу совести // Свобода совести: проблемы теории и практики / Под ред. Ф.М. Рудинского, С.А. Бурьянова. М., 2012. С. 770–788.

тенциала личности. Учитывая уроки истории, Конституция РФ провозгласила человека, его права и свободы высшей ценностью, которая должна занимать ведущее место в иерархии ценностей российского общества и государства. Принцип приоритета прав и свобод человека является важнейшей конституционной основой формирования и развития суверенной России как демократического, правового и социального государства. Как известно, согласно ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Обратим внимание на особый смысл конституционной нормы о том, что права и свободы человека и гражданина *обеспечиваются* (выделено нами. – *Авт.*) правосудием. Это ключевое значение задач правосудия, которые последовательно закрепляются в ст. 46 Конституции РФ, гарантирующей каждому судебную защиту его прав и свобод и создающей конституционно-правовую основу института административной юстиции. Речь идет о ч. 2 ст. 46, в соответствии с которой решения и действия (бездействие) органов государственной власти и органов местного самоуправления и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

В гл. 7 Конституции РФ «Судебная власть» последовательно реализуется указанная норма, поскольку в ч. 2 ст. 118 в качестве одного из видов судопроизводства, посредством которого осуществляется судебная власть, определяется административное судопроизводство.

Заметим далее, что к компетенции Верховного Суда РФ, возглавляющего систему судов общей юрисдикции, относится рассмотрение административных дел.

Таким образом, можно утверждать, что Конституция РФ обеспечивает правовую основу институциональной и процессуальной составляющих института административной юстиции.

Этот демократический институт находит повсеместное распространение в государствах Европы, в ряде стран других континентов. Он реализуется в различных правовых формах, учитывая политические режимы в соответствующих странах.

Как известно, суды оцениваются юристами разных стран как органы, обеспечивающие наиболее действенный контроль за со-

блюдением законности в деятельности публичной администрации. Суд выступает специализированным государственным органом, осуществляющим функцию социального контроля при наличии конфликта между отдельными членами общества, между ними и государством, возникающего в сфере деятельности человека, урегулированной правом¹.

В мировой практике административная юстиция существует в различных организационных формах. Перенос их в том виде, в котором они функционируют в конкретных странах, вряд ли можно считать целесообразным. Определенный институт должен вписаться в правовую систему страны органично.

Существуют различные определения административной юстиции, но суть всех определений можно свести к общему тезису, что административная юстиция является конституционным институтом, обеспечивающим судебный контроль за публичной властью в ходе разрешения споров публично-правового характера по особым процессуальным правилам административного судопроизводства.

Но административное судопроизводство – это процессуальная составляющая института административной юстиции. Не менее важна институциональная часть этого института. Речь идет либо о создании системы специальных судов, как, например в Германии, либо о создании их как специальной ветви судов общей юрисдикции, либо об отнесении дел, вытекающих из административных и других публичных правоотношений, к юрисдикции судов общей юрисдикции и арбитражных судов, но при этом действующих на единой правовой основе – федеральном законе об административном судопроизводстве.

Подходы к решению этой проблемы обсуждались в последнее десятилетие многими российскими учеными-административистами, в том числе Д.Н. Бахрахом, Ю.Н. Стариковым, А.Б. Зеленцовым,

¹ См.: Материалы международного экспертного семинара «Роль административной юстиции в защите прав человека», организованного управлением Верховного комиссара ООН по правам человека, Верховным Судом РФ, Российской академией правосудия. М., 2010.

К.С. Бельским, Ю.А. Тихомировым, И.В. Пановой, М.С. Студеникиной и др.¹

По общему мнению, институт административной юстиции, включая его институциональную и процессуальную части, является одним из важных элементов развития гражданского общества, повышения эффективности взаимодействия гражданина и государственного аппарата.

Защита прав и свобод каждого обусловлена реальным состоянием законодательства, регулирующего публичные отношения, в том числе отношения, связанные с осуществлением функций государственного управления экономическими и социальными процессами, с разрешением споров (конфликтов), возникающих между гражданами и органами публичной власти. Именно в сфере государственного управления особое значение приобретает баланс публичных и частных интересов. Институт административной юстиции является одним из важных механизмов обеспечения справедливого и соразмерного учета публичных и частных интересов.

К сожалению, в России еще не создан полноправный институт судебного контроля за законностью действий администрации, хотя конкретные шаги в этом направлении можно отметить еще до принятия Конституции РФ.

Так, в постановлении Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 г. «О концепции судебной реформы в РСФСР» в качестве одной из основных задач судебной реформы указывалось на необходимость обжалования в суд неправомερных действий должностных лиц, установления судебного контроля за законностью применения мер пресечения и других мер процессуального принуждения. Особое значение имело принятие Закона РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»², нормы которого послужили, с точки зрения их принципиального значения, предтечей норм ст. 46 Конституции РФ.

Реализация указанных норм получила продолжение в ГПК РФ и АПК РФ. Однако такое решение вопроса об административном судопроизводстве в процессуальных кодексах, регулирующих

¹ См.: *Старилов Ю.Н.* Административная юстиция в системе формирования новой доктрины современного российского административного права // *Правовая политика и правовая жизнь*. 2003. № 3. С. 37.

² *Ведомости РФ*. 1993. № 19. Ст. 685.

гражданский процесс, не решило задачу создания полноправного института административной юстиции.

Отметим, что в указанных кодексах установлено, что дела об оспаривании нормативных правовых актов, решений и действий органов публичной власти рассматриваются по общим принципам гражданского судопроизводства с особенностями, предусмотренными в соответствующей главе каждого из упомянутых кодексов.

Вместе с тем нельзя не отметить, что в АПК РФ впервые в законодательной практике был использован термин «административное судопроизводство». Кроме того, данный термин введен Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹. Использование этого термина полностью соответствует конституционной норме, которая закрепила наряду с другими данный вид судопроизводства (ч. 2 ст. 118 Конституции РФ).

К сожалению, в соответствии с гражданским процессуальным законодательством, как указывалось выше, публично-правовые споры подпадают под общее понятие «гражданское дело». Некоторые специалисты в области гражданского процесса не учитывают, что разделение судопроизводства на виды произведено Конституцией РФ по иному критерию: материально-правовой природе спора о праве, подлежащего разрешению судом. Последняя «влияет на средства и способы защиты и особенности судебной процедуры в каждом из видов судопроизводства»². Полезно вспомнить, что еще в 1885 г. Н.М. Коркунов писал: «Административное-судное дело имеется во всех тех случаях, когда дело идет о правомерности действий администрации и именно – о предоставлении, признании, лишении или осуществлении какого-либо права. не предоставленных усмотрению администрации»³.

Материально-правовые особенности административно-правовых споров обуславливают наличие процессуальных особенностей. Здесь закономерна постановка вопроса о необходимости создания самостоятельной системы судебных органов, специального процессуального законодательства, которое эти суды использовали бы при рассмотрении споров в сфере публичного права. Та-

¹ СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

² Чечот Д.Н. Административная юстиция. Л., 1973. С. 78.

³ Коркунов Н.М. Очерк теории административной юстиции // Журнал гражданского и уголовного права. 1885. № 8. С. 107.

ким образом, речь идет об административных судах и об административном судопроизводстве.

Общее состояние законодательного регулирования института административной юстиции, сложившееся в начале XXI в., естественно, не могло не вызывать попыток не только теоретически, но и практически решить эту проблему.

В этой связи нельзя не отметить инициативу Верховного Суда РФ, который в 2000 г. внес в Государственную Думу проект федерального конституционного закона «О федеральных административных судах в Российской Федерации», а в 2006 г. – проект кодекса об административном судопроизводстве РФ. Но поскольку реализация этих законопроектов требовала прежде всего политических решений с учетом многих экономических и политических факторов, рассмотрение указанных вопросов было отложено.

В последнее время были приняты важные политические и законодательные решения, свидетельствующие о существенных сдвигах в реализации института административной юстиции. Так, 7 февраля 2011 г. был принят Федеральный конституционный закон № 1-ФКЗ «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»¹, в ст. 10 которого предусмотрено создание в Верховном Суде РФ Судебной коллегии по административным делам.

В целях реализации положений ст. 18 данного Закона Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 10 марта 2011 г. № 3² утвердил в том числе и составы Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ, которые приступили к своей деятельности с 14 марта 2011 г.

Особое значение имеет предложение, высказанное Президентом РФ в Послании Федеральному Собранию РФ от 12 декабря 2012 г.³, касающееся подготовки кодекса административного судопроизводства.

В перечне поручений Президента РФ по реализации упомянутого Послания были предусмотрены подготовка и внесение в Государственную Думу проекта кодекса административного судопроизводства РФ, а также формирование судебных коллегий по административным делам в судах общей юрисдикции субъектов РФ для

¹ СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 5.

³ Российская газета. 2012. 13 дек.

рассмотрения жалоб граждан и организаций на решения и действия (бездействие) органов публичной власти и их должностных лиц.

В целях реализации данного поручения Пленум Верховного Суда РФ постановлением от 5 февраля 2013 г. № 1 внес в Государственную Думу проект федерального конституционного закона «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» и Федеральный конституционный закон «О военных судах Российской Федерации», в котором предусматривается создание судебных коллегий по административным делам во всех судах общей юрисдикции субъектов РФ.

Отметим также, что на VIII Съезде судей Президент РФ подтвердил необходимость принятия кодекса административного судопроизводства РФ.

Создание единого по своим принципам и процессуальным правилам кодекса об административном судопроизводстве, которым должны руководствоваться как суды общей юрисдикции, так и арбитражные суды, имеет особое значение. Его принятие позволит унифицировать практику применения законодательства о защите прав граждан и организаций в сфере публичных правоотношений, ликвидировать «ведомственные» подходы высших судебных инстанций, обеспечить их согласованные разъяснения по вопросам судебной практики.

Проект кодекса административного судопроизводства РФ, который внесен Президентом РФ в Государственную Думу 27 марта 2013 г., безусловно, вызовет значительный общественный резонанс и особый интерес представителей юридической науки. Принятие этого кодекса будет означать, что в России сделан важный шаг по пути формирования полнокровного института административной юстиции. Наличие или отсутствие особого административного судопроизводства является показателем соответствия национальной судебной системы международным государственным стандартам. Речь идет о стандартах обеспечения прав и свобод граждан, доступности системы эффективного и справедливого правосудия для всех субъектов права, формировании соответствующей структуры органов судебной власти.

Административная юстиция – сложный комплексный институт публичного права, завоевавший твердые позиции в мире. В практике зарубежных стран административная юстиция имеет

различные организационные формы. Однако их слепое копирование не принесет положительного результата. Любой вновь создаваемый институт должен вписаться в уже действующую правовую систему страны с учетом всех ее особенностей. Вот почему, создавая подобный институт в России, необходимо учитывать положительный опыт других государств и опираться на свои возможности с тем, чтобы административная юстиция стала действенным механизмом правовой защиты, направленным на обеспечение законных интересов граждан во всех случаях неправомерного и бесконтрольного использования властных полномочий административными органами и их должностными лицами.

Глава 2. Гражданское и семейное право

§ 1. Конституционные основы развития гражданского законодательства

Конституция РФ содержит немало положений, имеющих базовое значение для становления и развития в России гражданского законодательства и, прежде всего, его основных институтов. В ст. 1 (п. 1) ГК РФ сформулированы принципы гражданского законодательства, отразившие базовые ценности Конституции РФ: гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Положение ч. 2 ст. 8 Конституции РФ о признании и защите равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности стало основой регулирования отношений собственности в разд. II ГК РФ. Непосредственное отношение к Конституции РФ имеют нормы ГК РФ о правах граждан в социальной сфере. Положение Конституции РФ о праве граждан на жилище (ст. 40) получило развитие в нормах гл. 18 ГК РФ о праве собственности и иных вещных правах на жилые помещения. В гл. 3 ГК РФ закреплены также другие права граждан в социальной сфере: право на имя (ст. 19), право иметь имущество на праве собственности, наследовать и завещать его, заниматься предпринимательской деятельностью и любой иной не запрещенной законом деятельностью, избирать место жительства и др. Базовые ценности, содержащиеся в ст. 7, 8, 74 Конституции РФ, предопределили появление в России гражданского оборота, опосредующего свободное обращение товаров, услуг и работ на основе одного из основополагающих принципов гражданского права – свободы договора. Предусмотренные гражданским законодательством нормы договорного права построены, исходя из этого принципа. В нормах ГК РФ и иного гражданского законодательства об интеллектуальной собственности получили развитие положения Конституции РФ,

гарантирующие свободу мысли и слова (ст. 29), свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, а также охрану законом интеллектуальной собственности (ст. 44).

Конституция РФ установила, что гражданское законодательство и правовое регулирование интеллектуальной собственности находятся в ведении Российской Федерации.

§ 2. Конституционные основы гражданско-правового регулирования отношений собственности

Конституционные основы регулирования отношений собственности реализуются в нормах разных отраслей права России. Центральное место и наибольший объем в институте права собственности занимают гражданско-правовые нормы, которые регулируют эти отношения как основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, т.е. субъектов прав собственности, независимо от того, принадлежит ли имущество гражданину, юридическому лицу, государству или муниципальному образованию. Гражданское законодательство определяет основания возникновения, прекращения и порядок осуществления права собственности, способы его защиты. В нормах гражданского законодательства получили дальнейшее развитие принципиальные положения Конституции РФ о признании и защите в России равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности, круг субъектов права собственности, основания возникновения права собственности, прекращения, порядок осуществления и способы его защиты.

Гражданин, юридическое лицо, государство, муниципальное образование имеют одинаковое по содержанию субъективное право собственности, выражающееся в наличии классической триады правомочий – владение, пользование и распоряжение своим имуществом по своему усмотрению (ст. 209 ГК РФ), что соответствует положению ч. 2 ст. 35 Конституции РФ о праве каждого иметь в собственности имущество, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами.

Гражданское законодательство, регулируя отношения собственности, опирается на одно из основных начал Конституции РФ – принцип неприкосновенности собственности. Никто не должен препятствовать собственнику свободно, в своем интересе и по своему

усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться собственностью¹. Никто не вправе лишать собственника принадлежащего ему имущества. Но свобода усмотрения собственника не безгранична. Собственник, как любой субъект гражданского права, должен действовать добросовестно, не выходить за пределы права, не допускать злоупотребления правом, в том числе не использовать его исключительно с намерением причинить вред другому лицу, или в обход закона (ст. 10 ГК РФ). Пределы осуществления права собственности установлены п. 2 ст. 209 ГК РФ, в силу которых собственник не вправе совершать действия, нарушающие права и охраняемые интересы других лиц.

Ограничение права собственности возможно, но только в случаях, установленных п. 3 ст. 55 Конституции РФ об ограничении прав и свобод человека и гражданина. Конституционные основания ограничения права собственности воспроизведены в п. 2 ст. 1 ГК РФ. Права собственника могут быть ограничены только федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Конституция установила, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда (ст. 35)². Принудительное изъятие имущества у собственника возможно в случаях, исчерпывающий перечень которых предусмотрен п. 2 ст. 235 ГК РФ. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд в силу ст. 35 Конституции РФ допускается при условии предварительного и равноценного возмещения. Это конституционное положение получило развитие в специальных нормах гражданского законодательства о реквизиции (ст. 242 ГК РФ), отчуждении недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка

¹ В этом проявляется одновременно и другой принцип гражданского права: граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права.

² Исключение из общего правила о судебном порядке сделано в ГК РФ в отношении реквизиции. Она осуществляется по решению государственных органов, поскольку изъятие имущества у собственника применяется в обстоятельствах, носящих чрезвычайный характер. Однако собственник вправе требовать признания этого решения недействительным, а также потребовать возмещения убытков на основании ст. 16 ГК РФ.

(ст. 239 ГК РФ), при принятии закона, прекращающего право собственности, т.е. национализации (ст. 306 ГК РФ) и др.

Согласно ГК РФ объектом права собственности являются вещи: движимые и недвижимые. Право собственности возникает на первоначально изготовленный объект или созданный лицом для себя. Собственность, а также право собственности, может переходить по наследству, может передаваться от одного лица к другому по договору купли-продажи, мены, дарения, или иной сделки об отчуждении этого имущества.

Недвижимое имущество, принадлежащее на праве собственности государству или муниципальным образованиям, может быть отчуждено в собственность граждан или юридических лиц по решению собственника в порядке, предусмотренном законами о приватизации.

К недвижимому имуществу как объекту права собственности предъявляются повышенные требования. Право собственности на недвижимое имущество подлежит государственной регистрации (ст. 131 ГК РФ). С моментом регистрации связано возникновение права собственности на недвижимость (ст. 224 ГК РФ). В теории и в судебной практике возник вопрос, насколько регистрация как действие, осуществляемое публичным органом, влияет на правовую характеристику спора по поводу недвижимого имущества, т.е. насколько публичный характер этого действия влияет на гражданско-правовую природу основания возникновения или перехода права собственности. Этот вопрос поднимался Конституционным Судом РФ в связи с рассмотренным им делом о проверке конституционности положений п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 2 ст. 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», п. 1 ст. 33 и ст. 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации¹.

По этому вопросу Конституционный Суд РФ высказал следующее мнение. Государственная регистрация призвана лишь удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов, она не затрагивает са-

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П // СЗ РФ. 2011. № 23. Ст. 3356.

мого содержания гражданского права и не ограничивает свободу договоров, юридическое равенство, автономию воли и имущественную самостоятельность сторон¹. Как формальное условие обеспечения государственной, в том числе судебной, защиты прав лица, возникающих из договорных отношений, объектом которых является недвижимое имущество, государственная регистрация призвана со стороны государства лишь удостоверить юридическую силу соответствующих правоустанавливающих документов. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним, не являясь фактором, изменяющим саму природу гражданско-правовых отношений по поводу этого имущества, служит дополнительной гарантией надлежащего оформления совершаемых сделок и позволяет осуществлять контроль за их правоммерностью, необходимость которого обусловлена особым правовым положением недвижимого имущества и его значением как объекта гражданских прав.

Таким образом, содержащийся в фактическом составе, из которого возникает право собственности у определенного лица, или являющийся основанием его перехода от одного лица к другому, публичный элемент – государственная регистрация – не влияет на гражданско-правовую природу права собственности как важнейшего института гражданского права.

Частная собственность, а также государственная собственность, собственность муниципальных образований, соответственно право собственности охраняются законом. Защита права собственности гражданско-правовыми способами обладает спецификой, связанной с вещной природой права собственности. Согласно ст. 301 ГК РФ собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения. Собственник может также требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения (ст. 304 ГК РФ).

При этом подлежат защите права добросовестного приобретателя имущества и его право собственности на это имущество.

Право собственности всегда было и остается одним из основных направлений развития науки гражданского права России.

¹ См.: определение Конституционного Суда РФ от 5 июля 2001 г. № 154-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 1.

Свой вклад в исследование этого важнейшего института гражданского права внесли и научные сотрудники ИГП РАН. В частности, проведенный доктором юридических наук А.А. Рубановым еще до распада СССР серьезный историко-правовой анализ эволюции права собственности, начиная с первых декретов советской власти и до начала экономической реформы¹, позволил ему охарактеризовать законодательные конструкции собственности на каждом из исторических этапов, а также сформулировать признаки, которые они должны приобрести в дальнейшем, что не потеряло своей актуальности и в последующий после распада СССР период. Вопросы права в основном государственной собственности исследовались также старшим научным сотрудником ИГП РАН С.А. Сосной (к сожалению, его нет уже с нами). Особое внимание он уделял роли государственной собственности в экономике переходного периода, способам управления ею в условиях рыночной экономики, а также выявлению правовой природы соглашений о разделе продукции и концессионных соглашений при использовании собственности государства и муниципальных образований². Используя сравнительно-правовой метод, и А.А. Рубанов, и С.А. Сосна предложили новые теоретические подходы к правовому регулированию отношений собственности, с учетом опыта регулирования права собственности за рубежом.

Современная позиция А.А. Рубанова, относящаяся к праву частной и публичной собственности, нашла отражение в соответствующих комментариях ГК РФ³.

§ 3. Конституционные основы гражданского оборота в России

Гарантированные Конституцией РФ единство экономического пространства и свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 8) обусловили наличие в стране гражданского (имущественного) оборота товаров, услуг, работ и финансовых средств. Гражданский оборот складывается из регулируемых нормами действующего на

¹ См.: Рубанов А.А. Эволюция законодательной конструкции собственности: основные тенденции // Сов. государство и право. 1989. № 8. С. 118–126.

² См.: Сосна С.А. Концессионное соглашение: теория и практика. М., 2002.

³ См.: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 2 т. Т. 1. Части I и II / Под ред. Т.Е. Абовой и А.Ю. Кабалкина. 7-е изд. М., 2012.

всей территории страны гражданского законодательства (прежде всего, ГК РФ и принятых на его основе законов) многочисленных правовых отношений между участниками этого оборота – физическими и юридическими лицами.

Существенное место среди гражданских правоотношений занимают обязательственные отношения, в основе которых лежат сделки, чаще всего договорного типа. Как общее правило, гражданско-правовые договоры, как и вся совокупность гражданских правоотношений, заключаются, изменяются, осуществляются и прекращаются на основе свободного волеизъявления (автономии воли), равенства и имущественной самостоятельности участников гражданского оборота (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Ограничение гражданского оборота и исключение некоторых товаров и услуг из оборота (признание их не оборотоспособными или ограниченно оборотоспособными) могут вводиться, в соответствии с правилом п. 3 ст. 1 ГК РФ, в котором воспроизведена норма Конституции РФ (ч. 2 ст. 74), если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

Обязательственному праву и его составляющему праву договорному посвящены разд. III первой части ГК РФ (общая часть обязательственного права) и большая часть норм части второй ГК РФ об отдельных видах обязательств: купля-продажа, аренда, строительство, проектно-изыскательские и научно-исследовательские работы, перевозка, страхование и др. Статьей 421 ГК РФ участникам гражданского оборота обеспечивается свобода в выборе контрагентов, типа и вида договоров, а также свобода в формировании их условий.

Развитие рыночной экономики обусловило появление новых, советскому праву не известных, договорных типов, таких как договор лизинга, договор возмездного оказания услуг, договоры финансирования под уступку денежного требования, агентирования, доверительного управления¹. В настоящее время в

¹ В начале реформы гражданского законодательства была предпринята попытка ввести в российское гражданское право институт доверительной собственности – «траст», свойственный англо-американскому праву, признающим за доверительным управляющим право собственности на управляемое им имущество собственника (так называемая расщепленная собственность). Однако этот институт, построенный по англо-саксонской модели, оказался инород-

ГК РФ включены новые виды договоров – корпоративные договоры¹.

Договор применяется не только для упорядочения экономических отношений между коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями. Договор выступает и как правовое средство, обеспечивающее на возмездной основе социальные потребности граждан. Среди таких договоров можно назвать договор возмездного оказания услуг (гл. 39 ГК РФ), договор ренты и пожизненного содержания с иждивением (гл. 33), договор жилищного найма (гл. 35), договор бытового подряда (§ 2 гл. 37), договор перевозки пассажира (гл. 40) и др.

Хотелось бы несколько подробнее остановиться на некоторых социально значимых договорах. Это договоры в области здравоохранения, образования и жилищного найма.

Согласно ст. 41 Конституции РФ государство обязано принимать меры по развитию не только государственной и муниципальной, но и частной систем здравоохранения. Отношения пациента и медицинской организации, относящейся к частной системе здравоохранения, а также к государственным и муниципальным учреждениям здравоохранения при оказании ими платных медицинских услуг, регулируются договором возмездного оказания медицинских услуг в соответствии с Правилами предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг, утвержденными постановлением Правительства РФ от 4 октября 2012 г. №1006². Желательно, чтобы эти отношения регулировались на уровне самостоятельного закона, в котором была бы отражена их специфика. Регулирование отношений по предоставлению медицинских услуг только на уровне гл. 39 ГК РФ «Возмездное оказание услуг» недостаточно. К тому же некоторые правила этой главы к договору платных медицинских услуг нельзя применять. Например, нельзя применять к данному договору право на односторонний отказ от договора, предусмотренный п. 2 ст. 782 ГК РФ, поскольку это может привести к нарушению конституционного права гражданина на

ным телом в нашем праве. В ГК РФ институт доверительного управления является одним из видов обязательств – договором.

¹ См.: Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.

² СЗ РФ. 2012. № 41. Ст. 5628.

медицинскую помощь, на что было указано в определении Конституционного Суда РФ от 6 июня 2002 г. №115-О¹.

Договор возмездного оказания услуг применяется при реализации конституционного права граждан на образование (ст. 43 Конституции РФ). Федеральным законом от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»² наряду с бесплатным обучением предусмотрено обучение на возмездной основе в частных образовательных учреждениях, а также предоставление дополнительных платных образовательных услуг государственными и муниципальными образовательными учреждениями. В этих целях между образовательным учреждением и физическим лицом или юридическим лицом заключается договор об оказании платных образовательных услуг (ст. 54), являющийся видом договора возмездного оказания услуг.

Регулирование на уровне закона имущественных отношений, складывающихся в социальной сфере при оказании социально значимых возмездных услуг, позволяет более полно реализовать конституционные нормы о праве на образование, медицинские услуги, установить и применять имущественную ответственность лиц, оказывающих эти услуги, в случае их ненадлежащего исполнения.

Социально значимым является также договор жилищного найма. Право человека на жилище закреплено в ст. 40 Конституции РФ.

ГК РФ, развивая конституционные положения о праве на жилище, предусмотрел несколько путей решения данной задачи. Один из них – социальный наем. Договор социального найма жилого помещения заключается на жилые помещения в государственном и муниципальном жилом фонде по основаниям, на условиях и в порядке, установленном Жилищным кодексом РФ. Жилище предоставляется малоимущим гражданам бесплатно или за доступную плату из государственных, муниципальных и других жилищных фондов в соответствии с установленными законом нормами. Через социальный наем реализуется положение, предусмотренное ч. 3 ст. 40 Конституции РФ, согласно которому государство оставляет за собой обязанность обеспечить жилыми помещениями за доступ-

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 1.

² СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

ную плату не всех нуждающихся, а только малоимущих и иных указанных в законе граждан, нуждающихся в жилище.

Важнейшим способом обеспечения граждан жильем является бесплатная приватизация жилья, полученного гражданами от государства еще в советское время. Срок такой приватизации должен был закончиться в марте 2013 г., но был продлен еще на два года.

Граждане могут реализовать свое право на жилище, заключая договоры жилищного найма с его собственником или уполномоченным им лицом – наймодателем (п. 1 ст. 671 ГК РФ).

В то же время Конституция РФ установила, что органы государственной власти и органы местного самоуправления поощряют жилищное строительство, создают условия для осуществления права на жилище (ч. 2 ст. 40) путем самостоятельного приобретения гражданами жилья. Государство поощряет использование ипотеки для такого приобретения жилья, участие граждан в долевом строительстве, создание жилищно-строительных кооперативов и других предусмотренных законом объединений.

Сложилась большая практика решений судов общей юрисдикции, арбитражных судов, Конституционного Суда РФ по вопросам, связанным с правом на жилище¹. Так, в постановлении от 30 июня 2011 г. № 13-П² Конституционный Суд РФ признал не соответствующими Конституции РФ, ее ст. 19 (ч. 1 и 2), 27 (ч. 1) и 55 (ч. 3), ч. 2 ст. 1 Федерального закона «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» в той части, в какой ограничивается право граждан на регистрацию по месту жительства в пригодном для постоянного проживания жилом строении, расположенном на садовом земельном участке, который относится к землям населенных пунктов и к землям сельскохозяйственного назначения. Суд ограничил возможность изъятия у гражданина-должника принадлежащего ему на праве собственности жилого помещения (его частей), которое является для гражданина-должника и членов его семьи, совместно проживающих в данном жилом помещении, единственным пригодным для постоянного проживания.

В то же время при рассмотрении другого дела Конституционный Суд РФ, проверяя соответствие Конституции РФ положения

¹ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 14 апреля 2008 г. № 7-П // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 2089.

² СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3991.

абз. 2 ч. 1 ст. 446 ГПК РФ, установил, что иммунитет должен распространяться только на такое жилое помещение, которое по своим объективным характеристикам (параметрам) является разумно достаточным для удовлетворения конституционно значимой потребности в жилище как необходимом средстве жизнеобеспечения.

Рассматривались также дела, связанные с соответствием Конституции РФ положений Закона РФ «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации». Конституционный Суд РФ признал не соответствующим Конституции РФ ст. 4 данного Закона в части, ограничивающей приватизацию жилых помещений в коммунальных квартирах государственного и муниципального жилищного фонда социального использования¹.

Договорное право, как и право собственности, – одно из основных направлений науки гражданского права.

Договорам в гражданском праве посвящено немало трудов. Прежде всего следует отметить притомный труд докторов юридических наук, профессоров М.И. Брагинского и В.В. Витрянского о договорах в гражданском праве и другие труды каждого из них в области договорного права, а также труды докторов юридических наук В.Ф. Яковлева, Е.А. Суханова, А.Л. Маковского, Н.И. Клейн, Л.А. Новоселовой, С.А. Сарбаша, Ю.С. Харитоновой. Из молодых ученых можно назвать труды М.А. Егоровой и многих других, в которых рассматривались актуальные вопросы договорного права, как, впрочем, и обязательственного права в целом.

В ИГП РАН проблемы теории гражданско-правового договора разрабатывались доктором юридических наук, профессором А.Ю. Кабалкиным (к сожалению, его уже нет с нами). В его работах договор раскрывался как основное средство гражданско-правового регулирования рыночной экономики².

Теории услуг (в том числе наиболее социально значимых: образовательных, медицинских и информационных) посвящены работы доктора юридических наук, профессора, ведущего научного сотрудника ИГП РАН Л.В. Санниковой³. Проблемы договорных

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 3 ноября 1998 г. № 25-П // СЗ РФ. 1998. № 45. Ст. 5603.

² См., например: Гражданско-правовые договоры. Общие положения. М., 2002.

³ См.: Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. М., 2007.

отношений на транспорте нашли отражение в работах доктора юридических наук, профессора Т.Е. Абовой¹. Новым типам договоров посвящена монография кандидата юридических наук С.А. Сосны и кандидата юридических наук Е.Н. Васильевой², удостоенная премии РАН имени А.Ф. Кони.

ИГП РАН был подготовлен уже упоминавшийся выше Научно-практический комментарий к ГК РФ, выдержавший семь изданий (первая и вторая часть), последнее издание в 2012 г., шесть изданий (третья часть), два издания (четвертая часть), последнее в 2011 г.

Проблемы обязательственного, в том числе договорного, права нашли отражение в ряде коллективных работ сотрудников Института: об обязательственном праве³, о договорном праве России и зарубежных стран⁴, об ответственности за нарушение обязательств⁵.

§ 4. Конституционные гарантии свободы творчества и охраны интеллектуальной собственности

Конституция РФ гарантирует каждому свободу творчества как основу и значимую часть духовной жизни общества. Свобода творчества представляет собой «сложный комплекс прав, интересов, общественных потребностей, обязанностей и неизбежных ограничений»⁶. Согласно ч. 1 ст. 44 Конституции РФ свобода творчества состоит в свободе литературного, художественного, научного, технического и иных видов творчества, преподавания. Государство охраняет свободу творчества. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и госу-

¹ См.: *Абова Т.Е.* Избранные труды. Гражданский процесс, арбитражный процесс, гражданское право, хозяйственное право. М., 2007.

² См.: *Сосна С.А., Васильева Е.Н.* Франчайзинг. Коммерческая концессия. М., 2005.

³ См.: Обязательственное право // Труды Института государства и права РАН. 2008. № 4.

⁴ См.: Некоторые вопросы договорного права России и зарубежных стран. М., 2003.

⁵ См.: Юридические лица. Ответственность за нарушение обязательств. М., 2004.

⁶ *Кудрявцев В.Н.* Свобода научного творчества // Государство и право. 2005. № 5. С. 27.

дарственной научно-технической политике»¹ установлено, что органы государственной власти Российской Федерации гарантируют субъектам научной и (или) научно-технической деятельности свободу творчества, предоставляя им право выбора направлений и методов проведения научных исследований и экспериментальных разработок.

Гарантией охраны свободы творчества является также конституционный запрет цензуры (ч. 5 ст. 29 Конституции РФ), нашедший реализацию во многих федеральных законодательных актах. Например, согласно Федеральному закону от 26 мая 1996 г. № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»² не допускается ограничение доступа к музейным предметам и музейным коллекциям из соображений цензуры (ч. 4 ст. 35).

Конституционное положение о том, что интеллектуальная собственность охраняется законом, получило развитие в нормах четвертой части ГК РФ, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Кодификация норм об интеллектуальной собственности проводилась с учетом того нормативного запаса, который содержался в отдельных законах переходного периода, но вместе с тем расширила его за счет существенных новелл. Изменилось представление законодателя об интеллектуальной собственности. В отличие от прежнего ее отождествления с исключительным правом, теперь под интеллектуальной собственностью понимаются объекты этого права – результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана и в отношении которых возникают интеллектуальные права разной юридической природы.

В отличие от других интеллектуальных прав, исключительное право возникает в отношении каждого из названных в ст. 1225 ГК РФ видов интеллектуальной собственности. Исключительное право, как правило, свободно в обороте, а значит, способно к коммерциализации. Социальная и правовая сущность исключительного права на интеллектуальную собственность – монополия для право-

¹ СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137.

² СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2591.

обладателя и одновременно законодательный запрет для других лиц использовать ее без разрешения правообладателя, несмотря на открытый доступ к самому объекту. В то же время в ГК РФ подчеркивается, что интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный объект (вещь), в котором выражены соответствующие результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (ст. 1227).

Сформулированное в ч. 2 ст. 44 Конституции РФ право каждого на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям предполагает обеспечение доступа к материальным носителям охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Доступ к произведениям, исполнениям, изобретениям и другим результатам творчества обеспечивает возможность каждому удовлетворять свои духовные, эстетические, образовательные потребности при помощи чужого интеллектуального продукта, но не предоставляет права свободного его использования, особенно в коммерческих целях. Поэтому гарантированное Конституцией РФ право граждан на доступ к объектам культуры предполагает государственную поддержку издательской, музейной, библиотечной, театральной, кинематографической, концертной и иной деятельности, направленной на обнародование, популяризацию и сохранение результатов творческой деятельности.

При охране интереса правообладателя должны учитываться также интересы общества и государства, а также отдельных частных лиц. Поэтому, исходя из положений ч. 3 ст. 55 Конституции РФ и п. 2 ст. 1 ГК РФ, допускающих ограничение субъективных прав в этих целях, в ГК РФ сформулированы правила, формирующие институт ограничения исключительного права. Имеются в виду нормы, согласно которым в установленных в ГК РФ случаях допускается без согласия правообладателя свободное использование произведения или объекта смежных прав, получение лицензии на использование объектов патентных прав, признание отдельных действий, не нарушающими права патенообладателя, признание и охрану прав преждепользователей и послепользователей, а также использование объектов патентного права в интересах национальной безопасности по разрешению Правительства РФ. Гарантия возмещения, предусмотренная ч. 3 ст. 35 Конституции РФ в отношении имущества, отчуждаемого для государственных нужд, при-

меняется и в случае использования интеллектуальной собственности.

Существенное внимание в четвертой части ГК РФ уделено защите интеллектуальных прав. Помимо общегражданских способов в ней определены специальные способы защиты, например, требование компенсации в размере от десяти тысяч до пяти миллионов рублей за каждое допущенное нарушение исключительного права на произведение, объект смежных прав, товарный знак.

В целях повышения эффективности деятельности арбитражных судов по разрешению споров в сфере интеллектуальной собственности в системе арбитражных судов России в 2013 г. создан специализированный суд по интеллектуальным правам.

Практика применения норм четвертой части ГК РФ, в том числе судами, показала, что некоторые ее положения требуют совершенствования и дальнейшего развития.

К вопросам соответствия отдельных положений четвертой части ГК РФ Конституции РФ не раз обращался Конституционный Суд РФ.

В настоящее время в Государственной Думе РФ находится проект федерального закона о внесении изменений в ГК РФ, в том числе и в части, относящейся к интеллектуальной собственности.

В развитии теории интеллектуальных прав существенная заслуга принадлежит фундаментальным исследованиям доктора юридических наук профессора В.А. Дозорцева, выводы и предложения которого легли в основу многих положений четвертой части ГК РФ¹. Весомый вклад в науку гражданского права в сфере интеллектуальной собственности внесли также фундаментальные исследования доктора юридических наук, профессора А.П. Сергеева и многих других авторов, специализирующихся в этой сфере.

Свой вклад в развитие теории авторских прав, других объектов интеллектуальной собственности внесли и научные сотрудники ИПП РАН. Проблемы интеллектуальной собственности, в том числе обусловленные потребностями модернизации экономики России, охраной авторских прав и развитием оборота исключительных прав, составляли предмет исследований доктора юридических наук

¹ См., например: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей. М., 2003.

В.А. Рассудовского¹ (к сожалению, его уже нет с нами), который сформулировал понятие инновационной деятельности, использованное в работе Института над проектами законов об инновациях. Вопросы, связанные с исключительными правами, нашли отражение и в упоминавшейся выше монографии С.А. Сосны и Е.Н. Васильевой.

Исследованием проблем интеллектуальной собственности занимается кандидат юридических наук, доцент Е.Н. Васильева. Проблемы авторского права на произведения искусства – предмет трудов кандидата юридических наук В.В. Лебеда.

§ 5. Конституционные основы семейного права

К семейному праву прямое отношение имеет ст. 38 Конституции РФ. Развитие положений этой статьи нашло отражение в Семейном кодексе РФ (далее – СК РФ), начиная со ст. 1.

Материнство и детство, семья находятся под защитой государства. Применение термина «защита» в данном контексте не означает, что речь идет только о защите конкретных нарушенных прав. Норма ч. 1 ст. 38 Конституции РФ имеет прежде всего социально-экономическое значение. Государство гарантирует создание необходимых социальных, экономических и правовых условий для матери и ребенка, охраны материнства, обеспечения нормальных условий для воспитания и развития детей, реализации всех предоставленных им прав, а также в случае нарушения прав и интересов матерей и детей их эффективную защиту.

Принимаемые государством меры охраны материнства и детства очень важны уже в пору беременности женщины и в первые годы после рождения ребенка, а также его развития на первых этапах жизни, когда еще не прекратилась физиологическая связь ребенка с матерью. Поэтому вполне объяснимы решения судов о передаче малолетнего ребенка матери в случае спора между родителями по этому вопросу.

Берея детство под охрану, государство, по нашему мнению, гарантирует в том числе охрану прав несовершеннолетних, создание условий для их реализации, а также защиту прав детей в случае их нарушения. Защита прав ребенка имеет особое значение в наше

¹ См.: Юридическая энциклопедия / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 2001. С. 380–381.

время, когда увеличивается численность распавшихся семей, катастрофически растет число детей – социальных сирот. Хотелось бы, чтобы идея защиты прав ребенка в Конституции РФ была выражена более отчетливо и конкретнее. Может быть, следует несколько расширить статью за счет усиления конституционного аспекта охраны прав матерей и детей.

Равное отношение государства к правам и обязанностям родителей. Забота о детях, их воспитании, говорится в ч. 2 ст. 38 Конституции РФ, – равное право и обязанность родителей. Данное положение находит прямое отражение в СК РФ и правоприменительной практике. Речь идет об обоих родителях. Предполагается также ответственность каждого из них за невыполнение предусмотренных СК РФ родительских обязанностей. В Семейном кодексе нашло отражение следующее положение Конституции РФ: осуществление членами семьи своих прав и исполнение ими своих обязанностей не должно нарушать права, свободы и законные интересы других членов семьи и других граждан. Невыполнение родительских обязанностей, их ненадлежащее выполнение может повлечь семейно-правовую, административную, уголовную ответственность.

Большое внимание выполнению родителями или одним из них обязанностей по содержанию своих несовершеннолетних детей уделяет Конституционный Суд РФ. В одном из своих постановлений, еще в 1996 г., он подчеркнул, что перечень видов заработной платы и иного дохода, из которых производится удержание алиментов, является общеобязательным и исключает любое его иное истолкование в правоприменительной практике¹.

Защита интересов детей, оставшихся без попечения родителей. Под материнством в смысле ч. 1 ст. 38 Конституции РФ следует понимать не только отношения «мать – дитя» на основе кровного родства матери и ребенка, но и «социальное родство» (усыновление, принятие ребенка на воспитание в семью и т.д), т.е. отношение, приравненное к кровному родству и подлежащее такой же защите со стороны государства, что и кровное материнство. Конституцией РФ установлено, что под защитой государства находится также семья в целом. Это значит, что государство придает перво-

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2010 г. № 17-П // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4297.

степенное значение семье как оплоту материнства и детства. В настоящее время государственная социальная политика направлена на развитие семейных форм устройства детей и сокращение количества детских учреждений¹.

Наиболее предпочтительной формой социальной защиты детей, оставшихся без попечения родителей, является усыновление или удочерение (далее – усыновление), поскольку оно позволяет с максимальной эффективностью обеспечить не только интересы детей, но и интересы взрослых людей, которые по тем или иным причинам не имеют возможности иметь своих детей. Усыновители не только по существу, но и по форме заменяют родителей, поэтому усыновление является приоритетной формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей (п. 1 ст. 124 СК РФ). При этом государство заинтересовано в том, чтобы дети, оставшиеся без попечения родителей, продолжали быть гражданами России и не покидали ее. Поэтому в целях обеспечения интересов усыновляемых детей, а также расширения семейных форм устройства детей принимаются меры по упрощению формальностей, которые необходимо соблюдать при решении вопросов усыновления и семейных форм устройства детей. Правительству РФ рекомендовано разработать документы, направленные на упрощение процедур передачи на усыновление, под опеку (попечительство, патронат) детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, включая осуществление последующих мер государственной поддержки. К числу таких мер относятся: снижение требований к нормативу площади жилого помещения при принятии детей на воспитание в семью, сокращение перечня представляемых гражданами РФ в государственные органы документов и увеличение срока их действия и др.²

Эти и другие меры призваны усилить гарантии государства по охране материнства и детства, способствовать увеличению количества граждан, желающих усыновить детей, оставшихся без попечения родителей, а также граждан, создающих условия для семейного

¹ По данным Российского детского фонда, около 35 млн детей (23,9% населения Российской Федерации) остаются самой незащищенной частью российского общества. Поэтому можно утверждать, что проблема защиты прав и интересов детей является актуальной для современного общества.

² См.: Указ Президента РФ от 28 декабря 2012 г. № 1688 «О некоторых мерах по реализации государственной политики в сфере защиты детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 7860.

воспитания целых групп детей разного возраста. Соответственно должно последовать уменьшение числа иностранных усыновлений.

Вместе с тем нельзя не учитывать, что у нас очень многие люди психологически не готовы принять детей-сирот, особенно тяжелобольных, или организовывать небольшие семейные дома, в которых воспитывались бы дети, оставшиеся без попечения родителей. Поэтому необходимо совершенствовать содержание детей в традиционных детских домах путем увеличения их числа и уменьшения количества детей, в них находящихся, создавая в этих домах атмосферу, приближенную к семейной.

Обязанность трудоспособных детей, достигших 18 лет, заботиться о нетрудоспособных родителях. Часть 3 ст. 38 Конституции РФ основана на презумпции, что к 18-летнему возрасту лицо уже в состоянии содержать себя и заботиться не только о себе, но и о своих родителях в случае их нетрудоспособности¹. Обязанность заботиться о своих родителях относится к социально-правовым обязанностям личности² и является прежде всего нравственным долгом и обязанностью детей³ и лишь затем – их юридической обязанностью. Развитие и конкретизацию названная конституционная норма получила в ст. 87 СК РФ, согласно которой трудоспособные совершеннолетние дети обязаны содержать своих нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителей и заботиться о них (п. 1), а при отсутствии соглашения об уплате алиментов и фактическом неисполнении детьми обязанности по содержанию родителей родители вправе в судебном порядке взыскать с детей средства на свое содержание (алименты) (п. 2). Суд может принять решение об освобождении детей от этой обязанности, если будет установлено, что родители уклонялись от исполнения родительских обязанностей или были лишены родительских прав (п. 5).

Действующее законодательство и судебная практика исходят из того, что лицо является нетрудоспособным по достижении им пенсионного возраста либо при наличии инвалидности, а нуждающимся в помощи – при нехватке собственных средств для поддержания своего материального состояния на уровне прожиточного

¹ См.: Мосин С.А. Презумпция и принципы в конституционном праве Российской Федерации. М., 2009.

² См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М., 2008.

³ См.: Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. Ю.А. Дмитриева. М., 2007.

минимума. По одному из пересматриваемых в порядке надзора дел Президиум Верховного Суда РФ отметил, что согласно ст. 17 и 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов; осуществление прав одним человеком не должно нарушать прав и свобод другого человека. Этот же принцип установлен и семейным законодательством (п. 1 ст. 7 СК РФ).

Обязанность совершеннолетних детей носит безусловный характер и не связывается законодателем с наличием либо отсутствием у гражданина постоянного и достаточного дохода. То есть вне зависимости от материального и семейного положения взрослых трудоспособных детей родители вправе получить от них необходимое для поддержания жизнедеятельности содержание.

В настоящее время в России сформировалась судебная практика по разрешению споров, основанных на ч. 3 ст. 38 Конституции РФ и ст. 87 СК РФ. Суть ее состоит в том, что при определении нуждаемости истца суды, как правило, исходят из того, что обязанность детей содержать родителей имеет безусловный и приоритетный характер вне зависимости от материального и семейного положения взрослых детей.

Таким образом, конституционная обязанность совершеннолетних трудоспособных детей заботиться о нетрудоспособных нуждающихся в помощи родителях включает в себя обязанность детей материально поддерживать родителей, а при необходимости и содержать их.

В развитии семейно-правовой теории существенная роль принадлежит трудам таких известных ученых, как М.В. Антокольская, Ю.Ф. Беспалов, О.Ю. Ильина, О.Ю. Косова, Л.Ю. Михеева, О.Н. Низамиева, Л.М. Пчелинцева, А.М. Рабец, Н.Н. Тарусина, С.Ю. Чашкова, Е.А. Чефранова, М.Л. Шелютто, Н.С. Шерстнева, Т.В. Шершень и др.

Сотрудники сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса ИГП РАН (А.М. Нечаева, Н.В. Летова, Л.Б. Максимович, О.А. Хазова) также внесли свой вклад в развитие теории семейного права. Исследования профессора А.М. Нечаевой посвящены охране прав несовершеннолетних, судебной защите прав ребенка, опеке и попечительству, проблемам общей теории

семейного права и практики его применения¹. А.М. Нечаева является также автором учебника по семейному праву².

Правовому статусу несовершеннолетних и усыновлению посвящены труды кандидата юридических наук Н.В. Летовой³. Имущественные права членов семьи, заключение и исполнение брачных договоров – предмет исследований Л.Б. Максимович⁴. О.А. Хазова исследует семейное право зарубежных стран в сопоставлении его с правом России⁵. Научные сотрудники сектора являются также соавторами известного в стране «Комментария к Семейному кодексу Российской Федерации» под редакцией А.М. Нечаевой.

¹ См., например: *Нечаева А.М.* Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007; *она же.* Семейное законодательство: комментарий судебной практики. М., 2005.

² См.: *Нечаева А.М.* Семейное право: Учебник. М., 2011.

³ См.: *Летова Н.В.* Правовые проблемы усыновления в Российской Федерации. М., 2011.

⁴ См.: *Максимович Л.Б.* Брачный договор в российском праве. М., 2003; *она же.* Реализация и защита права детей на алименты. М., 2012.

⁵ См., например: *Хазова О.А.* Международное похищение детей. Правовые аспекты // Закон. 2010. № 1; *она же.* Институт родительской опеки (*custody*) в семейном праве западных стран // Закон. 2010. № 2.

Глава 3. Гражданское судопроизводство

§ 1. Конституционные основы законодательства о гражданском судопроизводстве

Многие положения Конституции РФ имеют прямое отношение к осуществлению правосудия государственными судами РФ посредством гражданского судопроизводства. И прежде всего положение, согласно которому каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод (ч. 1 ст. 46). Тем самым предопределена широкая подведомственность гражданских дел, предметом разбирательства которых могут быть нарушенные или оспоренные конституционные права и свободы человека. Этим положением обусловлено правило о возможности широкого доступа к правосудию. Его ограничение возможно только в случаях, предусмотренных законом. Конституция РФ непосредственно выделяет решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц, которые могут быть обжалованы в суд в случае нарушения ими прав и свобод человека (ч. 2 ст. 46). И ГПК РФ, и АПК РФ содержат нормы, определяющие порядок рассмотрения этих дел и обеспечивающие восстановление нарушенных прав и свобод человека действиями указанных органов. При этом предусмотрено, что заявитель не должен доказывать незаконность акта. Это должны делать государственные органы или должностные лица, нарушившие права и свободы граждан.

Конституцией РФ предусмотрено также основополагающее процессуальное правило о том, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом (ч. 1 ст. 47). Порядок, который обеспечивает действие правила ст. 47 в гражданском судопроизводстве, предусмотрен нормами ГПК РФ и АПК РФ о подсудности данных дел судам, а также нормами кодексов, определяющих порядок разбирательства данных дел. Порядку разбирательства этих дел было посвящено постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2¹.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

Непосредственно гражданскому судопроизводству посвящена гл. 7 Конституции РФ. Судебную власть осуществляют только предусмотренные Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹ (далее – Закон о судебной системе РФ) государственные суды, действующие в соответствии с основополагающими принципами их деятельности, что не исключает право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45).

Остановимся подробнее на некоторых положениях Конституции РФ.

§ 2. Осуществление судебной власти посредством гражданского судопроизводства

В гл. 7 установлено, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом (ч. 1 ст. 118). Правосудие и судебная власть – понятия взаимообусловленные. Правосудие – присущий только государственным судам, предусмотренным Конституцией РФ и Законом о судебной системе РФ, способ реализации судебной власти, осуществляемой посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Судебной властью наделены только профессиональные судьи и привлекаемые к ее осуществлению в установленных законом случаях и порядке граждане (народные заседатели, присяжные заседатели, арбитражные заседатели), отвечающие требованиям, установленным Конституцией РФ и принятым в соответствии с ней Законом о судебной системе РФ. Итогом осуществления правосудия являются принятые по каждому конкретному делу судебные акты: решения, определения, постановления (ст. 15 АПК РФ), судебные постановления в форме решений, определений, приказов, постановлений президиума суда надзорной инстанции (п. 1 ст. 13 ГПК РФ). Вступившие в законную силу судебные акты (судебные постановления) являются общеобязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, граждан, организаций и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории РФ (п. 2 ст. 13 ГПК РФ). Общеобязательными являются также закон-

¹ СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

ные требования, поручения, вызовы и обращения судов. Аналогичная норма содержится в ст. 16 АПК РФ.

Суды, осуществляющие судебную власть, названы в ст. 125–127 Конституции РФ. Конституционные нормы получили дальнейшее развитие в Законе о судебной системе РФ, состоящей из Конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, возглавляемых Верховным Судом РФ, являющимся высшим судебным органом в системе судов общей юрисдикции по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным этим судам, а также арбитражных судов, возглавляемых Высшим Арбитражным Судом РФ, разрешающих экономические споры и рассматривающих иные дела, отнесенные законодателем к компетенции арбитражных судов.

Основная цель наделения судов властью состоит в обеспечении защиты прав лиц, обращающихся в суд. Конституционный Суд РФ признал, что «ценность права на судебную защиту как важнейшей конституционной гарантии всех других прав и свобод обусловлена особым местом судебной власти в системе разделения властей и ее прерогативами по осуществлению правосудия, вытекающими из статей 10, 11 (часть 1), 18, 118 (часть 2), 120 (часть 1), 125–127 и 128 (часть 3) Конституции Российской Федерации. Именно судебная власть, независимая и беспристрастная по своей природе, играет решающую роль в государственной защите прав и свобод человека и гражданина, и именно суд окончательно разрешает спор о праве, чем предопределяется значение судебных решений как государственных правовых актов, выносимых именем Российской Федерации и имеющих общеобязательный характер (постановления Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2002 г. № 8-П и от 17 марта 2009 г. № 5-П)»¹.

В гражданском судопроизводстве рассматриваются гражданские дела. Понятием «гражданское дело» охватываются дела по спорам, возникающим не только из гражданско-правовых, но и из семейно-правовых, трудовых, административно-правовых, других публичных и иных отношений. Термин «гражданское дело» тем самым противопоставлен делам уголовным. А в недалеком будущем, возможно, делам административным.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П // СЗ РФ. 2011. № 23. Ст. 3356.

В литературе обращалось внимание на то, что в ч. 2 ст. 118 Конституции РФ отсутствует указание на арбитражное судопроизводство, хотя в 1993 г., когда принималась Конституция РФ, уже были арбитражные суды и действовал АПК РФ 1992 г.¹ Отсутствие в перечне судопроизводств арбитражного судопроизводства не означает, что порядок деятельности арбитражного суда находится за пределами норм Конституции РФ о судебной власти. Норму п. 2 ст. 118 необходимо рассматривать во взаимосвязи с п. «о» ст. 71 и ст. 127 Конституции РФ. Согласно п. «о» ст. 71 в ведении Российской Федерации находится арбитражное процессуальное законодательство (наряду с гражданским процессуальным). Статьей 127 установлено, что Высший Арбитражный Суд РФ возглавляет арбитражные суды, построенные по иной схеме, чем суды общей юрисдикции.

Суды общей юрисдикции состоят из районных судов, рассматривающих как гражданские, так и уголовные дела; судов субъектов РФ, где гражданские дела рассматриваются коллегиями по гражданским делам, а уголовные – коллегиями по уголовным делам. Аналогичные коллегии есть и в Верховном Суде РФ. В настоящее время в Верховном Суде РФ создана Коллегия по административным делам.

Арбитражные суды состоят из судов субъектов РФ (первая инстанция), апелляционных судов (вторая инстанция), кассационных судов (третья инстанция) и Высшего Арбитражного Суда РФ, возглавляющего систему, как уже указывалось выше, арбитражных судов.

Дела, которые рассматривают арбитражные суды, по существу также являются гражданскими, но относятся к сфере экономики (дела по экономическим спорам, возникающим из гражданско-правовых, административно-правовых, иных публичных отношений, а также другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности). Однако рассматриваются эти дела не в гражданской процессуальной, а в арбитражной процессуальной форме, установленной федеральным законодательством – АПК РФ. Основной вид производства в арбитражных судах – исковой, в порядке которого рассматриваются эконо-

¹ См.: Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнина. М., 1997.

мические споры, возникающие из гражданско-правовых отношений, регулируемых гражданским законодательством. Споры, возникающие из административно-правовых и иных публичных отношений, рассматриваются по общим правилам искового производства с особенностями, установленными АПК РФ для данной категории дел.

Таким образом, в соответствии с Конституцией РФ судебную власть (правосудие) посредством гражданского судопроизводства осуществляют самостоятельные судебные вертикали: суды общей юрисдикции и арбитражные суды, структуры которых различны. Существенно различается и порядок разбирательства гражданских дел – гражданский процессуальный (ГПК РФ) и арбитражный процессуальный (АПК РФ). Различен также предмет разбирательства. В судах общей юрисдикции защищаются преимущественно права граждан (регулируемые ГК РФ, Трудовым кодексом РФ, Семейным кодексом РФ и др.). В арбитражных судах рассматриваются преимущественно экономические споры, как правило, между юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями и другими лицами, действующими в предпринимательской сфере.

В ст. 118 Конституции РФ предусмотрено наряду с гражданским административное судопроизводство. Однако в Конституции не названы ни суды, которые осуществляли бы судебную власть посредством административного судопроизводства, ни федеральное административное процессуальное законодательство. В 1993 г. не было и до настоящего времени нет административного процессуального кодекса в качестве процессуальной формы административного судопроизводства.

В настоящее время Президент РФ внес в Государственную Думу РФ проекты кодекса административного судопроизводства РФ, федерального закона «О введении в действие Кодекса административного судопроизводства» и других законов. Административные дела будут рассматриваться районными судами и коллегиями по административным делам, которые, видимо, будут созданы в судах общей юрисдикции субъектов РФ наряду с коллегиями по гражданским делам. Но пока кодекс административного судопроизводства РФ не принят, такие дела рассматриваются в порядке, установленном ГПК РФ.

Если такой кодекс будет принят и вступит в силу, все дела, возникающие из публичных правоотношений, рассматривавшиеся

судами общей юрисдикции посредством гражданского судопроизводства в порядке, установленном ГПК РФ, будут рассматриваться посредством установленного Конституцией РФ административного судопроизводства в порядке, предусмотренном кодексом административного судопроизводства, т.е. в административной процессуальной форме.

Пока это не произошло, рассмотрение дел, возникающих из публичных правоотношений, продолжают осуществлять суды общей юрисдикции посредством гражданского судопроизводства в порядке, установленном ГПК РФ, т.е. в гражданской процессуальной форме.

§ 3. Конституционные принципы гражданского судопроизводства

1. *Равенство всех перед законом и судом и гарантированная каждому судебная защита его прав и свобод.* Принцип равенства всех перед законом и судом нашел отражение в ст. 6 ГПК РФ и ст. 7 АПК РФ, в которых воспроизведено правило ч. 1 ст. 19 Конституции РФ. Принцип равенства действует во взаимосвязи с иными основными началами, к числу которых относится положение ч. 1 ст. 46 Конституции РФ о том, что каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Это означает, что каждый имеет право на защиту его прав и законных интересов государственным судом, т.е. право на доступ к правосудию.

Конституционный Суд РФ не раз подчеркивал необходимость соблюдения основных начал, предусмотренных ч. 1 ст. 19 и ч. 1 ст. 46 Конституции РФ. В частности, в постановлении от 1 марта 2012 г. № 5-П¹ он указал, что принципы беспрепятственного и равного доступа к правосудию, равной защиты закона признаны международным сообществом в качестве фундаментальных.

О недопустимости ограничения права на доступ к правосудию, права на судебную защиту указывалось в постановлениях Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. № 1-П², от 6 апреля 2006 г. № 3-П³, от 5 февраля 2007 г. № 2-П⁴, от 21 апреля

¹ СЗ РФ. 2012. № 11. Ст. 1366.

² СЗ РФ. 2006. № 10. Ст. 1145.

³ СЗ РФ. 2006. № 16. Ст. 1775.

⁴ СЗ РФ. 2007. № 7. Ст. 932.

2010 г. № 10-П¹, от 22 апреля 2011 г. № 5-П² и др. В них, в частности, отмечалось, что право на судебную защиту предполагает конкретные гарантии эффективного восстановления в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости, что конституционное право на судебную защиту – это не только право на обращение в суд, но и возможность получения реальной судебной защиты в форме восстановления нарушенных прав и свобод.

2. *Независимость судей и подчинение их только Конституции РФ и закону.* Этот принцип, закрепленный в ч. 1 ст. 120 Конституции РФ, означает, что в разбирательстве судебных дел и вынесении судебных актов (судебных постановлений) судьи обязаны руководствоваться законом (понимаемым в широком смысле, т.е. также иными нормативными правовыми актами) и совершать процессуальные действия в строгом соответствии с процессуальными законами, международными соглашениями, в которых участвует Россия. Суды обязаны принимать судебные акты и вести судебные заседания на основе исследованных ими обстоятельств дела, представленных сторонами и другими лицами, участвующими в деле. При этом неукоснительно должны соблюдаться установленные Конституцией РФ и принятыми на ее основе процессуальными кодексами процессуальные права сторон и лиц, участвующих в деле. Какое бы то ни было давление на суд недопустимо.

Независимость судей предполагает независимость от участников процесса, прежде всего сторон (коррупция, взятки), независимость от иных властей, государственных органов и иных лиц, обладающих влиянием в государстве или обществе и способных оказывать давление на суд. Сегодня нельзя сказать, что давление на суд не оказывается.

Первая болезнь – коррупция порождена ставшей распространенной «привычкой» считать, что деньги решают все. Неумение некоторых судей, а возможно, и нежелание этой привычке противостоять роняет их честь и достоинство, вызывает сомнение в правосудности принимаемых судебных актов. Резонанс от одной взятки косвенно задевает других, честных судей.

Вторая болезнь – давление на суд – более распространенное явление. Представители других властей (в основном исполнитель-

¹ СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2357.

² СЗ РФ. 2011 № 18. Ст. 2697.

ной) подчас совершенно не считаются с тем, что суды обладают судебной, третьей властью в стране, не менее значимой, чем две другие. Встречаются случаи давления и со стороны судебного начальства, о чем писали средства массовой информации. Правда, против этого имеется некоторое противоядие. Так, на сайте арбитражного суда выкладываются письма и иные сообщения о давлении на суд (например, звонки по телефону). Но все же эта болезнь до конца еще не преодолена. И пока эти две болезни не исчезнут, принцип независимости будет оставаться предметом серьезной критики.

3. *Открытость судопроизводства.* Согласно ст. 123 Конституции РФ разбирательство дел во всех судах открытое. Слушание дел в закрытом заседании допускается в случаях, предусмотренных федеральным законом. В современный период удалось, наконец, реально обеспечить в судах открытость судопроизводства. Пленумами и Верховного Суда РФ, и Высшего Арбитражного Суда РФ приняты соответствующие постановления, открыв тем самым двери судов общей юрисдикции и арбитражных судов для любого желающего посетить судебное заседание. Правда, в слушаниях по гражданским делам публики много не бывает (исключение составляют резонансные дела). Все судебные решения и другие акты выкладываются на сайтах судов, введен электронный документооборот (во всяком случае, в арбитражных судах). Информация о предстоящих слушаниях должна быть выложена на сайтах судов и объявлена в зале суда.

Двери судов должны быть открыты не только для публики, но в особенности для сторон – участников дела. Стороны имеют право знать, когда и где будет слушаться их дело по иску или жалобе, имеют право быть допущенными на эти слушания и выслушанными. Эти права сторон и других участников процесса достаточно полно обеспечены нормами ГПК РФ и АПК РФ. Но недавно в ГПК РФ было внесено изменение в ст. 333, согласно которой частные жалобы на определения судов первой инстанции рассматриваются апелляционной инстанцией без извещения сторон о месте и времени рассмотрения их дела. Исключение сделано для трех определений: о прекращении производства по делу, об оставлении иска без рассмотрения, о приостановлении производства по делу. Вопрос о конституционности данной нормы был поставлен некоторыми гражданами перед Конституционным Судом РФ, поскольку опре-

делениями ряда районных судов им было отказано в пересмотре ранее вынесенных решений в связи с новыми обстоятельствами. На эти определения были поданы частные жалобы, рассмотренные апелляционным судом без извещения сторон, лишив их тем самым возможности прибыть на судебное заседание и быть выслушанными судом¹. Конституционный Суд РФ большинством голосов признал норму ст. 333 ГПК РФ конституционной. Судья В.М. Жилин (видимо, судья-докладчик), известный в России и за ее пределами крупный специалист в области процессуального права, выразил свое особое мнение о несогласии с данным выводом и убедительно его аргументировал. Весьма прискорбно, что в данном случае было принято постановление, которым были нарушены конституционные права граждан на доступ к правосудию и право быть выслушанным в суде².

4. *Состязательность и равноправие сторон.* Признание состязательности принципом судопроизводства свидетельствовало об отходе (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ) российского права от главенствующей роли принципа объективной истины в его трактовке в СССР. В советском гражданском процессе принцип объективной истины означал наделение суда широкими полномочиями по истребованию доказательств по делу, т.е. его участию в доказывании наряду со сторонами, а также не ограниченную предельным сроком возможность пересмотра дела в порядке надзора по протестам соответствующих должностных лиц.

По законодательству РФ у суда отсутствует право собирать доказательства по собственной инициативе, что способствует действительности принципа состязательности, обеспечению реализации правила «каждый должен доказать основание своих требований и возражений». Принцип состязательности способствует достижению

¹ По этому делу судья Конституционного Суда РФ В.М. Жилин запросил заключение ученых, специалистов в области гражданского процесса из ведущих учебных заведений и научно-исследовательских учреждений (МГУ, МГЮА, ИГП РАН, Красноярского университета, Академии правосудия и др.). Мнение экспертов, каждый из которых не знал о том, кому еще направлены запросы, в подавляющем большинстве однозначно: позиция районных судов не соответствует Конституции РФ.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 2012 г. № 29-П // СЗ РФ. 2012. № 51. Ст. 7323.

правовой определенности в разбирательстве дел. Этому служат предельные сроки разбирательства дел в судах.

В постановлениях Конституционного Суда РФ от 17 ноября 2005 г. № 11-П¹ и от 5 февраля 2007 г. № 2-П² была обоснована связь между предельным сроком для пересмотра в порядке надзора вступившего в законную силу судебного решения и процессуальными сроками, как одним из важнейших, конституирующих элементов гражданского процессуального регулирования, позволяющих обеспечить принцип правовой определенности.

В системной связи с принципом состязательности находится процессуальное равноправие сторон. Подлинную состязательность сторон может обеспечить только наличие у сторон равных возможностей отстаивать свою правоту в споре. Чтобы отстоять свои позиции, стороны должны обладать равными процессуальными правами в ходе процесса. В ГПК РФ и АПК РФ закреплены правила, обеспечивающие стороны не только равными возможностями доказывать основания своих требований и возражений против них, но и состоять в равных отношениях с судом по использованию средств и способов доказывания, а также обладать равными процессуальными правами в отношениях с судом (заявлять ходатайства, делать иные заявления, высказывать свои суждения по поводу исследования материалов дела и т.п.).

Стороны арбитражного процесса равны и в несении процессуальных обязанностей. Они обязаны, например, в соответствии с ч. 3 и 4 ст. 65 АПК РФ раскрывать доказательства заблаговременно до начала судебного заседания. В ответ на исковые требования или заявление ответчик обязан представить отзыв на исковое заявление (ст. 131 АПК РФ). АПК РФ придает обстоятельствам, не оспоренным другой стороной, значение признанных, побуждая тем самым стороны к активности в доказывании и возлагая на них риск неблагоприятных последствий в случае недостаточной активности (ч. 3¹ ст. 70).

К обеспечивающим состязательность относятся положения ГПК и АПК РФ, обязывающие суд извещать лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания (кроме ч. 2 ст. 333 ГПК РФ), а также о доступе к информации в ходе судопроизвод-

¹ СЗ РФ. 2005. № 48. Ст. 5123.

² СЗ РФ. 2007. № 7. Ст. 932.

ства и о содержании судебных актов по делу. Положение об обязанности суда извещать лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания рассматривается Европейским судом по правам человека как одна из гарантий права на доступ к правосудию¹.

Состязательность сторон, как правило, осуществляется в ходе устных слушаний дела. В арбитражном процессе устность судебной процедуры несколько ограничивается. Письменные доказательства, заключение эксперта, письменные консультации специалистов воспринимаются судом в судебном заседании без их оглашения. В гражданском процессе также предусмотрено право суда обращаться к письменной процедуре: рассмотрение аргументов, доводов лица, участвующего в деле, без проведения устного слушания, например, в случаях, предусмотренных ст. 380¹ и 391⁵ ГПК РФ.

Принцип состязательности и равенства сторон, закрепленный в ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, не исключает судейского руководства процессом².

Процессуальное равноправие должно быть обеспечено также в тех процедурах, где состязательность усечена (заочное производство в гражданском процессе, упрощенное производство в арбитражном процессе) или не предполагается (приказное производство).

Конституционное закрепление принципов состязательности и равноправия сторон привело к расширению возможностей сторон защищать свои права и соответственно к ограничению возможности прокурора и государственных органов действовать в гражданском и арбитражном процессах от своего имени в защиту интересов других лиц³. Конституционный Суд РФ в постановлении от

¹ См.: «Сухорубченко против Российской Федерации» // URL: <http://cmiskp.echr.coe.int> (дата обращения: 03.04.2013).

² Право суда руководить процессом было обосновано в литературе еще до 1917 г. См.: *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. М., 2004.

³ Тенденция к ограничению участия прокурора в гражданском и арбитражном процессе на современном этапе развивается с учетом позиций Европейского суда по правам человека в делах «Менчинская против Российской Федерации», «Бацанина против Российской Федерации», «Королев против Российской Федерации».

14 февраля 2002 г. № 4-П¹, принятом по жалобе гр-ки Фишер, обосновал необходимость подтверждения лицом, в интересах которого предъявлен иск прокурором, ходатайства прокурора о принятии мер по обеспечению заявленного им иска, принципом равного права истца и ответчика на судебную защиту.

Конституционным Судом РФ в сфере применения правил рассмотрения судами дел, возникающих из публичных правоотношений, включены дела по жалобам на действия судебных приставов-исполнителей². Действие принципа процессуального равноправия распространено на такие дела особого производства, как принудительная госпитализация в психиатрический стационар. Лицу, принудительно помещаемому в психиатрический стационар, предоставляется возможность участвовать в судебном заседании лично либо через представителя, если личное участие невозможно³.

5. Право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. К числу таких способов относится третейское разбирательство, осуществляемое на основе договора сторон об избрании данного способа защиты своих прав и свобод. Третейские суды, как и международные коммерческие арбитражные суды, хотя и содержат в своем наименовании слово «суд», судебной властью не обладают, правосудия не осуществляют. К сожалению, есть немало печатных изданий, в которых утверждается, что данные образования осуществляют правосудие.

В связи с этим представляется своевременным высказанное Конституционным Судом РФ мнение о том, что третейские суды относятся к числу общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, происходящих из свободы договора. В частности, в определении от 4 октября 2011 г. № 1012-О⁴ Суд указал, что по смыслу ст. 10, 11 (ч. 1), 118 (ч. 1) и 124–128 Конституции РФ и Закона о судебной системе РФ третейские суды не осуществляют государственную

¹ СЗ РФ. 2002. № 8. Ст. 894.

² См.: определение Конституционного Суда РФ от 3 октября 2006 г. № 443-О // СЗ РФ. 2007. № 2. Ст. 406.

³ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2009 г. № 4-П // СЗ РФ. 2009. № 11. Ст. 1367.

⁴ СПС «КонсультантПлюс».

(судебную) власть и не входят в судебную систему РФ, состоящую из государственных судов¹, которые осуществляют правосудие.

Сказанное не означает принижения роли третейских судов. Третейское разбирательство (третейские суды) неоднократно рассматривались Конституционным Судом РФ как один из способов защиты прав, которыми граждане (юридические лица) могут воспользоваться на основании правила, установленного ч. 2 ст. 45 Конституции РФ.

В постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П Конституционный Суд РФ указал, что передача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда остается альтернативной формой защиты права и не превращает сам по себе порядок третейского разбирательства в собственно судебную форму защиты права, равно как и не порождает иных юридических последствий, помимо предусмотренных законом именно для третейского решения, которое – в силу юридической природы третейского разбирательства – принимается третейским судом от своего имени, обязательно для сторон на основе добровольного исполнения, а обеспечение его принудительного исполнения находится за пределами третейского рассмотрения и является задачей государственных судов и органов принудительного исполнения.

Конституционный Суд РФ также признал, что Конституция РФ не исключает возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства в третейских судах, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями.

Кроме того, Конституционный Суд РФ обратил внимание на позицию Европейского суда по правам человека, который признает правомерность обращения частных лиц – в пределах реализации ими на основе автономии воли права на свободу договора – к третейскому разбирательству в сфере гражданских правоотношений,

¹ Необходимо отметить, что поскольку третейские суды не являются ни государственным органом, ни иным органом или организацией, а третейские судьи не являются должностными лицами, на них не распространяется правило ст. 13 ГПК РФ и ст. 16 АПК РФ.

где допускается разрешение споров посредством общественного саморегулирования.

Таким образом, третейские суды – институт демократического общества, в котором существует свобода индивидуума решать, как и каким способом ему защищать свои права и интересы, а также свобода договора, используемая в разных областях, в том числе и для разрешения споров и конфликтов, возникающих между людьми и юридическими лицами в экономической и иных сферах. Появление третейских судов как одной из форм (или способов, говоря конституционным языком), альтернативной государственным судам, для разрешения конфликтов и споров по договоренности между спорящими сторонами, обеспечило им право выбора, свойственное демократическому обществу.

В то же время постоянно действующие третейские суды нельзя рассматривать в качестве органов или организаций. Их постоянно действующая составляющая – секретариат – формируется организацией, при которой состоит третейский суд и является ее частью. Третейские судьи – чаще всего знающие, компетентные люди, но не профессиональные судьи, назначаемые в государственные суды. Они избираются по усмотрению спорящих сторон или могут назначаться для каждого конкретного дела в порядке, установленном нормативными актами. Сложилась практика, при которой каждый постоянно действующий третейский суд составляет примерные списки возможных судей для облегчения сторонам выбора судьи. Но эти списки не должны быть обязательными. Каждую из сторон не следует лишать права избрать судью, не значащегося в списках.

Есть, конечно, нечто общее между третейскими и государственными судьями. Это такие начала, как независимость, состязательность и равенство сторон, равное отношение к ним со стороны третейских судей, использование исковой формы защиты гражданских прав и интересов, использование института доказательств и доказывания, право сторон на принудительное исполнение решения третейского суда, при отказе от его добровольного исполнения и некоторые другие. Но это не изменяет самой сущности третейского суда как института не государства, а гражданского общества.

Становление науки гражданского процессуального права в России связано с именами таких широко известных дореволюционных (до октября 1917 г.) ученых, как Е.В. Васьковский, А.Х. Голь-

мстен, Е.А. Нефедьев и др. Вровень с ними встали классики литературы о гражданском судопроизводстве советских времен профессора А.Ф. Клейнман, М.А. Гурвич, К.С. Юдельсон, А.А. Добровольский, а также Н.А. Чечина, Д.М. Чечот, М.А. Викут, М.С. Шакарян и др., внесшие весьма существенный вклад в теорию российского гражданского судопроизводства. Их труды – краеугольные камни науки процессуального права.

Из ныне живущих талантливых ученых, много сделавших для развития учения о гражданском и арбитражном процессах, можно назвать А.Т. Боннера, Е.А. Борисову, Р.Ф. Каллистратову, Л.Ф. Лесницкую, В.А. Мусина, Е.И. Носыреву, Ю.А. Попову, Т.В. Сахнову, М.К. Треушникова, Е.А. Трещеву, Г.Д. Улетову, М.З. Шварца, В.М. Шерстюка, В.В. Яркова и многих других процессуалистов, труды которых направлены на развитие теории гражданского судопроизводства и совершенствование правоприменения в России.

В ИГП РАН теория гражданского и арбитражного процесса разрабатывается коллективом научных сотрудников. Так, профессором Т.Е. Абовой опубликованы работы в области теории арбитражного и гражданского процесса¹, а также ряда процессуальных институтов; доцент Е.А. Виноградова осуществляет исследования преимущественно в сфере альтернативных форм разрешения споров²; доцент И.Н. Лукьянова специализируется в основном на теории доказательств в гражданском и арбитражном процессах³; кандидат юридических наук К.А. Лебедь – автор работ о судебном решении⁴, других судебных актах; Э.М. Мурадян – автор ряда монографий в области правосудия, принципов процесса⁵.

¹ См.: *Абова Т.Е.* Избранные труды. Гражданский процесс, арбитражный процесс, гражданское, хозяйственное право. М., 2007.

² См.: *Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова*, 4-е изд. М., 2010. Разд. 5.

³ См.: *Власов А.А., Лукьянова И.Н., Некрасов С.В.* Особенности доказывания в судопроизводстве. М., 2004.

⁴ См.: *Лебедь К.А.* Решение арбитражного суда. М., 2005.

⁵ См.: *Мурадян Э.М.* Судебные решения: ординарные, пилотные и прецедентные. М., 2012.

Глава 4. Предпринимательское (хозяйственное) право*

Ретроспективный взгляд на основные законы – предшественники современной Конституции РФ позволяет обнаружить, что проблематика экономики в них присутствовала, однако ее характер и объем зависели от решаемых в моменты принятия таких законов задач.

Так, Декларация прав трудящегося и эксплуатируемого народа 1918 г. построена по принципу «провозгласить, но не урегулировать», а потому экономический раздел ограничен указанием на национализацию средств производства и банков, а отказ советской власти от возврата займов царского правительства оценен как первый удар по международному банковскому и финансовому капиталу вплоть до полной победы международного рабочего восстания против ига того же капитала.

В Конституции СССР 1924 г. задачи формирования СССР из обломков империи также были приоритетными, а потому экономическая составляющая не пошла дальше отнесения к компетенции верховных органов власти СССР установления основ и общего плана всего народного хозяйства.

В Конституции СССР 1936 г. закреплялись итоги 19-летнего (с 1917 г.) советского эксперимента. Объявлялась социалистическая система хозяйства, равно как и социалистическая собственность на средства производства. Хозяйственная жизнь должна была определяться и направляться государственным народно-хозяйственным планом, а параллельно допускалось существование мелкого частного хозяйства единоличных крестьян и кустарей, основанное на личном труде и исключаящее эксплуатацию чужого труда.

В Конституции СССР 1977 г. экономическая система была урегулирована на тех же началах, но в отдельной главе и более по-

* В подготовке данной главы принимали участие сотрудники сектора предпринимательского права ИГП РАН: канд. юрид. наук Ю.Е. Будникова, канд. юрид. наук Л.И. Булгакова, Г.В. Дятко, Т.М. Казенова, канд. юрид. наук В.А. Лаптев, канд. юрид. наук С.М. Мотуренко, М.С. Нетесова, Е.С. Сазонова.

дробно. Экономика СССР названа единым народно-хозяйственным комплексом, руководство которым осуществлялось на основе планов с учетом отраслевого и территориального принципов, при сочетании централизованного управления и инициативы предприятий.

Эта Конституция, получившая неофициальное наименование брежневской, решала задачу закрепления тех наработок, которые были накоплены со времен принятия прежней.

Конституция РФ 1993 г. не уделяет экономике столько внимания, сколько ее предшественница. Она была принята в период, когда во главу угла ставили необходимость провозглашения новых демократических ценностей на фоне отрицания роли государства в организации и поддержке предпринимательства и преувеличения роли рынка, который «все расставит по местам». По этой причине собственно о предпринимательской деятельности в Конституции РФ говорится мало, а относящиеся к ней положения содержатся в гл. 1 «Основы конституционного строя», гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина», гл. 3 «Федеративное устройство».

В результате, анализируя 20-летний опыт применения конституционных положений в сфере бизнеса, гораздо легче говорить о сложившихся в нем реалиях, чем о замыслах составителей конституционного проекта.

Перейдем к обзору развивающего положения Конституции РФ текущего законодательства по ключевым разделам предпринимательского права.

Инновации. В ряде статей Конституции РФ затрагиваются вопросы, связанные со стимулированием инновационной деятельности в России. Это ст. 9, посвященная поддержке конкуренции, свободе экономической деятельности, ст. 34, закрепляющая право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности.

Однако конституционное регулирование инновационного развития недостаточно. Инновации как лозунг чаще всего используется в качестве политического пиара, однако не закрепленный на конституционном уровне, этот лозунг не создает никаких обязательных механизмов, наравне с провозглашаемыми ранее модернизацией и иными декларациями.

Данный «конституционный вакуум» можно объяснить тем, что в начале 1990-х гг., когда шла работа над конституционным

проектом, инновационная терминология и проблематика оказались на втором плане. Отсутствие в Конституции РФ каких-либо прямых указаний на необходимость перевода экономики на инновационный путь развития является одной из системообразующих проблем, тормозящих инновационное развитие.

В течение последних 15 лет проблема инновационного развития активно обсуждается. За это время принят ряд документов программного типа, направленных на стимулирование инновационной деятельности, а именно: Стратегия Российской Федерации в области развития науки и инноваций на период до 2015 года, утвержденная Межведомственной комиссией по научно-инновационной политике¹; Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 8 августа 2008 г. № 1121-р²; Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденная распоряжением Правительства РФ от 8 декабря 2011 г. № 2227-р³, и др.

Долгий путь преодолела инициатива по разработке инновационного закона. В 1999 г. Президент РФ наложил вето на законопроект об инновационной деятельности, с тех пор серьезных законодательных инициатив не выдвигалось. В 2011 г. были внесены изменения в Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»⁴ (включены несколько терминов в сфере инновационной деятельности и глава о государственной поддержке инновационной деятельности). На этом тема специального закона об инновационной деятельности себя исчерпала.

Неразвитость законодательства в инновационной сфере препятствует формированию и активизации деятельности субъектов инновационной инфраструктуры, использованию различных форм государственной поддержки.

Также следует отметить недостаточно полный категориальный аппарат. До сих пор законодательно не определены некоторые базовые понятия, в частности «национальная инновационная система», существуют внутренние противоречия между понятиями

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² СЗ РФ. 2006. № 44. Ст. 4589.

³ СЗ РФ. 2012. № 1. Ст. 216.

⁴ СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4602.

«инновационная деятельность» и «инновационная инфраструктура».

Инновационное законодательство в США и Европе развивается уже не одно десятилетие. В США действуют законы о технологических инновациях Стивенсона-Уайдлера (Stevenson-Wydler Technology Innovation Act of 1980), о трансфере технологий (Federal Technology Transfer Act of 1986), Закон Бай-Доула (Bayh-Dole Act of 1980), предоставивший университетам, некоммерческим организациям и малым предприятиям права собственности на изобретения, созданные при финансовой поддержке правительства, и т.д.

Законодательство ряда государств – участников СНГ в сфере инновационной деятельности также можно признать более развитым по сравнению с российским. Так, в Казахстане, Молдове, Украине и других принято специальное законодательство об инновационной деятельности (Кодекс Республики Молдова о науке и инновациях от 15 июля 2004 г. № 259-XV; Закон Республики Казахстан от 3 июля 2002 г. № 333-2 «Об инновационной деятельности»; Закон Украины от 4 июля 2002 г. № 40-IV «Об инновационной деятельности» и т.д.).

Следует также отметить, что была сделана попытка создания Евразийской инновационной системы, направленная на формирование единого инновационного пространства государств – членов Евразийского экономического сообщества, преодоление административных барьеров, гармонизацию законодательства государств – членов ЕврАзЭС в сфере инновационной деятельности, на развитие эффективной инновационной инфраструктуры, ориентированной на стимулирование инновационного предпринимательства. Предполагалось гармонизировать ее с национальными инновационными системами стран Западной и Центральной Европы (решение Межгосударственного Совета ЕврАзЭС от 11 декабря 2009 г. № 475 «О Концепции создания Евразийской инновационной системы»¹).

Весьма активно развивается модельное законодательство стран СНГ, которое может стать эффективным инструментом совершенствования инновационного законодательства РФ. В настоящее время разработаны следующие модельные акты²:

модельный закон «Об инновационно-инвестиционной инфраструктуре»;

¹ СПС «Гарант».

² См.: URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/> (дата обращения: 05.04.2013).

модельный закон «Об инновациях»;
модельный закон «Об инновационной деятельности»;
модельный закон «О статусе ученого и научного работника»;
рекомендательный акт «Об основных принципах сотрудничества государств – участников СНГ в сфере науки и научно-технической деятельности» и т.д.

Сотрудники Института государства и права РАН принимали участие в разработке законопроекта «О государственной поддержке инновационной деятельности», и их предложения были учтены в нормах гл. IV.1 «Государственная поддержка инновационной деятельности» Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике».

Кроме того, сотрудники ИГП РАН активно участвуют в разработке и экспертизе проектов программных документов в сфере науки, фундаментальных исследований, инновационной деятельности.

Осуществляется разработка проблематики, которая до сих пор мало исследуется в правовой науке: правовые основы формирования национальной инновационной системы, понятийный аппарат в инновационной сфере, правовой статус субъектов инновационной инфраструктуры и т.д.

Влияние конституционных принципов на построение и деятельность корпоративных объединений в экономике России. В экономической сфере наряду с малыми и средними предпринимательскими структурами функционируют крупные компании, а также корпоративные объединения, формируемые в форме производственно-хозяйственных комплексов. Для их эффективной деятельности в режиме обеспечения конституционного принципа конкурентоспособности входящих в их состав предприятий, особенно представляющих добывающую, перерабатывающую, машиностроительную и другие наукоемкие промышленные отрасли, существенное значение имеет правовой механизм формирования и деятельности таких объединений коммерческих организаций в целях активизации процессов инвестирования в соответствующих сферах экономики.

Консолидация капитала в производственной сфере экономики страны в условиях рынка предполагает соблюдение ряда законодательных предписаний, обусловленных положениями Конституции РФ. Учитывая, что процесс создания любого корпоративного объ-

единения как производственно-хозяйственного комплекса сопряжен с интеграцией нескольких субъектов предпринимательства, имеющих статус юридического лица, важно обеспечить соблюдение базовых принципов, заложенных в ст. 34 Конституции РФ. Так, согласно ч. 2 этой статьи не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию. При этом каждый субъект имеет право на свободное использование своего имущества для предпринимательской деятельности, как это предусмотрено ч. 1 ст. 34.

По результатам анализа действующего законодательства и правоприменительной практики для определения производственно-хозяйственных (финансовых) комплексов в качестве исходной признана их трактовка как совокупности юридических лиц, создаваемой для достижения специально обозначенных целей. Они формируются прежде всего путем объединения нескольких субъектов для решения задач по повышению эффективности производства и консолидации инвестиций в условиях конкуренции на рынке продукции, товаров и услуг.

Участниками корпоративного объединения могут быть только юридические лица, чем и обусловлена специфика правового механизма формирования таких комплексов, предполагающая участие в них самостоятельных субъектов. При этом объединяемые в системе комплекса субъекты предпринимательской деятельности в условиях рыночной экономики могут представлять различные формы собственности – частную, государственную, муниципальную.

Указанные формы собственности, на основе которых может быть сформирована имущественная база участников производственно-хозяйственного комплекса, согласно ч. 2 ст. 8 Конституции РФ признаются равными с соответствующими гарантиями на защиту каждой из них. Поэтому для полноты характеристики правового положения участников корпоративных объединений следует отметить, что действующее законодательство не исключает возможности вхождения в состав таких комплексов также государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Определяя специфику организационно-правовой природы корпоративных объединений в контексте конституционных положений, необходимо учитывать множество факторов, при этом акцент должен быть сделан на инновационной направленности в деятельности субъектов предпринимательства в увязке с антимоно-

полными концепциями развития современных производственно-хозяйственных комплексов.

Довольно часто производственно-хозяйственные комплексы создаются как объединения юридических лиц коммерческой направленности, действующие в связке «основное и дочерние общества». Это свидетельствует о наиболее распространенном использовании так называемой холдинговой модели при формировании подобных комплексов. Примером легального применения холдинговых форм для консолидации капитала в экономике России является организационное структурирование наукоемких сфер производства продукции для оборонных нужд.

В соответствии с Указом Президента РФ от 23 октября 2000 г. № 1768 «О мерах по обеспечению концентрации и рационализации оборонного производства в Российской Федерации»¹ предполагается активное создание холдингов с включением в их состав предприятий ОПК в зависимости от их специализации по профилю создаваемых объединений, корпораций на принципах вертикального интегрирования.

В контексте указанного необходимо отметить, что законодательную основу организационно-правового построения холдингов составляют положения ст. 105 ГК РФ и ст. 6 Федерального закона от 26 декабря 1996 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»². Суть названных норм заключается в том, что общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество в силу преобладающего участия в его уставном капитале либо в соответствии с заключенным между ними договором или иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом.

При использовании в процессе моделирования корпоративных объединений как комплексов традиционной модели холдинга с функциями держательской компании необходимо стремиться к тому, чтобы основное, так называемое материнское общество действительно имело возможность определять решения, принимаемые дочерними обществами, в силу своего преобладающего участия в их уставном капитале. Этот фактор является определяющим при оптимизации пакетов акций дочерних обществ, которые сосредоточены в холдинге в целях достижения должной управляемости по

¹ СЗ РФ. 2000. № 44. Ст. 4349.

² СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

отношению к объединяемым юридическим лицам. По такой схеме построены крупные производственно-хозяйственные комплексы в России, созданные по холдинговой модели, которые нацелены на добычу газа и нефти с организацией первичной либо глубокой переработки извлеченного из недр нефтегазового сырья, а также в горно-добывающей промышленности при участии металлургических комбинатов как потребителей железорудных материалов.

Цель создания таких комплексов – обеспечить управленческо-финансовый контроль с момента разработки месторождения и получение первичного сырья до его переработки в кондиционный для рынка промышленный продукт. Вместе с тем при формировании производственно-хозяйственных комплексов следует учитывать не только основные цели, задачи и принципы объединения ряда юридических лиц с консолидацией их финансовых, производственных, технологических и инновационных ресурсов, но и требования законодательства о конкуренции.

Поддержка конкуренции. Атрибутом рыночной экономики является конкуренция, и именно ее поддержка на национальном уровне служит залогом формирования рыночных отношений. Реализация конституционного принципа о поддержке конкуренции состоит прежде всего в укреплении позиций, направленных на ее защиту, а также в своевременности, полноценности и прозрачности антимонопольного законодательства, к которому относится как конкурентное законодательство¹, так и законодательство о естественных монополиях².

Необходимо отметить, что антимонопольное законодательство за 20 лет своего существования претерпело существенные изменения, что свидетельствует о его актуальности и востребованности. Первостепенная роль в конкурентном законодательстве в настоящее время отводится Федеральному закону «О защите конкуренции», в который в 2009–2012 гг. был внесен ряд изменений. Кроме того, распоряжением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. № 691-р была утверждена Программа развития конкуренции в Российской Федерации вместе с Планом мероприятий на 2009–2012 годы³,

¹ См.: Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

² См.: Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» // СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

³ СЗ РФ. 2009. № 22. Ст. 2736.

нацеленная на развитие концептуальных основ конкуренции (в настоящее время утратил силу).

Под поддержкой конкуренции следует понимать соблюдение правил честной конкуренции, в числе которых предоставление свободного доступа на рынок со стороны частных компаний, субъектов монополий и органов государственной власти, а также существование свободных цен, которые формируются при конкурентной борьбе¹.

Основным правовым рычагом для обеспечения свободного доступа на рынок являются ограничительные нормы, направленные на запрет: создания дискриминационных условий; согласованных действий хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию; соглашений или согласованных действий, которые приводят к созданию препятствий к доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (п. 3 ч. 4 ст. 11, п. 3 ч. 3 ст. 11¹, п. 4 ст. 16 Федерального закона «О защите конкуренции»).

Создание полноценного механизма рыночных отношений, где возможно сосуществование конкуренции и естественной монополии, повлекло за собой закрепление в Федеральном законе «О естественных монополиях» обязанности субъектов естественных монополий предоставлять доступ на товарные рынки и (или) производить (реализовывать) товары и услуги на недискриминационных условиях, согласно требованиям антимонопольного законодательства (п. 3 ст. 8).

Несмотря на то что законодательство о естественных монополиях регулирует сферы экономики при отсутствии конкуренции, принцип поддержки последней здесь явно прослеживается. Это связано с тем, что государство постепенно отказывается от прямого контроля за некоторыми секторами экономики, и перечень сфер естественных монополий в Федеральном законе «О естественных монополиях» претерпевает изменения. К тому же в нем закреплено, что не допускается сдерживание перехода из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка (ч. 3 ст. 4).

Монополизация. Как такового понятия «монополизация» в национальном законодательстве не существует. Данный принцип

¹ См.: Казенова Т.М. Правовые вопросы развития антимонопольного регулирования в современной России // Предпринимательское право. 2006. № 3. С. 19.

получает развитие в законодательстве, посвященном борьбе с монополистической деятельностью (Федеральный закон «О защите конкуренции») и естественным монополиям (Федеральный закон «О естественных монополиях»).

Запрет монополистической деятельности закреплен в Федеральном законе «О защите конкуренции». Субъектом монополистической деятельности могут быть хозяйствующий субъект либо группа лиц, занимающие доминирующее положение. Основные положения, устанавливающие запрет монополистической деятельности, раскрываются через понятия: «монополистическая деятельность», «доминирующее положение», «группа лиц», «монополюно высокая цена товара», «монополюно низкая цена товара». Исходя из анализа дефинитивного аппарата данного закона, отличительным признаком при определении монополистической деятельности является, на наш взгляд, доминирующее положение хозяйствующего субъекта или группы лиц. В случае если доминирующее положение хозяйствующего субъекта или группы лиц отсутствует, то их действия (бездействие) подпадают под положения либо об ограничении конкуренции, либо о недобросовестной конкуренции, но никак не о монополистической деятельности.

Что касается естественных монополий, то перечень сфер таких монополий перечислен в ст. 4 Федерального закона «О естественных монополиях», который является исчерпывающим.

Особенность сфер естественных монополий состоит в том, что государство участвует в регулировании соответствующих секторов экономики через специальные органы. В указанном Законе предусматривается, что органы государственного регулирования естественных монополий осуществляют как методы государственного регулирования, так и государственный контроль (надзор) в сферах естественных монополий (ст. 6, 7). Например, в Федеральном законе от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»¹ (п. 2 ст. 20) закреплено положение о государственном регулировании в указанных сферах в электроэнергетике.

Недобросовестная конкуренция. Причины существования и распространения недобросовестной конкуренции в литературе связывают с основным мотивом экономического соперничества субъектов предпринимательства – стремлением к получению прибыли,

¹ СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

что обусловлено необходимостью устранения других соперников в целях привлечения потребительского спроса¹.

Недобросовестная конкуренция в Федеральном законе «О защите конкуренции» характеризуется как действия хозяйствующих субъектов при осуществлении предпринимательской деятельности, направленные на получение преимуществ, которые противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. В ст. 14 раскрываются виды недобросовестной конкуренции.

Следует отметить, что законодательство большинства стран не содержит определения понятия недобросовестной конкуренции, а оперирует перечнем конкретных видов конкурентных действий, признаваемых недобросовестными².

Государственно-частное партнерство. В Конституции РФ отражено сочетание частноправового и публично-правового регулирования предпринимательской деятельности, что отвечает комплексному характеру отрасли предпринимательского права.

Государственно-частное партнерство (ГЧП) как форма взаимодействия государства и частного капитала сформировалось в результате необходимости реализации государством своих публичных интересов. Следует иметь в виду, что участие государства в предпринимательской деятельности редко нацелено исключительно на прибыль, но связано с реализацией публичных интересов. Именно государственные цели и задачи, порождаемые его обязательствами перед обществом, реализация и защита публичных интересов лежат в основе партнерских инициатив государства. Кроме того, это связано с тем, что партнерство строится вокруг государственной и муниципальной собственности.

Появление ГЧП связано с развитием концепции смешанной экономики П. Самуэльсона, предусматривающей сочетание в экономике разных форм собственности и сотрудничества государственного и частного предпринимательства, в том числе в инфра-

¹ См.: *Паращук С.А.* Предпосылки недобросовестной конкуренции // Предпринимательское право. 2006. № 2. С. 4.

² См.: *Попондопуло В.Ф.* Антимонопольное регулирование и защита конкуренции: общий обзор // Конкурентное право. 2011. № 1. С. 10.

структуре¹. Кооперация между государственным и частным предпринимательством в формате ГЧП (как рамочной конструкции) получила развитие в национальных государствах в различных формах, сферах и на разных уровнях. При этом государство играет в ГЧП ведущую роль как инициатор ГЧП-проектов.

Рассматриваемая модель взаимоотношений в современном ее значении сложилась недавно и связана с появлением новых методов государственного участия в экономике. Прообразом ГЧП послужила так называемая частная финансовая инициатива (Private Financial Initiative – PFI), появившаяся в 1990-х гг. в Великобритании как одна из гибких форм поддержки процессов приватизации в рамках реформирования системы государственной собственности и сокращения доли государства в капитале предприятий. Основная идея PFI состояла в привлечении частных инвестиций для строительства крупных объектов государственного значения. Расходы частного инвестора компенсировались при этом за счет либо доходов от эксплуатации построенного объекта, либо выплачиваемых впоследствии платежей из бюджета.

В последние годы во всем мире наблюдается тенденция сотрудничества государства и бизнеса в инфраструктурных отраслях, объекты которых ранее всегда находились в государственной собственности (электроэнергетика, автодорожное, железнодорожное, жилищно-коммунальное хозяйства). В мировой практике ГЧП получило активное развитие при реализации проектов, поскольку, с одной стороны, предприятия указанных отраслей не могут быть приватизированы ввиду их стратегической, экономической и социально-политической значимости. С другой стороны, в государственном бюджете отсутствует достаточный объем средств, необходимых для их поддержания и развития.

В России ГЧП применяется при реализации отдельных инфраструктурных проектов, связанных со строительством и эксплуатацией мусороперерабатывающих заводов и водоочистных сооружений, в портовом хозяйстве. В настоящее время разрабатываются крупномасштабные проекты, предусматривающие развитие транспортной инфраструктуры. Концессионные соглашения выбраны в России в качестве основной формы государственно-частного партнерства.

¹ См.: Самуэльсон П.А. Экономика. 5-изд. М., 1997.

Возникновение ГЧП в России обусловлено следующими причинами:

привлечение дополнительного финансирования для развития приоритетных отраслей экономики, в которых частное предпринимательство отсутствовало или принимало участие в минимальной степени («инфраструктурные» отрасли – транспорт, городское, дорожное хозяйство и т.п.; сфера предоставления социальных услуг; инновационные отрасли; предприятия, имеющие важное социальное и стратегическое значение);

наличие альтернативы приватизации объектов государственной собственности в малопривлекательных с экономической точки зрения сферах (здравоохранение и проч.);

развитие регионов, поскольку без притока частных инвестиций они обречены на длительную стагнацию, однако без участия государства трудно рассчитывать на активность инвесторов.

Несмотря на то что в настоящее время термин «государственно-частное партнерство» широко используется в российском законодательстве (в частности, в Бюджетном кодексе РФ, федеральных целевых программах), его законодательное определение на федеральном уровне отсутствует. В многочисленных правовых актах речь идет лишь об осуществлении деятельности «на основе принципов государственно-частного партнерства», «на основе расширения применения механизмов государственно-частного партнерства», «организации и участия в реализации проектов государственно-частного партнерства» и т.п. При этом правовое регулирование ГЧП достаточно обширно и складывается из правового регулирования статуса публичных субъектов как участников ГЧП, регулирования контрактных типов (форм) ГЧП, тендерных процедур в ГЧП, бюджетной поддержки ГЧП. Кроме того, существует отраслевое законодательство о ГЧП (например, в сфере образования) и законодательство о государственных институтах развития, осуществляющих поддержку проектов ГЧП.

Законодательство субъектов РФ в сфере регулирования ГЧП достаточно развито, отдельные нормативные правовые акты закрепляют его формы, однако единообразие в определениях партнерства отсутствует. Общепринятой классификации форм ГЧП также не существует.

Федеральный закон, подобный принятым в субъектах РФ, предметом которого были бы отношения, складывающиеся в рам-

ках ГЧП, пока не принят, что препятствует успешной реализации ГЧП-проектов. Это связано с тем, что возможность партнерства государства и частных предпринимателей не предусмотрена в Конституции РФ, а постепенно складывается посредством развития предпринимательского законодательства на основе общего конституционного регулирования отрасли.

Особые экономические зоны. В качестве одной из основ конституционного строя в Конституции РФ названа обязанность государства проводить политику и создавать условия, обеспечивающие достойную жизнь и свободное развитие человека (ч. 1 ст. 7).

Недиверсифицированная экономика моногородов ограничивает реализацию указанной конституционной нормы и не позволяет создать реальные условия, обеспечивающие свободу экономической деятельности, ограничение монополизма и недобросовестной конкуренции.

В целях решения проблем моногородов Правительством РФ предлагалось на территории субъектов РФ, где такие моногорода имеются, создание особых экономических зон, размещение там новых высокотехнологичных производств и обеспечение занятости населения¹. По мнению некоторых специалистов, монопрофильные населенные пункты необходимо наделить статусом особой экономической зоны².

Определение особой экономической зоны содержится в Федеральном законе от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»³. Особой экономической зоной признается часть территории РФ, определяемая Правительством РФ, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности, а также может применяться таможенная процедура свободной таможенной зоны (п. 1 ст. 2).

Не разрывая единство российского экономического пространства, действующее законодательство предусматривает возможность создания на территории РФ особых экономических зон, способ-

¹ См.: План по реализации основных направлений антикризисных действий и политики модернизации российской экономики на 2010 год. Утв. Правительством РФ 2 марта 2010 г. // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: *Рой О.М.* Проблемы и перспективы модернизации российских моногородов // URL: <http://innclub.info/wp-content/uploads/2012/03/рой.doc> (дата обращения: 02.03.2013).

³ СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3127.

ствующих развитию отраслей производства, но не имеющих принципиальной нацеленности на социально-экономическое развитие определенных регионов. Такую цель преследует иной институт – зона территориального развития (ЗТР).

Понятие «зона территориального развития» введено в легальный оборот Федеральным законом от 3 декабря 2011 г. № 392-ФЗ «О зонах территориального развития в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее – Закон о ЗТР). Согласно ст. 2 данного Закона под ЗТР понимается часть территории субъекта РФ, на которой в целях ускорения социально-экономического развития субъекта РФ путем формирования благоприятных условий для привлечения инвестиций в его экономику резидентам ЗТР предоставляются меры государственной поддержки.

ЗТР создаются, согласно законодательству, сроком на 12 лет на территориях субъектов РФ, перечень которых утверждается Правительством РФ, исходя из показателей социально-экономического развития этих публично-правовых образований за предшествующий десятилетний период. Субъект РФ может быть включен в число потенциальных кандидатов на создание ЗТР по решению или поручению Президента РФ.

Решение о создании ЗТР принимает Правительство РФ и оформляет его соответствующим постановлением, которое является основанием для заключения соглашения о функционировании ЗТР. Сторонами такого соглашения выступают Правительство РФ, высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ, исполнительно-распорядительные органы муниципального образования или муниципальных образований, на территории которых создается ЗТР. Основными положениями такого соглашения являются этапы функционирования ЗТР; показатели оценки эффективности функционирования ЗТР на каждом этапе функционирования и по окончании данных этапов; меры государственной поддержки, которые могут быть предоставлены резидентам непосредственно в соответствии с Законом о ЗТР, и т.п.

Резидентами ЗТР являются хозяйствующие субъекты, которые зарегистрированы в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя на территории муниципального образо-

¹ СЗ РФ. 2011. № 49 (ч. 5). Ст. 7070.

вания, входящего в ЗТР, представившие инвестиционный проект, отвечающий предъявленным требованиям и включенные в соответствующий реестр резидентов ЗТР.

Резидентам ЗТР, помимо общих мер поддержки предпринимательской и иной экономической деятельности, могут предоставляться специальные меры государственной поддержки, в том числе предоставление бюджетных ассигнований Инвестиционного фонда РФ для реализации в ЗТР инвестиционных проектов с участием резидентов; создание объектов капитального строительства в области энергетики, транспорта, находящихся в государственной собственности Российской Федерации и необходимых для осуществления резидентами предпринимательской и иной экономической деятельности и т.д.

Конституционные основы предпринимательского права получили воплощение в *институте саморегулирования*.

Саморегулирование рассматривается как продолжение государственного регулирования, делегированное саморегулируемым организациям, деятельность которых находится под контролем государства. Такая позиция высказана Конституционным Судом РФ в определении от 10 февраля 2009 г. № 461-О-О¹, который указал, что саморегулируемые организации оценщиков представляют собой профессиональные объединения, созданные согласно выраженной в законе воле государства, направленной на делегирование этим профессиональным объединениям определенных публичных функций.

Передача части публичных функций организациям саморегулирования не означает полного отказа от государственного регулирования соответствующей сферы или отрасли экономики. Из конституционного принципа соразмерности и пропорциональности государственного вмешательства и необходимости сохранения баланса между частным и публичным началами в экономической деятельности следует, что развитие саморегулирования предполагает ограничение вмешательства государства в экономическую деятельность субъектов предпринимательства, в том числе прекращение избыточного государственного регламентирования.

На саморегулируемые организации, выполняющие публично-правовые функции, не распространяется вытекающий из ст. 30

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 5.

Конституции РФ принцип добровольности, характерный для объединений, создаваемых гражданами исключительно на основе общности интересов. Такой вывод был сделан Конституционным Судом РФ в постановлении от 19 декабря 2005 г. № 12-П¹. В Европейской судебной практике также считается недопустимым смешение общественных организаций и публичных институтов регулирования.

Законодательство о саморегулируемых организациях не составляет единой системы, что связано с различным подходом законодателя к отраслевым объединениям.

Во-первых, Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях»² регламентирует отношения, возникающие в связи с приобретением и прекращением статуса саморегулируемых организаций, функционированием саморегулируемых организаций субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности, осуществлением саморегулируемыми организациями взаимодействия с их участниками, потребителями производимых ими товаров (работ, услуг), органами исполнительной власти и местного самоуправления. В соответствии со ст. 2 этого Закона под саморегулированием понимается самостоятельная и инициативная деятельность, которая осуществляется субъектами предпринимательской или профессиональной деятельности и содержанием которой являются разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности, а также контроль за соблюдением требований указанных стандартов и правил.

Названный Закон наделяет саморегулируемые организации особым правовым статусом, который проявляется в публичных полномочиях, по осуществлению нормотворческих, исполнительно-распорядительных и контрольных функций.

Во-вторых, нормы этого Закона получают развитие в других законодательных актах, учитывающих особенности отраслевых объединений³. В частности, федеральными законами могут быть

¹ СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 335.

² СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6076.

³ См., например: Федеральный закон от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3813; Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» // СЗ РФ.

предусмотрены случаи обязательного членства субъектов предпринимательской или профессиональной деятельности.

В-третьих, действие вышеназванного Закона не распространяется на саморегулируемые организации профессиональных участников рынка ценных бумаг, акционерных инвестиционных фондов, управляющих компаний и специализированных депозитариев инвестиционных фондов и т.п. Отношения с участием таких саморегулируемых организаций определяются федеральными законами, регулирующими соответствующий вид деятельности¹.

Таким образом, действующее законодательство создало основы регламентации саморегулируемых организаций, функционирующих в том числе в отдельных сферах и отраслях экономики. В то же время нельзя не отметить его существенные недостатки, являющиеся тормозом для дальнейшего развития саморегулирования, включая отдельные отрасли экономики. Прежде всего они связаны с отсутствием системного подхода в регламентации саморегулируемых организаций, нечетко выраженными базовыми принципами саморегулирования. Одновременно с этим Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» предоставляет широкие возможности для отказа от соблюдения установленных принципов (п. 2 ст. 1). В результате нормы федеральных законов, регулирующих отдельные виды предпринимательства, оказываются вне сферы его действия, а зачастую содержат противоположные по отношению к названному акту подходы.

Для дальнейшего развития саморегулирования в России необходимо прежде всего определить общие подходы и принципы функционирования правовых механизмов саморегулирования, опирающихся на конституционные начала, заложенные в ст. 8, 34, 35, 55 Конституции РФ. Также следовало бы провести кодификацию законодательства о саморегулируемых организациях, установить единые квалификационные требования к таким организациям независимо от их отраслевой принадлежности.

2007. № 31. Ст. 4017; Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности» // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 15; Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 199-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

¹ См.: гл. 6¹ Градостроительного кодекса РФ.

Сектором предпринимательского права ИГП РАН внесен определенный вклад в осмысление понятия саморегулирования и его инструмента – саморегулируемых организаций¹. В своей научной деятельности сотрудники сектора исходят из того, что саморегулирование – один из способов государственного воздействия на экономику, инструментами которого являются разработка и принятие обязательных для участников рынка профессиональных правил их деятельности, контроль за их выполнением.

Корпоративные формы предпринимательства, впрочем как и сам термин «корпорация», пришли в российское право из англосаксонской правовой системы (США, Англия). В переводе с латинского *согратіо* – это объединение. В некоторых странах, например в США, понятие «корпорация» используется в широком смысле при обозначении государственных и муниципальных органов (публичные корпорации), благотворительных и религиозных организаций (непредпринимательские корпорации), коммерческих корпораций (предпринимательские корпорации) и объединений врачей, юристов и иных специалистов (профессиональные корпорации). Данные корпорации характеризуются общим признаком – объединение лиц.

С момента принятия Конституции РФ и по настоящее время в российской экономике существуют различные корпоративные формы предпринимательства. Типичными субъектами предпринимательской деятельности признаются коммерческие корпорации. Выделяются и некоммерческие корпорации, некоторые из которых, помимо обычной своей уставной деятельности, выполняют функции регулирования предпринимательской деятельности (например, саморегулируемые организации).

Большое многообразие выбора корпоративных форм хозяйствующих субъектов породило научные дискуссии. Природа корпоративных (внутрихозяйственных, внутрифирменных) отношений

¹ См., например: Булгакова Л.И. Аудит в России: механизм правового регулирования. М., 2005; она же. Правовые проблемы саморегулирования предпринимательской деятельности // Проблемы предпринимательского (хозяйственного) права в современной России. Труды ИГП РАН. 2007. № 2; она же. О взаимодействии государства и саморегулируемых организаций в предпринимательстве // Современные проблемы предпринимательского (хозяйственного) права. М., 2011; Шишкин С.Н. Государственное регулирование экономики: предпринимательско-правовой аспект. М., 2007.

была предметом изучения еще дореволюционных правоведов¹. В научной и учебной литературе встречаются весьма спорные мнения об обязательственном характере корпоративных отношений². Некоторые авторы выделяют их вещный характер³. Окончательное закрепление корпоративные (внутрихозяйственные) отношения как самостоятельный вид предпринимательско-правовых отношений получили в п. 2 ст. 2 ГК РФ⁴. Можно с уверенностью констатировать особый характер корпоративных отношений исходя из их субъектного состава (участники, корпорация, члены органов управления и сами органы управления корпорации и т.д.), природы управления и контроля над корпорацией, ответственности участников корпоративных отношений и способов судебной защиты прав участников и самой корпорации. Более того, содержание корпоративного регулирования подчеркивает сочетание частноправового и публично-правового аспектов корпоративных отношений.

В терминологию корпоративной части предпринимательского права внесла неясность категория «государственная корпорация», которая была отнесена к некоммерческим организациям (ст. 7¹ Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»⁵). При этом ничего общего с классическими корпорациями у государственных корпораций нет⁶. С одной стороны, термин «корпорация» подчеркивает предпринимательско-правовой аспект деятельности данной некоммерческой государственной организации (например, Внешэкономбанк, Росатом), с другой стороны, было бы правильным наделять ее коммерческими функциями, что, по сути, приравнивало бы такие организации к государственным унитарным предприятиям. Иными словами, выделение именно го-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс Торгового права. Т. I. Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб., 1908. С. 298–302, 324–340, 370–376.

² См., например: *Долинская В.В.* Акционерное право: Учебник / Отв. ред. А.Ю. Кабалкин. М., 1997. С. 12.

³ См.: *Пахомова Н.Н.* Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург, 2004. С. 11.

⁴ См.: *Лаптев В.В.* Предпринимательское (хозяйственное) право и реальный сектор экономики. М., 2010. С. 51.

⁵ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

⁶ См.: *Клеандров М.И.* Государственная корпорация: новая организационно-правовая форма – новые проблемы // Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. 2008. № 2. С. 303–313.

сударственных корпораций в такую организационно-правовую форму вызывает больше вопросов, чем ответов.

Сотрудниками сектора предпринимательского права ИГП РАН разработана концепция развития правового положения корпоративных хозяйствующих субъектов. Так, в середине 1990-х гг., после принятия Конституции РФ и начала законодательного закрепления правового положения субъектов предпринимательской деятельности, корпоративными признавались «предприятия, созданные в форме хозяйственных товариществ и обществ, капитал которых подразделяется на доли участия»¹. Продолжая развивать идеи корпоративного предпринимательства, В.В. Лаптев предлагает обозначать их «корпоративными предприятиями», что полностью соответствовало бы немецкому закону об акционерных обществах², с чем следует согласиться.

Развитие идей о предпринимательских объединениях корпоративного типа было продолжено Н.И. Михайловым, который рассматривает корпоративные объединения (производственно-хозяйственные комплексы в виде холдингов) как эффективную бизнес-единицу в экономических отношениях, сочетающую в себе возможность комплексной реализации сложных производственных задач и одновременно позволяющую выстраивать «удобные» для собственников бизнеса (холдинговой компании) модели корпоративного управления предпринимательским объединением³.

Изменчивость и одновременно адаптированность корпоративного законодательства к действительному положению дел, актуальность современных механизмов корпоративного управления и корпоративных процедур были подтверждены практикой работы Конституционного Суда РФ⁴. Практически во всех случаях положения корпоративного законодательства признавались им соответствующими Конституции РФ.

¹ Лаптев В.В. Предпринимательское право: понятие и субъекты. М., 1997. С. 57.

² См.: Лаптев В.В. Предпринимательское (хозяйственное) право в современных условиях // Труды ИГП РАН. 2007. № 2. С. 6.

³ См.: Михайлов Н.И. Проблемы правового механизма создания и деятельности современных производственно-хозяйственных комплексов в предпринимательской сфере России // Труды ИГП РАН. 2007. № 2. С. 100–111.

⁴ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 28 января 2010 г. № 2-П (СЗ РФ. 2010. № 6. Ст. 700) и от 24 февраля 2004 г. № 2-П (СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 830).

Развитие корпоративных форм предпринимательства в России требует продвижения работы по совершенствованию законодательства. В частности, предлагается законодательно установить деление хозяйствующих субъектов на корпорации с правами юридического лица (корпоративные предприятия) и объединения корпоративного типа (например, холдинги и простые товарищества). Данное деление подчеркивает объединяющий характер хозяйствующего субъекта, а также позволяет в правоприменительной практике разделять подходы к правовому положению корпоративных предприятий и корпоративных предпринимательских объединений.

Закрепление в Конституции РФ основ, обеспечивающих корпоративные формы предпринимательства и экономическое правосудие¹ по защите прав участников корпорации, способствует развитию инвестиционного климата в российской экономике и стабильности рыночных отношений.

Роль Конституции РФ в закреплении правового статуса акционера. В России, как и в большинстве стран с рыночной экономикой, довольно активно в качестве организационно-правовой формы используются акционерные общества: физические и юридические лица, став их акционерами, имеют возможность реализовать конституционные права на участие в предпринимательской деятельности, используя свое имущество. Правовое регулирование создания и деятельности акционерных обществ осуществляется ГК РФ (ст. 96–106) и Федеральным законом «Об акционерных обществах».

Характеризуя основанные на положениях Конституции РФ полномочия акционеров, следует подчеркнуть, что они не отвечают по обязательствам общества и несут риск убытков, связанных с его деятельностью, в пределах стоимости принадлежащих им акций.

Наряду с отмеченным акционеры обладают многочисленными правами, а именно: голосовать на собраниях своими акциями, приобретать акции новых выпусков, получать дивиденды и т.п.²

¹ Подробнее см.: *Клеандров М.И.* Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М., 2006.

² Следует обратить внимание на преимущественное право акционеров покупать акции новых выпусков. Благодаря этому заинтересованные акционеры, покупая новые акции, могут сохранять свою долю в уставном капитале, а значит, степень влияния на дела корпорации. Свидетельство на право покупки акций выдается каждому акционеру при новом выпуске акций.

В целях комплексного определения полномочий акционера в привязке к конституционным положениям более правильным представляется использовать понятие «статус акционера». Оно, по нашему мнению, полнее отражает совокупность прав и обязанностей акционеров не только в зависимости от их характера, но и с учетом динамики складывающихся отношений с его участием.

Прежде чем рассматривать вопрос о содержании статуса акционера, следует определить смысл самого понятия «статус». Так, в энциклопедическом словаре термин «статус» (от лат. status – положение, состояние) определяется как правовое положение (совокупность прав и обязанностей) гражданина или юридического лица¹. Согласно Энциклопедическому словарю Брокгауза и Ефрона статус – это положение, состояние².

Изначально статус акционера подтверждается записью в реестре акционеров общества³, содержащем сведения о каждом зарегистрированном лице, количестве и категориях (типах) акций, записанных на имя каждого зарегистрированного лица, иные сведения, предусмотренные правовыми актами РФ.

Акционерное общество обязано обеспечить ведение и хранение реестра акционеров общества в соответствии с правовыми актами Российской Федерации с момента государственной регистрации общества (ч. 2 ст. 44 Федерального закона «Об акционерных обществах»). Таким образом, с момента государственной регистрации общества должна быть обеспечена возможность идентификации владельцев акций. После совершения сделки по переходу права собственности на акции приобретатель получает право на внесение его в реестр акционеров. Отношение, содержанием которого является право акционера на внесение записи о нем в реестр, обязательственное по своей природе.

Для характеристики статуса акционера важным является положение ст. 45 Конституции РФ о том, что государственная защита

¹ См.: Иллюстрированный энциклопедический словарь. М., 2003. С. 253.

² См.: Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. М., 2000. С. 214.

³ Реестр владельцев ценных бумаг – часть системы ведения реестра, представляющая собой список зарегистрированных владельцев с указанием количества, номинальной стоимости и категории принадлежащих им именных ценных бумаг, составленный по состоянию на любую установленную дату и позволяющий идентифицировать этих владельцев, количество и категорию принадлежащих им ценных бумаг.

прав и свобод человека и гражданина в России гарантируется, а каждый человек вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Поскольку в Федеральном законе «Об акционерных обществах» нет четкого определения понятия «акционер», считаем необходимым ч. 1 ст. 2 указанного Закона дополнить понятиями «акционер» и «статус акционера».

Факт приобретения статуса участника в акционерном обществе порождает комплекс прав акционера, что подтверждается внесением записи в реестр акционеров общества, содержащей данные об акционерах. Таким образом, для возникновения права членства (участия) необходимо:

1) приобретение акции (имеется в виду совершение сделки по переходу права собственности на акции, неважно, в какой форме – соглашения о подписке, договора купли-продажи или другой);

2) внесение данных об акционере в реестр акционеров общества. Без приобретения акции невозможно включение в реестр акционеров, без включения в реестр невозможна реализация каких бы то ни было прав акционерами.

До момента внесения записи в реестр акционеров о приобретении акции лицо, фактически осуществив такое приобретение, лишено возможности реализовать свои права, вытекающие из членства в обществе, тогда как для статуса акционера значение имеют именно права, которыми он наделяется в силу членства в обществе. Согласно действующему законодательству акционер обладает совокупностью имущественных и неимущественных прав. В данном контексте необходимо выделить некоторые особенности, касающиеся как первого, так и второго вида прав акционеров, а также их соотношения.

В частности, имущественные права можно определить как абсолютные, доминирующие, в то время как личные (неимущественные) права носят относительный характер (праву акционера соответствует обязанность определенного лица – самого общества). Нарушения этой группы прав в большинстве случаев связаны с неправомерными действиями исполнительного органа общества. Один из способов защиты личных неимущественных прав акционеров установлен в ч. 8 ст. 49 Федерального закона «Об акционерных обществах»: акционеру предоставлено право обжаловать в суд решение, принятое общим собранием акционеров. При этом воз-

возможность реального осуществления и защиты личных неимущественных прав принадлежит лицам, обладающим значительным количеством акций.

С учетом сказанного следует подчеркнуть, что конституционные гарантии прав акционера, конкретизированные в указанном Законе, могут быть реально задействованы с момента государственной регистрации акционерного общества, обязанного обеспечить идентификацию владельцев акций, и до момента отчуждения акционером принадлежащих ему акций или завершения всех расчетов при ликвидации общества.

Таким образом, фактическим подтверждением статуса акционера (обладания совокупностью имущественных и неимущественных прав в акционерном обществе) является система ведения реестра владельцев акций. Запись в реестре – это юридически значимый факт публичного признания за акционером определенных прав, подлежащих конституционной охране и защите, в том числе в судебном порядке.

Недропользование. Правовое определение понятия «недра» содержит преамбула Закона РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»¹. Согласно данному определению недра – это часть земной коры, расположенной ниже почвенного слоя, а при его отсутствии – ниже земной поверхности и дна водоемов и водотоков, простирающейся до глубин, доступных для геологического изучения и освоения.

Следует отметить, что данный Закон, поныне остающийся основным актом, регулирующим комплекс отношений по недропользованию, был принят ранее Конституции РФ. Вместе с тем в нем нашел отражение ряд фундаментальных положений, которые в последующем вошли в Основной закон в виде его отдельных норм. При этом в некоторых случаях Конституция РФ устанавливает более широкие пределы регулирования, чем упомянутый Закон. Так, согласно ч. 2 ст. 9 Конституции РФ земля и другие природные ресурсы могут находиться не только в государственной, но также в частной, муниципальной и иных формах собственности. Данное положение развивает и конкретизирует содержание ч. 2 ст. 8, предусматривающей, что в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муници-

¹ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823.

пальная и иные формы собственности. На равном признании и защите со стороны государства и общества различных форм собственности базируется, в частности, равноправие государства и инвестора, выступающих сторонами соглашения о разделе продукции.

Основополагающим моментом при возникновении отношений по недропользованию служит предоставление собственником недр (Российской Федерацией, субъектом Федерации) пользователю в соответствии с государственной лицензией отдельного участка(ов) недр¹. Пользователь недр, получивший такой участок, имеет исключительное право осуществлять в его границах пользование недрами в соответствии с предоставленной лицензией. Любая деятельность, связанная с использованием недрами в границах участка, может осуществляться только с согласия пользователя недр, которому он предоставлен.

В ч. 2 ст. 1² Закона «О недрах» предусмотрено, что участки недр не могут быть предметом купли, продажи, дарения, наследования, вклада, залога или отчуждаться в иной форме. Вместе с тем права пользования недрами могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому в той мере, в какой их оборот допускается федеральными законами.

К числу законов, регулирующих оборот указанных прав, относится, в частности, Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»² (далее – Закон о СРП). В соответствии с ним (п. 1 ст. 2) Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности (инвестору) на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ.

Исходя из положения ч. 2 ст. 8 Конституции РФ о равном признании и защите в Российской Федерации различных форм собственности, законодатель в ч. 3 ст. 1² Закона РФ «О недрах» уста-

¹ Согласно ч. 2 ст. 11 Закона «О недрах» в случае заключения соглашения о разделе продукции лицензия удостоверяет право пользования участком (участками) недр на условиях соглашения, определяющего все необходимые условия пользования недрами в соответствии с Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции» и законодательством РФ о недрах.

² СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

новил, что добытые из недр полезные ископаемые и иные ресурсы по условиям лицензии могут находиться в собственности любой формы. Таким образом, опираясь на положения ст. 8 Конституции РФ, путем включения в федеральные законы соответствующих норм законодатель определяет правовой статус недр, конкретизируя его в отношении предоставляемых в пользование участков недр, устанавливает пределы осуществления пользователями недр прав владения и пользования указанными участками, а также режим добытых из недр полезных ископаемых и иных ресурсов. При этом следует учитывать положения ч. 2 ст. 36 Конституции РФ, согласно которым владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляются их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц. Таким образом, можно заключить, что государство, будучи собственником недр, также должно нести ответственность за нарушение указанных прав и интересов в процессе недропользования. В свою очередь, оно вправе предъявлять соответствующие претензии пользователям недр в порядке, предусмотренном законодательством о недрах и гражданским законодательством.

Следует особо выделить положение п. «в» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ, согласно которому вопросы владения, пользования и распоряжения недрами находятся в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. Субъекты РФ в пределах своих полномочий принимают свои законы и иные нормативные правовые акты в целях регулирования отношений недропользования (ч. 3 ст. 1¹ Закона РФ «О недрах»).

Органы местного самоуправления вправе осуществлять регулирование отношений недропользования в пределах предоставленных им действующим законодательством полномочий (ч. 4 ст. 1¹ Закона РФ «О недрах»).

На положениях п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ основана норма п. 6 ст. 2 Закона о СРП, предусматривающая, что в пределах полномочий, установленных Конституцией РФ и федеральными законами, субъекты РФ осуществляют законодательное регулирование своего участия в соглашениях о разделе продукции при пользовании участками недр на своих территориях.

Необходимо отметить, что, хотя упомянутые нормы сохраняют свою значимость и поныне, новая редакция Закона о СРП, вве-

денная Федеральным законом от 29 декабря 2004 г. № 199-ФЗ, отражает заметное усиление роли федерального центра в регулировании и осуществлении комплекса отношений, складывающихся в рассматриваемой области. В отличие от более ранних его редакций в соответствии с данным регулированием орган исполнительной власти субъекта РФ, на территории которого расположен предоставляемый в пользование на условиях соглашения о разделе продукции участок недр, или уполномоченные им органы утратили статус участника такого соглашения, выступающего на стороне государства. Таким образом, законодатель отошел от применения так называемого принципа «двух ключей», согласно которому предусматривалось равноправное участие федерального центра и регионов в заключении и реализации указанных соглашений. Ныне согласно абз. 2 п. 1 ст. 3 Закона о СРП стороной упомянутого соглашения является Российская Федерация (государство), от имени которой выступают Правительство РФ или уполномоченные им органы.

Вместе с тем следует признать, что влияние органов государственной власти субъектов РФ на осуществление проектов, основанных на соглашениях о разделе продукции, в определенной степени сохраняется. Однако определяющая роль в рассматриваемой сфере принадлежит Российской Федерации в лице федеральных органов власти и управления. В целом данная ситуация соответствует содержанию Конституции РФ.

При разработке и осуществлении правового регулирования недропользования важное значение имеет ст. 69 Конституции РФ, согласно которой Российская Федерация гарантирует права коренных малочисленных народов в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами РФ. Норма п. «м» ч. 1 ст. 72 относит защиту исконной среды обитания и традиционного образа жизни малочисленных этнических общностей к сфере совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов.

Этому положению соответствует, в частности, предписание абз. 4 п. 3 ст. 2 Закона о СРП. Им предусмотрено, что при заключении соглашения о разделе продукции в отношении расположенного на территории традиционного проживания и хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов участка недр требуется решение законодательного (представительного) органа субъекта

РФ, на территории которого расположен такой участок недр, принятое с учетом интересов коренных малочисленных народов, а также соответствующего органа местного самоуправления.

Обоснованность такого подхода подтверждена, в частности, в определении Конституционного Суда РФ от 6 декабря 2001 г. № 250-О¹ и некоторых других решениях этого органа².

Конституционные основы использования атомной энергии в Российской Федерации. В соответствии с Конституцией РФ ядерная энергетика и расщепляющиеся (ядерные) материалы отнесены к исключительному ведению Российской Федерации (п. «и» ст. 71). Определяющая роль государства обусловлена не только общегосударственным, но и глобальным значением обеспечения безопасности при использовании атомной энергии как важнейшей социально-политической задачи России и всего мирового сообщества. Особую значимость эта задача приобретает с ростом масштабов использования атомной энергии и изменением инфраструктурных условий развития атомной отрасли.

Согласно Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года целью государственной политики в области атомной энергетики является развитие российского атомного энергопромышленного комплекса, обеспечивающего потребности российского рынка конкурентной высокотехнологичной продукцией, и достижение лидирующих позиций на мировых рынках в области энергетики, ядерных технологий, материалов и услуг при соблюдении стандартов гарантированной безопасности и режима нераспространения. В Энергетической стратегии России на период до 2030 года, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 13 ноября 2009 г. № 175-р³, также намечены новые масштабы развития отрасли, связанные с дальнейшим повышением роли ядерной энергетики в устойчивом социально-экономическом развитии страны. При этом обеспечение безопасности при использовании атомной энер-

¹ Документ не опубликован.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П // СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728; определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О // СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3117; определение Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2001 г. № 65-О // СЗ РФ. 2001. № 20. Ст. 2059.

³ СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5836.

гии является одним из важнейших условий обеспечения как в целом национальной безопасности Российской Федерации, так и ее энергетической составляющей¹.

В то же время, поскольку вопросы природопользования, охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности отнесены Конституцией РФ к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (п. «д» ч. 1 ст. 72), а также, в части вопросов местного значения, – к ведению местного самоуправления (ст. 130), отдельные вопросы в области использования атомной энергии могут относиться и к сфере ведения органов исполнительной власти субъектов РФ, а также органов местного самоуправления. Полномочия указанных органов в области использования атомной энергии определены ст. 11 и 12 Федерального закона от 21 ноября 1995 г. № 170-ФЗ «Об использовании атомной энергии»².

Основанное на конституционном базисе правовое регулирование отношений, связанных с использованием атомной энергии, осуществляется многоуровневой, иерархически организованной системой нормативных правовых актов, которая включает:

общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ в области использования атомной энергии и обеспечения ее безопасности, которые согласно Конституции РФ (ч. 4 ст. 15) являются составной частью ее правовой системы;

федеральные законы;

иные нормативные правовые акты РФ, Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом», законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ, правовые акты органов местного самоуправления.

Международно-правовой режим использования атомной энергии является базисом всех национальных правовых норм, регламентирующих эту сферу деятельности. Ратификация нашей страной ряда международных конвенций и ее участие в других международных договоренностях служат мощным импульсом для развития российского законодательства в области атомной энергии. К настоящему времени Российская Федерация присоединилась ко

¹ См.: Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года. Утв. Указом Президента РФ от 12 мая 2009 г. № 537 (СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444).

² СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4552.

всем международным ядерным конвенциям, устанавливающим общие требования к обеспечению ядерной, радиационной и физической безопасности, и трансформировала вытекающие из них обязательства в национальное законодательство в области использования атомной энергии. К таким конвенциям относятся в том числе конвенции о физической защите ядерного материала и ядерных установок, о ядерной безопасности, о безопасности обращения с отработавшим ядерным топливом и о безопасности обращения с радиоактивными отходами и некоторые другие.

Кроме того, система нормативных документов, регламентирующих обеспечение ядерной и радиационной безопасности в России, развивается с учетом современных требований МАГАТЭ, ОЭСР и других международных организаций.

В целях имплементации в российскую правовую систему и дальнейшего развития международных норм и основанных на положениях Конституции РФ стратегических документов было принято большое количество законодательных актов, направленных на упорядочение правоотношений в сфере использования атомной энергии. Системообразующим законом отрасли является Федеральный закон «Об использовании атомной энергии», призванный обеспечивать безопасность и охрану окружающей среды, способствовать развитию всех сфер использования атомной энергии, развитию атомной науки и техники и укреплению международного режима безопасного использования атомной энергии. Данный Закон в соответствии с Конституцией РФ устанавливает правовую основу и принципы регулирования отношений, возникающих при использовании атомной энергии, с учетом приоритетности вопросов защиты здоровья и жизни людей, охраны окружающей среды и защиты собственности при использовании атомной энергии.

Отношения в области использования атомной энергии регламентируются также рядом других законодательных актов, основными из которых являются:

Федеральный закон от 9 января 1996 г. № 3-ФЗ «О радиационной безопасности населения»¹, закрепляющий правовые основы обеспечения радиационной безопасности населения в целях охраны его здоровья и обеспечения конституционных прав граждан на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее

¹ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 141.

состоянии и на возмещение ущерба, причиненного их здоровью или имуществу (ст. 42 Конституции РФ);

Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом»¹, устанавливающий правовое положение, принципы организации, цели создания, функции и виды деятельности, порядок управления деятельностью, порядок реорганизации и ликвидации ГК «Росатом»;

Федеральный закон от 11 июля 2011 г. № 190-ФЗ «Об обращении с радиоактивными отходами и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»², основная идея которого – выход из режима накопления проблем в области обращения с радиоактивными отходами за счет создания единой государственной системы обращения с ними в Российской Федерации, предусматривающей переход к практике обязательного безопасного захоронения всех таких отходов на территории РФ, как накопленных, так и вновь образующихся.

Следует отметить, что в разработке большинства из указанных законов и их дальнейшем совершенствовании принимали участие сотрудники сектора предпринимательского права ИГП РАН.

Теоретическому исследованию вопросов правового регулирования в области использования атомной энергии посвящено большое количество научных работ по национальному и международному атомному праву, в том числе изданные под грифом ИГП РАН³. С участием сотрудников сектора предпринимательского права был подготовлен и издан Комментарий к Федеральному закону от 11 июля 2011 г. № 190-ФЗ «Об обращении с радиоактивными отходами и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (постатейный) / Под общ. ред. Т.Л. Ефимовой и И.И. Линге (М., 2011).

¹ СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078.

² СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4281.

³ См.: Советское атомное право / Под ред. П.Н. Бургасова, А.И. Иойрыша, А.М. Петросьянца. М., 1986; Международное атомное право / Под ред. А.И. Иойрыша, А.М. Петросьянца, В.Ф. Петровского. М., 1987; Государственный надзор за обеспечением безопасности атомной энергетики: правовые проблемы / Под ред. В.А. Сидоренко. М., 1991; Курс международного права / Под ред. В.С. Верещетина. Т. 5. М., 1992; Комментарий к Федеральному закону «Об использовании атомной энергии» / Под ред. В.К. Гусева, В.Н. Михайлова. М., 1996; Ответственность за ядерный ущерб / Под ред. Б.Н. Топорнина. М., 1997.

С проблематикой мирного атома связана и более общая проблема использования природных ресурсов в предпринимательской деятельности. С принятием Конституции РФ начался новый этап развития общества в России, экономики в целом и предпринимательской деятельности в частности. С провозглашением свободы экономической деятельности, а также частной собственности на землю и другие природные ресурсы в хозяйственный оборот были вовлечены природные объекты. В условиях экономических реформ 1990-х гг. стал складываться рынок природных ресурсов, связывающий потребителей и производителей. Его важная особенность заключается в том, что ресурсы приобретаются не только в целях производства, для создания товаров и услуг, но и сами зачастую являются товаром. В связи с этим развитие отношений природопользования оказывает значительное влияние на экономический рост государства. От естественных свойств земли, плодородия почв, особенностей климата, лесной и другой растительности, животного мира, рек, озер, морей и океанов, богатств недр, чистоты воздуха во многом зависят темпы роста производства и благосостояния людей. Степень доступности природных ресурсов взаимосвязана с уровнем производительности труда. Она тем выше, чем богаче и доступнее природные ресурсы и меньше затраты труда, необходимые для производства конечного труда. Природные ресурсы являются источником производства продукции тяжелой промышленности, используются во всех сферах и отраслях народного хозяйства. Именно поэтому особенно остро стоит вопрос правового регулирования использования природного потенциала в предпринимательской деятельности. От того, как нормы права устанавливают цели, виды и способы природопользования, зависит возможность разумного, долгосрочного и рационального потребления природных запасов.

Необходимо отметить, что пользование природными ресурсами осуществляется на различных основаниях; в зависимости от цели использования природного объекта отношения носят как публично-правовой, так и частноправовой характер. Так, к договору водопользования применяются положения об аренде, предусмотренные ГК РФ. Соответственно стороны договора водопользования несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств, а изменение и расторжение договора осуществляются в соответствии с гражданским законодательством.

Оборот земельных участков регулируется в основном нормами гражданского законодательства.

Имущественные отношения, связанные с оборотом лесных участков и лесных насаждений, регулируются гражданским законодательством, а также Земельным кодексом РФ, другими федеральными законами.

Этим обусловлены в ряде случаев коллизии норм, а следовательно, и практические проблемы в осуществлении предпринимательской деятельности, в целях которой используются природные объекты.

В процессе перехода к рыночной экономике, создающей благоприятный предпринимательский и инвестиционный климат, возрастает потребность и значение стабильных, прозрачных, защищенных механизмов, обеспечивающих реализацию конституционных прав и свобод.

При использовании природных ресурсов в хозяйственной деятельности необходимо также учитывать закрепленный в Конституции РФ принцип использования и охраны земли и иных природных ресурсов как основы жизнедеятельности народов в России. Данный принцип предполагает рациональное использование и охрану природных объектов как среды обитания народов, проживающих на территории РФ, сохранение благоприятной окружающей среды и природных ресурсов для нынешнего и будущих поколений.

Глава 5. Финансовое и банковское право

Конституция РФ, занимая главенствующее место в иерархии законодательных и иных нормативных правовых актов государства и являясь моральным и правовым камертоном, закрепила основы федеративного устройства страны, экономические и социальные права и свободы человека, предметы ведения Российской Федерации, компетенцию ее высших органов. Ее принятие определило вектор стабильного развития страны по демократическому пути в рамках права.

В конституционных положениях сформулированы важнейшие принципы экономического развития страны – свободы экономической (в том числе банковской) деятельности (ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 34); единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств (ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 74); признания и защиты равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности (ч. 2 ст. 8, ст. 35); поддержки конкуренции и запрещение монополизации (ч. 1 ст. 8, ч. 2 ст. 34).

Нормы, заложившие взаимодействие и баланс всех институтов государственной власти, определяют принципы разграничения предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами (ст. 71, 72, 73), а также ключевые для дальнейшего стабильного развития России правовые основы единого рынка. В соответствии с ними к ведению Российской Федерации относятся финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежная эмиссия, основы ценовой политики, федеральные банки, федеральный бюджет и федеральные налоги и сборы, а также полномочия законодательных и исполнительных органов государственной власти и Центрального банка РФ в названных сферах регулирования (ст. 75, 101, 106, 114).

Таким образом, перед законодателем стоит задача практического применения конституционных положений и их конкретизации в нормативных актах в призме опыта, накапливаемого страной в сфере экономического, финансового, конституционно-правового развития. В данной связи прошедшие со дня принятия Конституции РФ годы ознаменовались принятием ключевых для страны законов об основах финансового, валютного, таможенного регулиро-

вания и о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, о банках и банковской системе государства, о Центральном банке страны, о гарантиях прав граждан на получение своих вкладов при проведении банкротства кредитных организаций. Существенно обогатило механизм защиты прав российских граждан законодательство о страховании их вкладов в банках страны.

Развитие теории финансового права. С распадом СССР и переходом России к новым социально-экономическим отношениям теория финансового права, опираясь на достижения советских ученых в этой области знания¹, стала быстро развиваться. Как отмечается в литературе, за короткое время были разработаны и получили высшую юридическую силу – силу закона – многие финансово-правовые акты, естественным путем объединившиеся в крупный законодательный массив – едва ли не ведущий в системе законодательства России.

Финансовое законодательство продолжает развиваться, что отражается в принятии новых нормативных актов, во внесении в них изменений и дополнений, в увеличении числа научных публикаций по финансовому праву, в формировании национальной концепции правового регулирования финансовых отношений.

Усиление роли законодательных актов в регулировании финансовых отношений повлекло за собой кодификацию финансово-правовых норм, о чем свидетельствует принятие Бюджетного, Налогового и Таможенного кодексов. Наука финансового права приобрела интеграционный характер во взаимодействии стран – участниц СНГ².

Изменения, затронувшие государственное устройство и систему местного самоуправления, отразились на системе источников

¹ См.: *Халфина Р.О.* К вопросу о предмете и системе советского финансового права // Вопросы советского административного и финансового права, М., 1952; *Ровинский Е.А.* Советское финансовое право. М., 1957; *он же.* Основные вопросы теории советского финансового права. М., 1960; *Цыпкин С.Д.* Финансово-правовые институты, их роль в совершенствовании финансовой деятельности Советского государства. М., 1983; *Пискотин М.И.* Советское бюджетное право. Основные проблемы. М., 1971; *он же.* Социализм и государственное управление (уроки истории и перестройки). М., 1988; *Худяков А.И.* Избранные труды по финансовому праву. СПб., 2010.

² Подробнее см.: *Запольский С.В.* Теория финансового права. Научные очерки. М., 2010.

финансового права, среди которых теперь рядом с федеральным законодательством стоят нормативные правовые акты субъектов РФ, акты органов местного самоуправления. Наконец, проследивая динамику развития основных категорий отрасли финансового права, следует отметить, что именно последним десятилетиям принадлежит заслуга их четкого определения.

К новым тенденциям науки финансового права можно отнести тенденцию к обоснованию возможности разделения финансов на государственные и частные. Так, утверждается, что «частные финансы подчиняются законам рыночной экономики, публичные финансы находятся под воздействием публичной власти, порождаются актами данной власти»¹.

Значительный вклад в развитие научной мысли о месте, системе и понятии финансового права внесли известные российские ученые².

Было сформулировано новое определение сущности финансового права, согласно которому оно направлено на упорядочение и воспроизводство общественных отношений в сфере финансов, финансовой деятельности государства и муниципальных образований,

¹ *Ивлиева М.Ф.* Пределы и механизмы правового регулирования государственных и частных финансов // *Финансово-правовая доктрина постсоциалистического государства*. Черновцы, 2003. С. 58.

² См.: *Ашмарина Е.М.* Некоторые аспекты расширения предмета финансового права в Российской Федерации: проблемы и перспективы. М., 2004; *она же.* Новый взгляд на современную систему финансового права как отрасли российского права // *Экономико-правовые проблемы в современной России*. Сб. научных статей. М., 2009; *Болтинова О.В.* Бюджетный процесс – институт бюджетного права Российской Федерации. М., 2009; *Винницкий Д.В.* Финансовое право: хаос или система? // *Система финансового права*. Материалы научно-практической конференции. М., 2009; *он же.* Предмет и система финансового права на современном этапе // *Правоведение*. 2002. № 5; *он же.* Основные проблемы теории российского налогового права: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 2003; *Запольский С.В.* Указ. соч.; *он же.* Дискуссионные вопросы теории финансового права. М., 2008; *Карасева М.В.* Бюджетное и налоговое право России (политический аспект). М., 2005; *Химичева Н.И.* Проблемы финансового права на новом этапе развития российского государства // *Финансовое право*. 2006. № 4; *Цинделиани И.А.* О системе финансового права: современное состояние научных исследований. М., 2011.

осуществляемое в нормативной форме и охраняемое средствами государственного принуждения¹.

Новым в теории финансового права стало утверждение о финансовом контроле как подотрасли финансового права, которую в совокупности составляют финансово-правовые нормы, регулирующие проведение финансовых операций в процессе осуществления финансовой деятельности государства и муниципальных образований². Это позволило определить понятие финансового контроля, его цели, задачи, принципы, виды, формы и методы осуществления, субъекты и объекты финансового контроля, а также понятие отдельных видов финансового контроля, их источники, цели, задачи, субъекты, конкретные формы и методы осуществления. Отныне в Особенной части финансового права нормы финансового контроля включены соответственно в подотрасли бюджетного, налогового права, в институты банковского, страхового, валютного права, рынка ценных бумаг, денежного обращения.

Выдвинуто положение, согласно которому финансовый контроль следует рассматривать комплексно, в совокупности проявлений его сущностных свойств как функций финансов, функций социального, в том числе государственного, управления, которые облекаются в соответствующую правовую форму³.

Определено, что сущность государственного финансового контроля состоит в том, что он служит инструментом повышения эффективности управления государством экономикой в современных условиях, является функцией государственного управления в области финансов, по отношению к которому является средством, инструментом реализации политики государства. Вместе с тем сам финансовый контроль можно рассматривать как управленческую деятельность, имеющую свои цели, методы, способы, формы реализации⁴.

¹ См.: *Грачева Е.Ю.* К вопросу о сущности финансового права // Проблемы теории права и государства в истории политико-правовой мысли: Сб. работ учеников, друзей, коллег профессора О.Э. Лейста. Алма-Ата, 2005. С. 166–168.

² См.: *Грачева Е.Ю.* Финансовый контроль – подотрасль финансового права // Финансовое право. 2002. № 2.

³ См.: *Грачева Е.Ю.* Правовые основы государственного финансового контроля. М. 2000. С. 66–108; *она же.* Проблемы правового регулирования государственного финансового контроля. М., 2000. С. 92–111.

⁴ См.; *Грачева Е.Ю.* Проблемы правового регулирования государственного финансового контроля. С. 92–103.

Подчеркивается, что целью финансового контроля является не только проверка соблюдения субъектами финансовой деятельности требований, содержащихся в финансовом законодательстве, о чем всегда говорилось в науке финансового права, но и, главным образом, достижение общесоциальных целей и задач, стоящих перед публичной властью. Обосновано положение о существовании и необходимости проведения в современных экономических условиях публичного финансового контроля¹, что способствует развитию публично-правовых исследований в данной области.

Вкладом в теорию финансового права стало обоснование положения о выделении в системе финансового права финансово-правового института – «государственный финансовый контроль в сфере денежного обращения», понятие которого интерпретировано как комплекс форм и методов организации и управления денежным оборотом в рамках национальной экономики в целях обеспечения устойчивости национальной валюты, стабильного и сбалансированного осуществления всех платежей и расчетов, предотвращения нецелевого использования публичных и частных денежных фондов, соблюдения требований государственной финансовой дисциплины и противодействия легализации доходов, полученных преступным путем².

Были определены объекты государственного финансового контроля в сфере денежного обращения в Российской Федерации (наличное и безналичное денежное обращение, валютные операции), а также правовой статус субъектов государственного контроля в сфере денежного обращения (кредитные организации как агенты государственного контроля, Центральный банк РФ как орган банковского надзора) и государственно-властные органы³.

Выдвинут тезис о том, что финансовый контроль (как разновидность контроля вообще) в качестве элемента государственного управления не имеет самостоятельного значения и выполняет ис-

¹ См.: *Грачева Е.Ю.* Обеспечение публичных интересов в условиях рынка как важнейшая цель государственного финансового контроля. *Очерки финансово-правовой науки современности.* М., 2011. С. 205–228.

² См.: *Фролова Е.Е.* Государственный финансовый контроль в сфере денежного обращения: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2011.

³ См.: *Фролова Е.Е.* Правовое регулирование государственного финансового контроля в сфере денежного обращения в Российской Федерации. Иркутск, 2010. С. 93–242.

ключительно функции обеспечения достижения управленческого результата. Обосновано, что в финансово-правовой институт «контроль за денежным обращением» должны быть включены все финансово-правовые нормы, регулирующие проведение контрольных мероприятий в отношении: денежных операций с использованием наличной национальной валюты, денежных операций посредством безналичных расчетов, валютные операции, операции, которые могут вести к легализации доходов, полученных преступным путем¹.

С принятием Федерального закона от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»² началась активная разработка теоретико-правовых аспектов деятельности государства по борьбе с легализацией преступных доходов и финансированием терроризма, внесшая вклад в теорию финансового и банковского права РФ.

Были исследованы институциональные основы системы противодействия легализации преступных доходов, выявлена и проанализирована система факторов, способствующих легализации преступных доходов и финансированию терроризма, исследованы правовые основы деятельности организаций, осуществляющих контроль за законностью происхождения денежных средств и операций с ними в целях недопущения отмывания доходов, полученных преступным путем³.

Проведены многие научные исследования, охватывающие широкую палитру финансовых отношений. Финансовое право превратилось в одну из ведущих и динамично развивающихся областей современного правоведения⁴.

Создание основ теории банковского права

В конце 1980-х – начале 1990-х гг. в России стала формироваться новая финансово-кредитная система и ее основа – новая

¹ См.: *Фролова Е.Е.* Правовое регулирование государственного финансового контроля в сфере денежного обращения в Российской Федерации. С. 62–69.

² СЗ РФ. 2001. № 33. Ст. 3418.

³ См.: *Фролова Е.Е.* Противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, как самостоятельное направление государственного финансового контроля в сфере денежного обращения. Иркутск, 2010. С. 30–32; *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Постатейный комментарий к Федеральному закону «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем». М., 2002.

⁴ См.: *Запольский С.В.* Теория финансового права. Научные очерки. С. 145.

банковская система страны, ставшая локомотивом продвижения новых экономических отношений, построенных на рыночных принципах, что сделало необходимым создание принципиально нового банковского права.

В советский период банковское право рассматривалось как подотрасль либо институт финансового права, а последнее трактовалось как обособившаяся часть государственного и административного права, в силу чего основным методом правового регулирования финансового права был метод властных предписаний, который распространился и на банковское право. В то же время все общественные отношения, в которых участвовали банки как субъекты хозяйственной деятельности, как равноправные партнеры, оставались в сфере действия гражданского права. Следовательно, уже в то время имелись некоторые основания, как справедливо отметил М.И. Пискотин на дискуссии по данному вопросу на страницах журнала «Государство и право» (1996 г. № 1), которые могли позволить банковскому праву выделиться в комплексную отрасль, объединяющую нормы административного и гражданского права. Но этого не произошло. Ни наука, ни практика не пошли по такому пути. И это понятно. В советское время вся хозяйственная деятельность, в том числе в банковской сфере, основывалась больше на директивах из центра, чем на договоре, а сама банковская деятельность носила скорее властно-организационный, чем коммерческий характер. По этой причине в указанный период договорные отношения, регулируемые нормами гражданского права, естественно, имели лишь подчиненное значение и весьма ограниченную область применения. В таких условиях не могла возникнуть практическая потребность в том, чтобы объединять нормы гражданского и административного права в единую отрасль банковского права, превращая его тем самым в комплексную отрасль.

Правовой основой формирования новой банковской системы стали принятые 2 декабря 1990 г. два специальных банковских закона: «О банках и банковской деятельности в РСФСР» и о «Центральном банке РСФСР (Банке России)».

Новая финансово-кредитная система и ее составная часть – банковская система России – в новых условиях приобрела особую экономическую, социальную и политическую значимость, но была крайне слаба и неэффективна и быстро подверглась

криминализации. Требовалось качественное развитие банковской системы.

Попытки решить эту задачу показали необходимость согласования правовых основ формирующейся банковской системы страны с соответствующими положениями принятой 12 декабря 1993 г. Конституции РФ и учета происходящих в стране социально-экономических преобразований. В данной связи в законодательство стали вноситься многочисленные изменения. Были приняты федеральные законы от 26 апреля 1995 г. № 65-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон «О Центральном банке РСФСР (Банке России)» и от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ «О банках и банковской деятельности в РСФСР». 10 июля 2002 г. был принят Федеральный закон № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» (далее – Закон о Банке России)¹.

Указанные законы стали правовой основой банковской системы России. Они в значительной мере компенсировали неразработанность правовых основ, регулирующих процессы создания, функционирования и развития банковского сегмента экономики, что было одним из главных тормозов на путях ее развития. В то же время анализ этих правовых основ высветил ряд проблем сугубо теоретического характера, не решив которые невозможно было добиться качественного развития экономико-правового потенциала России.

Требовалось дать ответ на вопросы: что есть банковское право? Как оно соотносится с другими отраслями российского права? Существуют ли особые банковские правоотношения и в чем их специфика? Какие методы правового регулирования применяются в банковском праве? Каковы принципы банковского права и банковской системы страны, ее управления, построения и развития? Был и ряд других не менее важных вопросов, на которые следова-

¹ Как отмечают специалисты, «процесс совершенствования законодательного регулирования деятельности Банка России продолжается. Доказательством этому служит принятие в новой редакции Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Постатейный комментарий к Федеральному закону от 10 июля 2002 года № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». М., 2003.

ло ответить, в том числе о роли государства в период перехода к рынку и в рыночной экономике как таковой.

В совокупности ответы на эти вопросы положили начало теории банковского права. Все больше осознавалось, что, только опираясь на такую теорию, можно перейти от стихийного развития в стране банковского законодательства и банковской системы к осознанному, планомерному, целенаправленному¹.

Ключевым моментом в развитии теории банковского права страны стало выдвигание и обоснование тезиса о том, что банковское право является относительно самостоятельной комплексной отраслью права². Были выявлены основания, по которым банковское право выделяется в общей системе российского права и является комплексной отраслью. Подчеркивалось, что хотя банковское право включает нормы и использует методы правового регулирования различных отраслей, оно «не механическое объединение норм основных отраслей права, а качественно новое, юридически целостное правовое образование. Оно объективно

¹ Обсуждение этих вопросов с акцентом на особенности правового регулирования Центрального банка России см.: *Тосунян Г.А.* Закон о Центробанке нуждается в совершенствовании // Российская Федерация. 1994. № 3; *Ефимова Л.Г., Новоселова Л.А., Тосунян Г.А., Шерстобитова О.Н., Шерстобитов А.Е.* Правовое регулирование организации и деятельности банковской системы Российской Федерации в условиях рыночной экономики (переходные принципы). М., 1994; *Тосунян Г.А.* Банковское дело и банковское законодательство в России: опыт, проблемы, перспективы. М., 1995. В предисловии к данной работе известный советский юрист профессор М.И. Пискотин, давая общую оценку этой книги, писал, что в ней подведен итог происходившей в стране дискуссии по важным для теории банковского права вопросам, в том числе о характере и особенностях банковского законодательства РФ, его месте в системе российского законодательства (гл. III), состоянии правового регулирования банковской системы страны, правового статуса объектов и субъектов управления банковской системы, структуры самой банковской системы (гл. IV) и сформулирована позиция автора.

² См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Эжмалян А.М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. М., 1999. С. 15–22.

Быстрое развитие банковского законодательства, обусловленное происходящими в стране социально-экономическими и политическими процессами, требовали уточнения, а порой и пересмотра отдельных положений теории банковского права, что сделало необходимым комплексное исследование вопросов теории банковского права РФ, по итогам которого была подготовлена двухтомная монография Г.А. Тосуяна «Теория банковского права» (М., 2002).

консолидирует по одному предмету, тематическому и целевому признаку юридически неоднородный (в смысле отраслевой принадлежности) материал, объединение которого осуществляется путем обогащения его содержания, введения новых системных обобщений, выработки качественно новых понятий, положений и, в связи с этим, существенного развития юридической терминологии»¹.

Было обосновано наличие у банковского права самостоятельного предмета правового регулирования, в связи с чем в научный оборот введено понятие «банковское правоотношение», дано его определение, вычленены и проанализированы его специфические признаки. Показано, что предмет банковского права составляют общественные отношения, складывающиеся в процессе организации, функционирования и развития банковской системы, а особенность банковского права заключается в наличии особого предмета регулирования, включающего:

общественные отношения, урегулированные нормами специального банковского законодательства. Эти нормы хотя и присутствуют в основных отраслях, но, получая «вторичную прописку», испытывают в связи с этим влияние специального банковского юридического режима, что меняет их юридическую сущность. Поэтому они остаются в профилирующих отраслях только по своим базовым (исходным) моментам, а во вторичной структуре (в банковском праве) приобретают новое обогащенное спецификой банковского дела юридическое содержание;

общественные отношения, урегулированные нормами, которые отсутствуют в профилирующих отраслях. В специальном банковском законодательстве они представляют собой четкую систему норм-дефиниций и норм-принципов, что предопределило применение законодателем специфических приемов регулирования, свидетельствующих о появлении юридического режима с уникальным банковско-правовым отраслевым оттенком².

Специфика предмета банковского права предопределила использование, наряду с первичными методами правового регулирования, комплексного метода, регулирующего специфические банковские правоотношения, с присущими ему особенностями, в том

¹ Тосунян Г.А. Теория банковского права. Т. 1. 2-е изд. М., 2004. С. 16.

² См.: там же. С. 29–47.

числе «коридор автономии воли» обязательных участников правоотношений¹.

Были сформулированы и проанализированы принципы банковского права. Показано, что поскольку банковская деятельность является подвидом предпринимательской деятельности, постольку банковское право детерминируется принципами двух типов: во-первых, общими для предпринимательской деятельности, определяющими конституционный статус субъектов предпринимательской (а значит, и банковской) деятельности, во-вторых, имеющими специфический банковско-правовой характер, определяющими порядок построения, функционирования и развития кредитных организаций и банковской системы РФ в целом².

Выявлена структура банковского права, описано его внутреннее строение, определены его институты и субинституты, показан его многоуровневый характер. При этом подчеркивается, что Общая часть банковского права включает наряду с нормами других правовых отраслей, в силу его комплексного характера, специфические «банковские» положения, которых нет ни в одной другой отрасли права³.

Показано наличие у банковского права особых (специальных) источников права в виде специального банковского законодательства. Установлено, что банковское законодательство представляет собой специфическое структурное образование в системе российского законодательства, использующее для комплексного правового регулирования всех сторон деятельности банковской системы разноотраслевые правовые нормы⁴.

Установлено, что у банковского права имеется специфический понятийный аппарат, который широко используется не только всеми институтами банковского права, но и другими, в том числе профилирующими, отраслями права⁵.

В отечественной правовой литературе были высказаны и иные мнения относительно отраслевой природы и места банковского права в структуре российского права.

¹ См.: там же. С. 48–60.

² См.: *Тосунян Г.А.* Теория банковского права. С. 75–230.

³ См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Эжмалян А.М.* Указ. соч. С. 121–126.

⁴ См.: там же. С. 126–136.

⁵ См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Банковское право России: понятийный аппарат и словарь нормативных терминов. М., 2000.

Утверждалось, что все правоотношения, возникающие в банковской сфере, являются хозяйственно-правовыми¹, что банковское право носит межотраслевой характер², что при сохранении экономических оснований банковское право постепенно трансформируется в самостоятельную отрасль³, что банковское право является подотраслью финансового права⁴, что банковское право не отрасль права, а отрасль законодательства⁵. А.Г. Братко отстаивал точку зрения о самостоятельности банковского права, аргументируя это тем, что оно имеет свои предмет и метод регулирования⁶. Т.Э. Рождественская предлагает рассматривать банковское право как комплексную отрасль законодательства, поскольку в основе регулирования банковской деятельности лежат нормы как публичного, так и частного права⁷. По мнению Л.Г. Ефимовой, банковское право постепенно формируется как отрасль права, однако этот процесс окончательно еще не завершен⁸, а М.И. Пискотин считал, что банковское право уже сегодня можно рассматривать в качестве самостоятельной комплексной отрасли права⁹.

Как мы видим, в литературе существует большой разброс во взглядах на природу банковского права. В то же время, как показывают публикации, по мере развития банковского права растет число ученых, которые считают банковское право самостоятельной отраслью права. Так, рассматривая этот вопрос, авторы учебника «Банковское право», изданного в 2013 г., пишут: «В юридической науке сложились две доктрины выделения банковского права в системе российского права. Первая, учитывая преобладание публич-

¹ См.: Коган М.Л. Проект нуждается в доработке // Государство и право. 1996. № 2. С. 98.

² См.: Бутов А. В. Пожелания практика // Государство и право. 1996. № 2. С. 103.

³ См.: Олейник О.М. Банковское право. Курс лекций. М., 1997. С. 33

⁴ См.: Горбунова О. Н. Выделять банковское право в отдельную отрасль права пока рано // Юридический мир. 1998. № 1. С. 15.

⁵ См.: Банковское право: Учебник / Отв. ред. Д.Г. Алексеева, С.В. Пыхтин. М., 2008. С. 25.

⁶ См.: Братко А.Г. Банковское право России: Учеб. пособие. М., 2003. С. 28.

⁷ См.: Рождественская Т.Э. Банковское право: Учеб. пособие. М., 2010. С. 14–15.

⁸ См.: Ефимова Л.Г. Банковское право. Т. 1. Банковская система РФ. М., 2010. С. 11.

⁹ См.: Пискотин М.И. Об учебном курсе «Основы банковского права Российской Федерации» // Государство и право. 1996. № 1. С. 108.

ного интереса в регулировании общественных отношений, рассматривает банковское право в качестве подотрасли финансового права (см., например: *Хоменко Е.Г.* Банковское право Российской Федерации: Учеб. пособие / Под ред. Е.Ю. Грачевой. М., 2008. С. 31), вторая – самостоятельной комплексной отрасли права (см., например: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Эжмалян А.М.* Банковское право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под ред. Б.Н. Топорнина. М., 2002. С. 17–22). Эта позиция получает все большее признание...

В банковском праве наметились позитивные процессы: комплекс норм, регулирующих банковскую систему страны и банковскую деятельность, все больше приобретает целостность и качественное единообразие. Такая тенденция позволяет согласиться с учеными, обосновывающими концепцию о необходимости рассмотрения банковского права в качестве самостоятельной отрасли российского права, предметом которого являются общественные отношения в сфере банковской деятельности, органично представленные в их единстве¹.

Быстрое развитие банковского законодательства, обусловленное происходящими в стране социально-экономическими и политическими процессами, требовало уточнения, а в ряде случаев и пересмотра отдельных положений теории банковского права. Как отмечалось в литературе, только с 1990 по 2003 г. в банковское законодательство РФ было внесено более 30 изменений и дополнений. Серьезные изменения коснулись в том числе правовых основ институционализации кредитных организаций. Возникла необходимость вернуться к анализу уже исследованных теоретических вопросов и рассмотреть вновь возникшие теоретические проблемы. Были исследованы теоретико-правовые аспекты несостоятельности (банкротства) кредитных организаций, реструктуризации кредитных организаций, система страхования вкладов физических лиц в банках РФ, Бюро кредитных историй и др.

В итоге было обосновано появление в структуре права нового банковско-правового института – «несостоятельность (банкротство) кредитных организаций», показаны его особенности, исследовано понятие «несостоятельность (банкротство) кредитных орга-

¹ *Ашмарина Е.М., Гизатуллин Ф.К., Ручкина Г.Ф.* Банковское право: Учебник для магистров. М., 2013. С. 11–14.

низаций»¹, разработана идеология реструктуризации, определены понятия «реструктуризация кредитных организаций», «реструктуризация системы кредитных организаций», «реструктуризация банковской системы»².

Появление нового для России института страхования банковских вкладов вызывало необходимость научно-теоретического осмысления его правовой природы и отраслевой принадлежности³. Развернувшаяся дискуссия позволила внести в теорию банковского права важные уточнения относительно природы правоотношений в области страхования вкладов физических лиц в банках РФ с частноправовых⁴ и публично-правовых позиций⁵, а также относительно правовой природы созданного Агентства по страхованию вкладов (АСВ)⁶, правовой природы юридических лиц публичного права, к каковым относится и АСВ, отраслевой принадлежности категории юридического лица и сформулировать признаки юридических лиц публичного права⁷. Сложились две точки зрения по поводу правовой природы категории «юридическое лицо публичного права»: одни авторы, в основном цивилисты, считают ее гражданско-правовой категорией⁸, другие – межотраслевой⁹.

Вклад в развитие банковского права внесла разработка теоретических проблем антимонопольного регулирования деятельности кредитных организаций. Определены правовая природа антимонопольных норм, регулирующих деятельность кредитных организа-

¹ См.: *Тосунян Г.А.* Теория банковского права. Т. 2. С. 7–28.

² См.: там же. С. 291–330; *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Общий и постатейный комментарий к Федеральному закону «О реструктуризации кредитных организаций». М., 2000; *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Реструктуризация кредитных организаций. М., 2002.

³ См.: *Турбанов А.В.* Финансово-правовые основы российской системы страхования банковских вкладов. М., 2004.

⁴ См.: *Ефимова Л.Г.* Указ. соч. С. 174–181.

⁵ См.: *Турбанов А.В.* Государственная корпорация «Агентство по страхованию вкладов» как юридическое лицо публичного права // *Вестник Саратовской государственной академии права.* 2010. № 2 (72). С. 100–113.

⁶ См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Комментарий к Федеральному закону «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации». М., 2004.

⁷ См.: *Чиркин В.Е.* Юридическое лицо публичного права. М., 2007. С. 76–94.

⁸ См.: *Авалов Г.Е., Суханов Е.А.* Юридические лица в современном российском гражданском праве // *Вестник гражданского права.* 2006. № 1. Т. 6. С. 15.

⁹ См.: *Чиркин В.Е.* Указ. соч. С. 62.

ций, их структура, место антимонопольных норм банковского законодательства в структуре антимонопольного законодательства¹, осуществлена систематизация этих норм, показаны особенности конкуренции на рынке банковских услуг и основные направления антимонопольного регулирования рынка банковских услуг², разработана периодизация развития антимонопольного законодательства в России, сделан ряд новых выводов в сфере теории комплексных отраслей и банковском праве как одной из них:

а) если ранее считалось, что комплексная отрасль может возникнуть только как результат взаимодействия основных отраслей, то сегодня в образовании новых комплексных отраслей помимо основных отраслей активно участвуют и ранее сложившиеся комплексные отрасли;

б) в современных условиях развития законодательства комплексной отраслью правомерно считать лишь такой законодательный массив, который содержит предметное ядро, представляющее собой, с одной стороны, комплекс общественных отношений, которые в связи с влиянием особого отраслевого режима данной комплексной отрасли не могут быть идентифицированы в качестве отношений, составляющих предмет какой-либо основной отрасли, с другой стороны, комплекс отношений, регулируемых нормами, отсутствующими в основных отраслях;

в) если ранее полагали, что комплексные отрасли никакого места в системе права не занимают, то теперь обоснован тезис о том, что место комплексной отрасли в системе законодательства определяется не одноуровневым соотношением и взаимодействием различных отраслей, как в случае с основными отраслями, а перекрещиванием структуры данной комплексной отрасли со структурами основных отраслей, а также со структурами ранее сформировавшихся и взаимодействующих с вновь образуемой отраслью комплексных отраслей законодательства.

Кроме того, предложена и научно обоснована новая классификация комплексных отраслей законодательства, которые в соответствии с критерием качества выполняемых той или иной отраслью социально значимых функций подразделяются на предметно-

¹ См.: *Викулин А.Ю.* Антимонопольное регулирование рынка банковских услуг. М., 2001. Гл. 3.

² См.: *Викулин А.Ю.* Антимонопольное регулирование рынка банковских услуг. Гл. 5, 6.

ограниченные отрасли (например, банковское право, страховое право и др.) и на функционально-ограниченные (например, антимонопольное право, полицейское право и др.), выделены принципы образования отраслей законодательства, принадлежащих к различным классификационным типам, а также признаки, в соответствии с которыми происходит объединение в целом разнородного нормативного материала в единую целостность – комплексную отрасль банковского законодательства¹.

Весомый вклад в развитие теории банковского права внесла разработка правовых основ создания и функционирования в России Бюро кредитных историй, которое призвано минимизировать риски кредитования, создать предпосылки для кредитования широких слоев населения и тем самым содействовать экономическому росту России².

С созданием Бюро кредитных историй – нового инфраструктурного элемента рынка банковских услуг – ОАО «Национальное бюро кредитных историй» (НБКИ) в 2005 г. была продолжена разработка его правовых основ, проанализированы понятие и система принципов законодательства о кредитных историях, особенности их правовой природы, установлены их виды («простые» и «сложные») и правоспособность бюро кредитных историй³.

Важное значение для развития банковского права имело многостороннее обоснование вещно-обязательственной теории безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг, теории расчетных сделок, общей теории договоров об организации безналичных расчетов, разработка российского варианта конструкции рамочного договора⁵.

¹ См.: Викулин А.Ю. Указ. соч. С. 80–89.

² См.: Тосунян Г.А., Викулин А.Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону от 30 декабря 2004 года № 218-ФЗ «О кредитных историях». М., 2006. С. 5–14.

³ Согласно разработанной классификации к числу «простых» отнесены принципы конфиденциальности и ограниченной оборотоспособности. «Сложными» являются принципы акцептного внесения, легалитета, специалитета и достоверности. См.: Рустамян В.Л. Все о кредитных историях. М., 2008. С. 158.

⁴ См.: Ефимова Л.Г. Указ. соч. С. 393–396.

⁵ См.: Ефимова Л.Г. Банковское право: Учеб.-практич. пособие. М., 1994; она же. Банковские сделки: право и практика. М., 2001; она же. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части второй) / Под ред. П.В Кра-

Вкладом в теорию банковского права является положение, согласно которому «с юридической точки зрения категория «банковские операции» имеет право на существование только с учетом публичных интересов в сфере банковской деятельности. Другими словами, с точки зрения гражданского права «банковская операция» не имеет ничего особенного по сравнению с понятием гражданско-правовой сделки»¹.

Из этого положения следует вывод, что категория «банковские операции» в смысле Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»² имеет право на существование только с точки зрения защиты публичных интересов³.

В развитии теории банковского права существенную роль сыграл итог обсуждения статуса, принципов организации, цели деятельности, функций и полномочий Банка России в сфере банковского регулирования, банковского надзора и управления денежно-кредитной системой страны.

Были проведены комплексные исследования актуальных вопросов теории и практики правового регулирования организации и функционирования Банка России как важнейшего элемента банковской системы РФ, а также касающиеся его места в системе государственных органов⁴. Обоснован конституционно-правовой характер денежно-кредитной системы, сделано заключение о ее специально-правовой природе, что напрямую связано с провозглашением России социальным государством, что подводит к выводу о конституционно-правовых основах государственного регулирования банковской деятельности и всей денежно-кредитной сферы⁵.

шенинникова: В 3 т. Т. 2. М., 2011 (авт. коммент. к гл. 42, 44, 45 ГК РФ Л.Г. Ефимова).

¹ Шерстобитов А. Е. Правовое положение банков и иных кредитных организаций // Правовое регулирование банковской деятельности. М., 1997. С. 19.

² СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

³ См.: Ефимова Л. Г. Банковское право. Т. 1. С. 251.

⁴ См.: Гейвандов Я.А. Центральный банк РФ. Юридический статус, организация, функция, полномочия. М., 1997; Братко А.Г. Центральный банк в банковской системе России. М., 2001.

⁵ См.: Гейвандов Я.А. Социальные и правовые основы банковской системы РФ. М., 2003; Мау В.А. Экономическая реформа: сквозь призму конституции и экономики. М., 1999; Баренбойм П.Д., Кутафин О.Е. Конституционная экономика и Центральный банк // Конституционно-правовой статус Центрального

Сформулированные в ходе обсуждения положения получили законодательное закрепление в соответствующих статьях Закона о Банке России.

Исходя из положения о независимости Банка России от других органов государственной власти РФ (ч. 1 и 2 ст. 75 Конституции РФ), в Закон о Банке России было внесено положение о том, что функции и полномочия, предусмотренные Конституцией РФ и этим Законом, Банк России осуществляет независимо от других федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления (ч. 2 ст. 1). Это имеет принципиальное практическое значение. Последовательное соблюдение данного принципа обеспечивает в развитых странах устойчивость национальной финансовой системы, в том числе низкий уровень инфляции¹.

Анализ указанного конституционного положения привел к выводу, что, во-первых, независимость Центрального банка может и должна носить исключительно правовой характер и определяться соответствующим законодательством, во-вторых, независимость Центрального банка не может быть неограниченной; в-третьих, независимость Центрального банка – продукт длительного периода его становления; в-четвертых, любые реформы, преобразования, касающиеся независимости Центрального банка, могут и должны проводиться только после системной подготовительной работы и должны носить постепенный характер².

Проведенный анализ позволил выделить элементы независимости Центрального банка, к которым относятся: институциональная, функциональная, имущественная, инструментальная, бюджетная, финансовая и кадровая независимость, имеющие на практике различную степень «выраженности», и определить содержание каждого из этих элементов³.

В то же время было установлено следующее. Из теории банковского права вытекает, что принцип независимости Банка России

банка РФ. М., 2000; *Гаджиев Г.А.* Конституционные принципы рыночной экономики // Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда РФ. М., 2004.

¹ См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Деньги и власть. Теория разделения властей и проблемы банковской системы. 3-е изд. М., 2000.

² См.: *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю., Экмяян А.М.* Указ. соч. С. 59–61.

³ См.: там же. С. 61–83.

от других органов государственной власти в практике государственного управления банковской системой страны необходимо сочетать с принципом полисубъектности верхнего уровня банковской системы РФ. Это означает, что один и тот же орган (Банк России) не может сочетать, как об этом свидетельствует и мировая практика, нормотворческую, контрольную и надзорную функции, а также функцию эмиссии наличных денег и одновременно выступать как хозяйствующий субъект¹. Такая концентрация управленческих функций в руках одного органа, не уравновешенная системой сдержек и противовесов, недопустима и малоэффективна и в конечном счете ущемляет права и интересы управляемых субъектов². Наглядная иллюстрация к сказанному – августовский кризис 1998 г., причинами которого явились, в частности, недостатки действовавшей тогда модели государственного управления банковским сектором, что привело к ущемлению экономических интересов более 70 млн граждан страны.

Разработка принципа полисубъектности дала возможность инициировать внесение дополнений в Закон о Банке России, качественно изменивших статус Национального банковского совета. Благодаря этому он из органа, не имеющего реальных полномочий, превратился в орган управления банковской системой, принимающий стратегические решения, наделенный компетенцией, которая, не ограничивая независимости Банка России в защите и обеспечении устойчивости рубля (его основной функции), позволяет осуществлять контроль на принципах коллегиальности, гласности и законности.

Опираясь на законодательно закрепленный принцип единства структуры управления Банка России, удалось обосновать внесение в Закон о Банке России положения, согласно которому национальные банки республик в составе Российской Федерации являются лишь территориальными учреждениями Банка России, которые к тому же могут создаваться и в регионах, объединяющих территории нескольких субъектов Российской Федерации. Реализация данного принципа на практике создала дополнительное средство против негативных последствий известного «парада суверенитетов»

¹ См.: *Тосуян Г.А.* Опыт построения и правового регулирования банковских систем: Россия. Германия. Франция. США. М., 1994.

² См.: *Тосуян Г.А.* Государственное управление в области финансов и кредита в России. М., 1997.

субъектов РФ, реально возможных в случае расчленения единого экономического и финансового пространства страны¹.

Немаловажное значение для развития банковского права имела разработка теории банковского саморегулирования, определившая принципы, цели, задачи и функции банковского саморегулирования, имеющая особо важное значение для России².

Серьезный вклад в банковское право РФ внесли выдвижение идеи и разработка теории «банкизации России»³. Сформулировано определение этого *понятия* как комплекса взаимосвязанных и взаимообусловленных мер по развитию и укреплению банковской системы Российской Федерации. Определены: *объект* «банкизации» – банковская система страны⁴, *цель* «банкизации», состоящая в таком развитии и укреплении банковской системы России, которая придает ей способность эффективно обеспечивать: повышение благосостояния населения; потребности национально ориентированного общества; экономический рост России⁵; *субъекты* «банкизации», ими являются: Президент РФ, Федеральное Собрание, Правительство РФ, Банк России, Сообщество кредитных организаций⁶.

В рамках обоснования идеи «банкизации России» проведен комплексный анализ правового обеспечения создания в стране условий, направленных на наращивание банковских вкладов, развитие банковского обслуживания в регионах путем преодоления кредитного дефицита, защиту интересов кредиторов, оптимизацию банковского надзора, упрощение процедуры реорганизации банков, развитие форм кредитования, совершенствование налогообложения банков, а также на повышение эффективности противодействия легализации преступных доходов, на улучшение ряда иных показателей состояния и деятельности кредитных организаций⁷.

¹ См.: *Тосуян Г.А.* Банковское дело и банковское законодательство России: опыт, проблемы, перспективы. М., 1995. С. 166–175.

² См.: *Тосуян Г.А.* Теория саморегулирования рынка. М., 2004. С. 271.

³ См.: *Тосуян Г.А.* Год великого перелома. Идея банкизации России от замысла до воплощения. М., 2007. С. 16.

⁴ См.: *Тосуян Г.А.* Банкизация России. Право. Экономика. Политика. М., 2008. С. 23.

⁵ См.: там же. С. 25–26.

⁶ См.: там же. С. 27–34.

⁷ См.: *Тосуян Г.А.* Год великого перелома. Идея банкизации России от замысла до воплощения; *он же.* Банкизация России. Право. Экономика. Политика.

Ведется поиск мер, способных повысить степень доверия населения к кредитным организациям и работа по правовому обеспечению этих мер. С этой целью по инициативе банковского сообщества, а также сектора финансового и банковского права ИГП РАН Институт социологии РАН проводит исследования по теме «Российские банки в глазах общественного мнения», результаты которых уже используются на практике¹.

Новым направлением развития теории банковского права стало выдвижение и обоснование идеи о необходимости и возможности стандартизации производных финансовых инструментов как ключевого элемента механизма повышения прозрачности финансовых операций, совершаемых на внебиржевом рынке производных финансовых инструментов (деривативов)² и минимизации системных рисков мировой финансовой системы. Недостаточная проработанность теоретико-правовых аспектов этих инструментов может и становится катализатором кризисов на финансовых рынках, что и произошло в 2008–2009 гг.

Банки являются основными участниками рынка производных финансовых инструментов (ПФИ), который в настоящее время переживает активный рост. За последние пять лет мировой рынок вырос в два раза (647,8 трлн долл. США).

Первая стандартная документация в Российской Федерации появилась в 2009 г. Были разработаны и опубликованы Генеральное соглашение и отдельные приложения к нему, содержащие стандартные формы, призванные регулировать сделки с товарными и кредитными ПФИ. По итогам исследований разрабатываются предложения о внесении соответствующих изменений в законодательство РФ. Эта работа продолжается. Она проводится сектором финансового и банковского права Института государства и права РАН совместно с Комитетом по развитию срочного рынка АРБ под руководством сотрудника сектора Ю.И. Кормоша. Текст Стандартной документации ежегодно обновляется в соответствии с замечаниями участников рынка и изменениями в законодательстве РФ,

¹ См.: Вестник Ассоциации российских банков. 2013. № 7 (апрель). С. 15.

² Существуют деривативы различных видов: товарные (на нефть и нефтепродукты; газ; металлы; уголь; сельхозпродукты; фрахт), на иностранные ценные бумаги (акции и облигации), кредитные.

согласуется с Федеральной службой по финансовым рынкам и публикуется¹.

Определенный вклад в теорию банковского права России внесен в ходе осмысления финансового кризиса 2008–2009 гг. и анализа предпринятых антикризисных мер и антикризисного законодательства, в том числе под углом зрения оценки степени их эффективности².

Этот анализ высветил слабые стороны, присущие банковской системе, банковскому законодательству России, и указал на потребность в разработке и реализации мер, направленных на их устранение.

Следует отметить, что анализ подтвердил выводы, которые были получены в ходе разработки теории банкизации России и опубликованы еще до начавшегося в стране кризиса³. Он сделал очевидной необходимость разработки правовых средств, стимулирующих: повышение капитализации банковской системы страны, расширение ее ресурсной базы, совершенствование системы рефинансирования банков, вовлечение средств населения в банковский оборот, в том числе путем повышения доверия к банкам и банковским депозитам, укрепление прав кредиторов, в том числе банков как кредиторов, расширение масштабов и форм кредитования, развитие банковского обслуживания в регионах, поиск в стране источников долгосрочных банковских ресурсов, улучшение качества управления в банках, а также строгое соблюдение ими антимонопольного законодательства на рынке финансовых и банковских услуг. Успешное решение этих проблем, как показывает практика, во многом зависит от совершенствования в стране денежно-кредитной политики и банковского надзора.

Анализ антикризисных мер, предпринятых в 2008–2009 гг., выявил также наличие прямой зависимости степени эффективности

¹ См.: Стандартная документация для срочных сделок на финансовых рынках / Соработчик и сост. Ю.И. Кормош. М., 2009.

² См.: *Госунян Г.А., Викулин А.Ю.* Общий комментарий к антикризисному законодательству России // Труды ИГП РАН. 2010. № 4; *Фролова Е.Е.* Комплексное антикризисное управление российским банковским сектором как важнейший инструмент экономического регулирования страны. Иркутск, 2010; *Экмаян А.М.* Антикризисные меры и принципы банковского права // Труды ИГП РАН.- 2012. № 6.

³ См.: *Госунян Г.А.* Год великого перелома. Идея банкизации России от замысла до воплощения; *он же.* Банкизация России. Право. Экономика. Политика.

этих мер от степени их соответствия принципам банковского права России. Этот факт позволяет сделать вывод, что по степени соответствия проекта нормативного правового акта, направленного на регулирование общественных отношений в сфере деятельности кредитных организаций, требованиям принципов банковского права, особенно требованию гармонизации интересов всех сторон банковских правоотношений, позволяет с высокой долей вероятности предвидеть характер, направление и степень эффективности воздействия этого акта на деятельность кредитных организаций¹.

Теоретическое обоснование банковского права в качестве относительно самостоятельной отрасли права позволило сформировать целостное представление о банковском праве России, систематизировать имеющийся научный материал и разработать на этой базе целостный курс соответствующей учебной дисциплины. Это дало возможность перейти от разрозненного преподавания отдельных банковско-правовых вопросов в рамках различных учебных дисциплин в юридических и экономических вузах страны к преподаванию банковского права в качестве самостоятельной учебной дисциплины, что отвечает потребностям качественного обновления системы высшего юридического образования в России, приведения этой системы в соответствие с потребностями коренного реформирования экономики и права страны².

В 1995 г. по решению ученого совета Академии народного хозяйства при Правительстве РФ Г.А. Тосунян начал в порядке эксперимента преподавать банковское право как самостоятельную учебную дисциплину, по итогам которого в 1997 г. на юридическом факультете Академии впервые в стране была введена специализация «Юрист в банке» и создана первая в России специализированная кафедра банковского права, которую он возглавляет по настоящее время. К этому времени уже были публикации, по которым студенты могли изучать банковское право России³.

¹ См.: *Экмялян А.М.* Антикризисные меры и принципы банковского права // Труды ИГП РАН. 2012. № 6. С. 89.

² См.: *Тосунян Г.А.* К новой концепции юридического образования финансовых работников М., 1996.

³ См., например: *Тосунян Г.А.* Банк для клиента. М., 1993; *он же.* Правовое регулирование организации и деятельности банковской системы РФ в условиях рыночной экономики (исходные принципы). М., 1994; *Ефимова Л.Г.* Банковское право: Учеб.-практич. пособие. М., 1994; *Олейник О.М.* Основы банковского права. Курс лекций. М., 1997.

В 1999 г. под руководством Г.А. Тосуняна и с его участием в ИГП РАН был подготовлен первый в стране трехтомный академический курс «Банковское право Российской Федерации» (М., 1999–2002). В настоящее время во многих ведущих вузах страны введена специализация «Юрист в банке» и созданы кафедры банковского права, а также опубликован ряд учебников по банковскому праву¹.

Подготовка этого учебно-методического материала высветила имеющиеся недостатки в правовых основах институционализации кредитных организаций. В связи с этим, а также ввиду многочисленных изменений, внесенных в соответствующие нормативные правовые акты, потребовались новые исследования теоретико-правовых аспектов создания, реорганизации, ликвидации и банкротства кредитных организаций. Результаты этих исследований также способствовали развитию теории банковского права².

¹ См., например: *Белов В.В.* Банковское право России. Теория, законодательство, практика. М., 2000; *Братко А.Г.* Указ. соч.; *Олейник О.М.* Основы банковского права. Курс лекций. М., 2005; *Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Хоменко Е.Г.* Банковское право. М., 2007; *Грачева Е.Ю.* Банковское право Российской Федерации: Учеб. пособие. М., 2008; *Ефимова Л.Г.* Банковское право. Т. 1. Банковская система Российской Федерации; *Ашмарина Е.М., Гизатуллин Ф.К., Ручкина Г.Ф.* Указ. соч.

² См.: *Экмялян А.М.* Правовые основы создания, реорганизации и ликвидации кредитных организаций // Банковское право РФ. Особенная часть. Т. 1 / Руковод. авт. кол. и ответ. ред. Г.А. Тосунян. М., 2001. С. 47–104; *он же.* Реорганизация кредитных организаций по российскому законодательству. М., 2011; *Экмялян А.М., Фролова Е.Е.* Создание кредитных организаций по российскому законодательству. М., 2008; *Тосунян Г.А., Викулин А.Ю.* Несостоятельность (банкротство) кредитных организаций. М., 2002.

Глава 6. Налоговое право

Во времена социализма, когда государство владело большим объемом собственности и обладало существенными экономическими возможностями, одновременно ограничивая предпринимательскую деятельность и частную собственность, была распространена точка зрения, согласно которой доходы от государственного хозяйства по своей природе не могут выступать в качестве налоговых, независимо от формы платежей в бюджет и методов их взимания, поскольку при их уплате не происходит смены формы собственности¹.

После развала СССР Российская Федерация, провозгласившая одним из конституционных принципов свободу предпринимательской деятельности, не имеет существенных доходов от использования государственной собственности. Они по-прежнему поступают в бюджет, но уже не составляют значительной его части, а государство принимает нормативные правовые акты, в соответствии с которыми обязанности по формированию государственных доходов возлагаются на лиц, находящихся под его юрисдикцией, за счет их собственности.

В конце 1991 г. в России были приняты законы, регламентирующие общие вопросы налогообложения, а также законы, которыми были введены почти все известные в мировой практике налоги. Так, до сих пор сохраняют силу положения законов РФ от 9 декабря 1991 г. № 2003-1 «О налогах на имущество физических лиц»² и от 21 марта 1991 г. № 943-1 «О налоговых органах Российской Федерации»³.

С принятием Конституции РФ проблемы правового регулирования налогообложения приобретают важное конституционное значение. Уплата налогов становится необходимым условием существования государства. В сфере правового регулирования налогообложения, с одной стороны, затрагиваются жизненно важные интересы государства, заинтересованного в пополнении бюджета, с

¹ См.: Советское финансовое право: Учебник / Под. ред. Л.К. Вороновой, Н.И. Химичевой. М., 1987. С. 221.

² Ведомости РФ. 1992. № 8. Ст. 362.

³ Ведомости РФ. 1991. № 15. Ст. 492.

другой – конституционные права отдельных граждан и организаций, принуждаемых государством к отчуждению части своей собственности в бюджет в виде уплаты налога, что находит отражение в нормах Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ). Ранее действовавшие законы, регламентирующие правовой режим различных видов налогов, как правило, признавались утратившими силу с момента введения соответствующей главы части второй НК РФ. В настоящее время кодификация налогового законодательства еще не закончена, так как не все налоги и сборы, указанные в числе таковых в ст. 13–15 НК РФ, урегулированы на федеральном уровне (продолжает, например, действовать Закон «О налогах на имущество физических лиц»).

С момента введения в действие части первой и второй НК РФ в него многократно вносились изменения, что само по себе не снимает проблемы его дальнейшего совершенствования, скорее наоборот, неточные формулировки норм, постоянно вызывающие споры между налоговыми органами и налогоплательщиками, часто становятся основанием для уточнения соответствия положений, закрепленных в Кодексе, конституционным принципам. Соответственно отрасль налогового права, которую можно определить как систему норм права, регулирующих общественные отношения по уплате налогов и сборов, а также связанные с ними отношения, условно разделяется на подотрасли и институты по определенному критерию. Таким критерием в налоговом праве, как и в НК РФ, являются урегулированные единые для всех налогов и связанные с налогообложением в целом принципы налогообложения и специфика регламентации конкретных видов налогов. В связи с этим выделяются:

общая часть налогового права. Она включает нормы, применимые в любых налоговых правоотношениях: установление и введение налогов (в ч. 3 ст. 104 Конституции РФ закреплены особые требования, предъявляемые к так называемым финансовым законопроектам: они должны быть предварительно направлены в Правительство РФ и только при наличии его заключения рассматриваются Государственной Думой); определение налога (ст. 8 НК РФ) и элементов юридического состава налогов (ст. 17); система налогов (ст. 13, 14, 15); налоговый контроль (гл. 14); принудительное взыскание налогов (ст. 46–48); ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах (гл. 15, 16, 18) и др.;

особенная часть налогового права. В нее включены нормы, регулирующие отношения, связанные с исчислением и уплатой конкретных налогов.

Одновременно с налоговым правом формируется бюджетное право, поскольку налоговые платежи служат важнейшим инструментом пополнения доходов государства и муниципальных образований. Законодательство предусматривает налоговые доходы в составе доходов бюджетов. В соответствии со ст. 41 Бюджетного кодекса РФ к налоговым доходам бюджетов относятся установленные налоговым законодательством федеральные, региональные и местные налоги и сборы, а также пени и штрафы. Это обуславливает тесную взаимосвязь налоговых и бюджетных правоотношений. Налоговые отношения, т.е. отношения, возникающие в связи с установлением, введением, взиманием налоговых платежей, проведением налогового контроля, следует рассматривать как предпосылку бюджетных правоотношений, определяющих формирование бюджета. В то же время бюджетные правоотношения, связанные, например, с распределением налоговых доходов между различными уровнями бюджетной системы РФ: федеральным бюджетом, бюджетом субъектов РФ, местными бюджетами, использованием различных форм аккумулированных ресурсов – не могут не оказывать обратного влияния на формирование и развитие налоговых правоотношений.

Конституционный Суд РФ в п. 4 постановления от 23 декабря 1997 г. № 21-П¹ указал, что «налоги – важнейший источник доходов бюджета, за счет которого должны обеспечиваться соблюдение и защита прав и свобод граждан, а также реализация социальной функции государства. Без поступлений в бюджет налоговых платежей невозможно финансирование предприятий, выполняющих государственный заказ, учреждений здравоохранения, армии, правоохранительных органов, а следовательно, также выплата заработной платы работникам бюджетной сферы».

Следует отметить, что и налоговое, и бюджетное законодательство – самые динамичные и часто изменяющиеся области законодательства. Стабилизация этих отраслей практически невозможна, поскольку динамизм, присущий как налоговому, так и бюджетному законодательству РФ, запрограммирован в Конститу-

¹ СЗ РФ. 1997. № 52. Ст. 5930.

ции РФ, которая относит к полномочиям Правительства РФ проведение единой финансовой политики. Только Правительство РФ, исходя из совокупности экономических, социальных факторов, интересов бюджета, инновационных интересов, интересов модернизации страны, повышения ее инвестиционной привлекательности, инициирует и проводит экспертизу изменений, которые вносятся в действующее налоговое и бюджетное законодательство.

Финансовая политика приобретает правовые формы в результате законотворческой деятельности, но и судебная власть также определяет и реализует финансовую политику, а когда необходимо, то и корректирует ее проведение. Это отчетливо проявляется на примере деятельности высших судебных инстанций, в том числе Конституционного Суда РФ.

Особую роль в формировании налогового права РФ сыграли принципы, закрепленные в п. «з» ч. 1 ст. 71, п. «и» ч. 1 ст. 72 и ч. 3 ст. 75 Конституции РФ. В соответствии с данными статьями Российская Федерация реализует свой суверенитет, что следует из ст. 71, 72 Конституции РФ, которые относят к ведению Российской Федерации федеральные налоги и сборы, а к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов – установление общих принципов налогообложения и сборов в Российской Федерации. Необходимость признания именно Российской Федерации в целом субъектом этих правоотношений предопределяется политико-юридической ответственностью государства перед народом, которая может быть реализована непосредственно на политическом уровне, а также через обращение соответствующих субъектов в Конституционный Суд РФ (примером может служить постановление Конституционного Суда РФ от 24 октября 1996 г. № 17-П¹. Конституционные принципы законодательства о налогах и сборах, по мнению ряда авторов, – «это смежный институт конституционного и финансового права»². До принятия НК РФ юридическое содержание общих принципов налогообложения и сборов определял Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации». В постановлении Конституционного Суда РФ от 21 марта 1997 г. № 5-П³ обращено внимание на

¹ СЗ РФ. 1996. № 45. Ст. 5202.

² Комментарий к Налоговому кодексу Российской Федерации / Под ред. Б.Н. Топорнина, Г.А. Гаджиева, Р.Ф. Захаровой. М., 2005. С. 56.

³ СЗ РФ. 1997. № 13. Ст. 1602.

двойственную природу общих принципов налогообложения и сборов, которые хотя и относятся к сфере совместного ведения и должны устанавливаться законодателем в федеральном законе, в определенной части предопределяются положениями Конституции РФ и находятся в ведении Российской Федерации (п. «а» ст. 71). Таким образом, в отличие от других общих принципов налогообложения и сборов, формулирование которых относится к сфере совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, конституционные принципы налогообложения находятся в ведении только Российской Федерации.

Вместе с тем неоднозначное понимание вызывает провозглашенная в ч. 1 ст. 132 Конституции РФ самостоятельность органов местного самоуправления при установлении местных налогов и сборов. По мнению некоторых авторов, «из этого следует, что представительные органы вправе установить любые виды местных налогов, сборов, даже тех, которые не предусмотрены налоговым законодательством Российской Федерации»¹. Однако федеральное законодательство, ст. 15 НК РФ содержит закрытый перечень местных налогов, а в п. 6 ст. 12 НК РФ закреплено, что не могут устанавливаться федеральные, региональные или местные налоги и сборы, не предусмотренные Кодексом. Правовая позиция Конституционного Суда РФ по данному вопросу была высказана еще в 1988 г.: «...Органы местного самоуправления не вправе устанавливать дополнительные налоги и сборы, не предусмотренные федеральным законом. Иное понимание смысла, содержащегося в ст. 132 (ч. 1) Конституции Российской Федерации понятия «установление местных налогов и сборов» противоречило бы действительному содержанию Конституции Российской Федерации»².

Таким образом, Конституционный Суд РФ еще до принятия НК РФ обосновал многие принципы налогообложения, которые впоследствии нашли отражение в законодательстве о налогах и сборах.

В соответствии с положениями ч. 3 ст. 75 Конституции РФ система налогов и сборов, взимаемых в федеральный бюджет, и общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации

¹ *Постовой Н.В.* Правовое регулирование основ и компетенции местного самоуправления в России. М., 1999. С. 124.

² Определение Конституционного Суда РФ от 5 февраля 1998 г. № 22-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. № 3.

устанавливаются федеральным законом. «Следовательно, иными нормативными актами общие принципы налогообложения и сборов устанавливаться не могут»¹. Таким законом является НК РФ.

Конституционные принципы о налогах и сборах получили развитие в НК РФ:

Так, принцип законного установления налогов и сборов означает, что ни один налог не может устанавливаться и взиматься иначе, как в силу закона. Установление налогов только путем принятия законов законодательными (представительными) органами власти гарантируется ч. 1 ст. 1 Конституции РФ. Основой данного принципа является воспроизведенная в п. 1 ст. 3 НК РФ норма ст. 57 Конституции РФ, предусматривающая обязанность каждого платить только законно установленные налоги и сборы, а также закрепляющая конституционный принцип законодательного оформления публичных платежей, в силу которого все финансовые ресурсы государства, связанные с вмешательством в сферу частной собственности, подлежат обязательному законодательному оформлению. Согласно разъяснениям Конституционного Суда РФ и исходя из смысла ст. 57 Конституции РФ, требование законно установленного налога и сбора относится не только к форме, процедуре принятия и содержанию соответствующего законодательного акта, но и к порядку введения его в действие. По общему правилу, установленному в п. 1 ст. 5 НК РФ, все акты законодательства о налогах и сборах вступают в силу не ранее чем по истечении одного месяца со дня их официального опубликования. При этом налоговое законодательство не связывает процедуру порядка вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах с нормами других нормативных актов федерального законодательства (например, порядок вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах не зависит от внесения изменений в федеральный закон о бюджете на соответствующий период). Согласно п. 5 ст. 3 НК РФ «ни на кого не может быть возложена обязанность уплачивать налоги и сборы, а также иные взносы и платежи, обладающие установленными настоящим Кодексом признаками налогов или сборов, не предусмотренные настоящим Кодексом либо установленные в ином порядке, чем это определено настоящим Кодексом».

¹ См.: *Захарова Р.Ф.* Основные принципы налогообложения в Российской Федерации // Правовое регулирование налогообложения в Российской Федерации / Отв. ред. Н.Ю. Хаманева. М., 2011. С. 11.

Это означает, что только на основе закона в силу его определенности, стабильности, особого порядка принятия налогоплательщику могут быть предоставлены достоверные данные для исполнения им налоговой обязанности. Конституционное требование об установлении налогов и сборов исключительно в законодательном порядке является одним из принципов правового демократического государства, нацеленных на гарантирование прав и законных интересов налогоплательщиков и защиту их от произвола и несанкционированного вмешательства исполнительной власти.

На территории РФ могут взиматься только законно установленные налоги и сборы, а значит, предусмотренные основным актом законодательства о налогах и сборах, – НК РФ, исчерпывающе формулирующим все элементы налогообложения. Перечень налогов и сборов, взимаемых на территории РФ, закреплён в ст. 13–15 НК РФ. В соответствии с п. 6 ст. 12 НК РФ не могут устанавливаться федеральные, региональные или местные налоги и сборы, не предусмотренные Кодексом.

Конституционным Судом РФ рассмотрен ряд актов, вводящих взимание налоговых платежей, не предусмотренных основным актом законодательства о налогах и сборах. Например, Суд отметил, что установленный ст. 2 Закона Московской области от 5 июля 1996 г. «О сборе на компенсацию затрат бюджета Московской области по развитию инфраструктуры городов и других населенных пунктов области и обеспечению социально-бытовыми условиями граждан, прибывающих в Московскую область на постоянное жительство» данный сбор не предусмотрен в перечне налогов и сборов, которые могут вводить субъекты РФ согласно налоговому законодательству. Постановлением Конституционного Суда РФ от 2 июля 1997 г. № 10-П¹ взимание такого налогового платежа было признано неконституционным.

Следовательно, правовым основанием взимания налогового платежа служит соответствующая правовая норма в законодательном акте, который может быть принят законодательным органом (на федеральном уровне – Федеральным Собранием РФ). Установление налоговых платежей Правительством РФ, являющимся исполнительным органом, считается незаконным². Сложность воз-

¹ СЗ РФ. 1997. № 27. Ст. 3304.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 1997 г. № 3-П // СЗ РФ. 1997. № 8. Ст. 1010.

никает, когда установление, например, налоговых сборов хотя и не было законным, но соответствующие платежи уже были заложены в доходную часть бюджета. В таком случае немедленное признание оспариваемого постановления Правительства РФ утратившим силу может повлечь неисполнение федерального бюджета в полном объеме и привести к нарушению ряда конституционных прав и свобод граждан.

Установить налог можно путем прямого перечисления в законе существенных элементов налогового обязательства, при этом законодатель обязан соблюдать положения Конституции РФ, относящиеся к признанию и гарантиям прав и свобод человека и гражданина, что прямо предусмотрено в ряде постановлений Конституционного Суда РФ¹. Только при соблюдении указанных условий на налогоплательщика может быть возложена закрепленная ст. 57 Конституции РФ обязанность и ответственность за ее неисполнение. Так федеральные налоги и сборы считаются законно установленными, если они закреплены федеральным законом с соблюдением предусмотренной Конституцией РФ законодательной процедуры, и введены в действие в соответствии с действующим законодательством.

В определении Конституционного Суда РФ от 22 ноября 2012 г. № 2155-О² отмечается, что согласно ст. 57 Конституции РФ каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы. По смыслу данного конституционного положения, рассматриваемого во взаимосвязи с положениями ст. 1 (ч. 1), 19 (ч. 1 и 2) и 55 (ч. 3) Конституции РФ, федеральный законодатель при осуществлении налогового регулирования и установлении общих принципов налогообложения и взимания сборов связан требованиями обеспечения конституционных принципов равенства, справедливости и соразмерности в сфере налоговых отношений и вместе с тем располагает достаточной свободой усмотрения при введении конкретных налогов и сборов: он самостоятельно определяет параметры основных элементов налога и сбора, в том числе состав налогоплательщиков (плательщиков сборов) и объекты обложения, порядок ис-

¹ См., например, постановления Конституционного Суда РФ от 28 марта 2000 г. № 5-П // СЗ РФ. 2000. № 14. Ст. 1533; от 20 февраля 2001 г. № 3-П // СЗ РФ. 2001. № 10. Ст. 996.

² СПС «КонсультантПлюс».

числения налога и сбора, а также основания и порядок освобождения от налогообложения (обложения сбором).

Принцип всеобщности налогообложения означает, что налоги и сборы, установленные действующим законодательством, применяются одинаково в отношении всех налогоплательщиков и плательщиков сборов вне зависимости от социальных, расовых, национальных, религиозных и иных подобных критериев.

Все равны перед законом и судом – гласит ч. 1 ст. 19 Конституции РФ. Каждый гражданин РФ обладает на ее территории всеми правами и свободами и несет равные обязанности, предусмотренные Конституцией РФ. В области налогообложения эти конституционные нормы выражаются в требовании не допускать установления налогов, а также повышения их ставок в зависимости от форм собственности, организационно-правовой формы предпринимательской деятельности, местонахождения налогоплательщика и иных носящих дискриминационный характер оснований.

Принцип равноправия в налоговой сфере не тождествен принципам юридического равенства всех перед законом, поскольку одним из требований, вытекающих из принципа равноправия, является всеобщность налогообложения, которая означает, что каждый член общества обязан участвовать в уплате налогов наравне с другими. В соответствии со ст. 57 Конституции РФ каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы. В основе принципа законности налогообложения лежит воспроизведенная в п. 1 ст. 3 НК РФ норма ст. 57, где получил закрепление принцип законодательного оформления публичных платежей. В силу этого все финансовые ресурсы государства, связанные с вмешательством в сферу частной собственности, подлежат обязательному законодательному оформлению. В свою очередь законодательные органы «в целях реализации конституционной обязанности граждан платить законно установленные налоги и сборы должны обеспечивать, чтобы законы о налогах были конкретными и понятными. Неопределенность норм в законах о налогах может привести к не согласующемуся с принципом правового государства (статья 1, часть 1, Конституции Российской Федерации) произволу государственных органов и должностных лиц в их отношениях с налогоплательщи-

ками и нарушению равенства граждан перед законом (статья 19, часть 1, Конституции Российской Федерации)»¹.

Принцип справедливого налогообложения и соразмерности означает необходимость учета фактической способности к уплате налога, исходя из правовых принципов справедливости и соразмерности. Следует отметить, что налогообложение всегда предполагает определенные ограничения права собственности, закрепленного в ст. 35 Конституции РФ. В связи с этим на законы субъектов РФ о налогах и сборах в полной мере распространяется положение ч. 3 ст. 55 Конституции РФ о том, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом лишь в той мере, в какой это соответствует определенным конституционно значимым целям, т.е. пропорционально и соразмерно им. Налогообложение, парализующее реализацию гражданами их конституционных прав, должно быть признано несоразмерным.

Принцип единства налоговой политики тесно связан с конституционным принципом федерализма. Конституционный Суд РФ в постановлении от 4 апреля 1996 г. № 9-П² указал, что субъекты РФ не вправе определять налоговые изъятия произвольно, в нарушение принципов, закрепленных Конституцией РФ. Установление налогов и сборов в отсутствие каких-либо ограничений противоречило бы провозглашенным в ст. 7 Конституции РФ целям социального государства, политика которого должна быть направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Недопустимость закрепления законами субъектов РФ произвольных налоговых изъятий вытекает из принципа единой финансовой, в том числе налоговой политики, закрепленного в п. «б» ч. 1 ст. 114 Конституции РФ.

Принцип недопустимости придания обратной силы законам, устанавливающим новые налоги или ухудшающим положение налогоплательщиков, призван обеспечить устойчивость в отношениях по налогообложению, придать уверенность налогоплательщикам в стабильности их правового и экономического положения. Статья 57 Конституции РФ, возлагая на граждан одну из важнейших конституционных обязанностей – обязанность платить законоустановленные налоги – вместе с тем гарантирует им защиту в

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 октября 1997 г. № 13-П // СЗ РФ. 1997. № 42. Ст. 4901.

² СЗ РФ. 1996. № 16. Ст. 1909.

тех случаях, когда налоги не являются законно установленными либо когда законом устанавливаются новые налоги или ухудшающим положение налогоплательщиков придана обратная сила.

При определении круга отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах, законодательные органы должны учитывать данный принцип, выводимый из положений ст. 114 Конституции РФ. Законодательные органы субъектов РФ, органы местного самоуправления не могут в силу этого принципа исходить из иных представлений о круге правоотношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах.

Властный характер отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах, обусловлен тем, что их целью является достижение публичных интересов.

Необходимо отметить, что в Российской Федерации в соответствии с ее территориальным устройством еще до принятия первой части НК РФ сформировались следующие виды налоговых отчислений: федеральные налоги и сборы, региональные налоги и сборы и местные налоги и сборы. Эта классификация нашла свое отражение и в нормах НК РФ. При этом процедура установления налогов и сборов применительно к субъектам РФ и представительным органам муниципальных образований отличается от юридически установленного общепринятого порядка. Как указал Конституционный Суд РФ в постановлении от 30 января 2001 г. № 2-П¹, установление налогов и сборов органами государственной власти субъектов РФ должно осуществляться в соответствии с имеющей прямое действие Конституцией РФ и общими принципами налогообложения и сборов, содержащимися в федеральном законе. При этом право субъектов РФ на установление налогов всегда носит произвольный характер, поскольку они связаны этими общими принципами.

Определение в федеральном законе перечня региональных и местных налогов и сборов, круга налогоплательщиков, а также существенных элементов каждого регионального и местного налога (в том числе объекта налогообложения, налоговой базы, предельной ставки налога) призвано защитить участников налоговых правоотношений от излишнего обременения налогоплательщиков обязанностями по уплате налогов, устанавливаемыми законами

¹ СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 701.

субъектов РФ о региональных налогах; от формирования доходной части бюджетов одних субъектов РФ за счет других; от нарушений конституционных положений о единстве экономического пространства, равенстве прав человека и гражданина, свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств (ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 19, ст. 74 Конституции РФ).

Необходимость определения общих условий установления налогов и сборов основана на закреплённом в составе основных начал законодательства о налогах и сборах в ст. 3 НК РФ требовании соблюдения принципа законности налогообложения. Конституционный Суд РФ в постановлении от 11 ноября 1997 г. № 16-П¹ обратил внимание законодателя и участников налоговых отношений на то, что при установлении налога или сбора недостаточно дать им названия, необходимо определить в законе существенные элементы налоговых обязательств. К элементам налогообложения законодатель относит: объект налогообложения; налоговую базу; налоговую ставку; налоговый период; порядок исчисления налога; порядок и сроки уплаты налога. Налоговые льготы и основания для их использования налогоплательщиком, предусмотренные ст. 17 НК РФ, не признаются в качестве основного элемента налогообложения.

В ряде решений Конституционного Суда РФ указывалось, что освобождение от уплаты налогов по своей природе – льгота, являющаяся исключением из вытекающих из Конституции РФ (ст. 19 и 57) принципов всеобщности и равенства налогообложения, в силу которых каждый обязан платить законно установленный налог с соответствующего объекта налогообложения. Отказывая в принятии к рассмотрению жалобы заявителя, по мнению которого необоснованно ограничивалось право на применение льготы по транспортному налогу в зависимости от мощности двигателя автомобиля, что не позволяет инвалидам-чернобыльцам, имеющим легковые автомобили с большей, чем предусмотрено данной нормой, мощностью двигателя, воспользоваться этой льготой, Конституционный Суд РФ указал, что льгота «адресована определенной категории налогоплательщиков, и ее установление относится к исключительной прерогативе законодателя. Именно законодатель вправе определять (сужать или расширять) круг лиц, на которых распро-

¹ СЗ РФ. 1997. № 46. Ст. 5339.

страняются налоговые льготы. Льготы по налогу и основания для их использования налогоплательщиком могут предусматриваться в актах законодательства о налогах и сборах лишь в необходимых, по мнению законодателя, случаях, и, поскольку установление льгот не является обязательным, их отсутствие при определении существенных элементов налога не влияет на оценку законности его установления...»¹.

Завершая правовой анализ ряда принципов налогового права, нельзя не отметить, что НК РФ не содержит отдельных норм, устанавливающих принципы проведения налогового контроля. Сталкиваясь с неясностями законодательства либо давая толкование сложной юридической проблемы, налоговый орган, как правило, обращается к общеправовым принципам и основным началам законодательства о налогах и сборах, закрепленных в ст. 3 НК РФ.

Отсутствие законодательно закрепленных принципов налогового контроля может создавать возможности злоупотребления правом в правоприменительной практике.

Сравнивая положения КоАП РФ, которые в части норм контроля можно считать наиболее близкими к содержанию норм налогового контроля, с положениями НК РФ, следует констатировать, что в КоАП РФ установлены принципы государственно-властных отношений в области государственного контроля. В частности, предусмотрена возможность заявлять отвод должностному лицу, которое рассматривает дело об административном правонарушении (ст. 25.13, 29.2, 29.3). При рассмотрении дела об административном правонарушении обязательно составление протокола (ст. 29.8).

Подобные положения отсутствуют в НК РФ, а правовые гарантии налогоплательщиком могут использоваться в процессе гражданского или арбитражного судопроизводства.

Законодательное закрепление принципов налогового контроля повысило бы правовую защищенность налогоплательщика от неправомерного столкновения налоговым органом конкретных правил налогового контроля.

Конституционный Суд РФ в определении от 12 июля 2006 г. № 267-О² восполнил пробел в законодательстве РФ о налогах и сборах, указав, что не только при выездной, но и при камеральной

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1508-О // СПС «КонсультантПлюс».

² СЗ РФ 2006. № 43. Ст. 4529.

налоговой проверке налогоплательщику должно быть обеспечено право представлять свои возражения относительно выявленных налоговым органом нарушений до вынесения решения о привлечении его к ответственности.

Данная правовая позиция была воспринята законодателем в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ «О внесении изменений в часть первую и часть вторую и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования»¹.

Таким образом, формируется принцип активного участия налогоплательщика в налоговом контроле. Содержание этого принципа заключается в обеспечении налогоплательщику права до вынесения решения представлять налоговому органу свои возражения, доводы, доказательства. Действие принципа распространяется на все формы налогового контроля.

Расширение полномочий налоговых органов требует внесения изменений в порядок проведения налогового контроля и рассмотрения материалов налоговой проверки.

Согласно ст. 2 НК РФ законодательство о налогах и сборах регулирует отношения по установлению, введению и взиманию налогов и сборов в Российской Федерации, а также отношения, возникающие в процессе осуществления налогового контроля, обжалования актов налоговых органов, действий (бездействия) их должностных лиц и привлечения к ответственности за совершение налогового правонарушения. Эти отношения относятся к предмету регулирования налогового права и признаются налоговыми правоотношениями.

Необходимо отметить, что в теории права и финансово-правовой науке нет единства мнений относительно того, что следует понимать под термином «правоотношение». Налоговые правоотношения чаще всего характеризуются в разрезе правоотношений финансовых. В современной теории финансового права и в литературе наличие существенных особенностей общественных отношений в сфере налогообложения при рассмотрении финансовых правоотношений отмечают О.Н. Горбунова, Г.В. Петрова, Н.И. Химичева и другие авторы.

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3436.

При этом налоговые правоотношения, как правило, определяются как вид финансовых правоотношений, урегулированных нормами налогового права. Например, О.Н. Горбунова выделяет налоговые правоотношения среди видов финансовых правоотношений, наравне с бюджетными отношениями, «отношениями в области страхования, кредита (государственного и банковского), регулируемых финансовым правом расчетов, финансовыми правоотношениями по поводу регулирования денежного обращения и валютного законодательства»¹.

Другие авторы (Е.Ю. Грачева, И.И. Кучеров, Н.И. Химичева) также определяют налоговое правоотношение как вид финансового отношения, урегулированного нормами налогового права².

Таким образом, большинство исследователей, признающих налоговое право подотраслью финансового права, считают, что налоговое правоотношение представляет собой один из видов финансового правоотношения. Сторонники отраслевой самостоятельности налогового права, как правило, придерживаются других позиций. Однако единого непротиворечивого определения исследуемого понятия финансово-правовой наукой так и не выработано.

Представляется, что особенность налоговых правоотношений состоит в тесном переплетении в них публичного и частного интересов, высокой доле экономико-финансовых параметров, реализации их как управленческой функции государства, а также «зависимости их от состояния всей финансово-экономической системы государства и ее места в мировом хозяйстве»³.

Налоговым правоотношениям присуща определенная специфика, определяемая особенностями правового регулирования. К специфике налоговых правоотношений можно отнести их публично-правовой характер, который заключается в том, что эти правоотношения независимо от их вида в конечном итоге направлены на решение главной задачи взимания налогов и сборов – обеспече-

¹ См.: *Горбунова О.Н.* Финансовые правоотношения // Финансовое право. 2-изд. М., 2000. С. 46–47.

² См.: *Грачева Е.Ю.* Налоговые правоотношения // Там же. С. 290–291; *Химичева Н.И.* Финансовые правоотношения, их особенности и виды // Там же. 2001. С. 60–62; *Кучеров И.И.* Налоговое право. Курс лекций. М., 2001. С. 87.

³ См.: *Петрова Г.В.* Современные проблемы развития теории и практики правового регулирования налогообложения и финансовой деятельности государства // Журнал российское право. 2002. № 8.

ние государства финансовыми ресурсами, необходимыми для реализации его функций, т.е., как полагает М.Ю. Орлов, публичность налоговых отношений заключается еще и в организации процесса централизации финансовых ресурсов¹.

Вместе с тем Конституционный Суд РФ занимает несколько иную позицию относительно публично-правовой сущности налоговых правоотношений. Так, в постановлении от 17 декабря 1996 г. № 20-П² Суд указал, что «налог – необходимое условие существования государства, поэтому обязанность платить налоги, закрепленная в статье 57 Конституции Российской Федерации, распространяется на всех налогоплательщиков в качестве безусловного требования государства..... в этой обязанности воплощен публичный интерес всех членов общества. Поэтому государство вправе и обязано принимать меры по регулированию налоговых правоотношений в целях защиты прав и законных интересов не только налогоплательщиков, но и других членов общества».

Таким образом, публичность налоговых правоотношений должна заключаться в необходимости существования такой системы налогообложения, которая удовлетворяла бы не только государство, но и общество. Именно поэтому состояние налоговой системы любого государства может служить своеобразным индикатором того, насколько власть этого государства относится к праву собственности и иным неотъемлемым правам человека и гражданина.

Однако позже в правоприменительной практике начинает происходить трансформация принципа публичности налоговых правоотношений. Взимание налогов в защиту публичных интересов, т.е. в пользу всего общества, подменяется тезисом взимания налогов в пользу государства как такового. В то же время Конституционный Суд РФ в постановлении от 16 июля 2004 г. № 14-П³ констатировал, что налоги, имеющие публичное предназначение, являются необходимой экономической основой существования и деятельности государства, условием реализации им указанных

¹ См.: Орлов М.Ю. Правовая позиция Конституционного Суда РФ о добросовестности налогоплательщика не может быть включена в налоговое законодательство // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2004 года. М., 2006. С. 95.

² СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 197.

³ СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3214.

публичных функций, а обязанность платить законно установленные налоги и сборы распространяется на всех налогоплательщиков в качестве непосредственного требования ст. 57 Конституции РФ.

К сожалению, подобная трактовка принципа публичности налоговых правоотношений становится доминирующей не только в налоговых органах, но и в органах внутренних дел, а также в судах. Публичность обязанности уплаты налога уже не связывается с требованием соблюдения интересов всех членов общества, включая налогоплательщиков, но определяется как безусловное право государства истребовать налоги без какой-либо обязанности государства обеспечить благоприятные условия для исполнения этой обязанности, а реализация принципа публичности налоговых правоотношений рассматривается не в целях обеспечения баланса между публичными (общественными) и частными интересами, а в целях обеспечения баланса государственных и частных интересов, таким образом, публичные интересы подменяются интересами государства.

Правовые последствия такой подмены могут быть неоднозначными. И если государственные интересы ставятся превыше всего, следовательно, цель может оправдывать любые средства, позволяющие обеспечить доходную часть бюджета.

Принцип публичности налоговых правоотношений как необходимость следовать интересам государства может толковаться с учетом наличия у органов власти субъективных прав в налоговых отношениях при отсутствии юридических обязанностей.

Положения п. 7 ст. 3 НК РФ, в соответствии с которыми все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов), все реже принимаются во внимание судами, зато все чаще при рассмотрении налоговых споров возникают дискуссии о том, насколько вынесенное судом решение в пользу того или иного участника спора влияет на доходы бюджета.

Специфика налогового законодательства как законодательства, самым непосредственным образом ограничивающим право собственности лица, требует, чтобы язык законов не только, как отмечает А.А. Исаев, был «точен, удобопонятен, дабы не вызывать недоразумений»¹, но и сводил к минимуму толкование нормы. По-

¹ Исаев А.А. Очерк теории и политики налогов. М., 2004. С. 158.

требность в толковании неясности и разрешении противоречий свидетельствует о том, что нормы законодательства о налогах и сборах не идеальны и возможно злоупотребление правом со стороны как налоговых органов, так и налогоплательщиков.

Теория налогового права в современной России развивается очень быстро. Важную роль в этом процессе играет Конституционный Суд РФ. Его влияние на финансово-правовую мысль неоднозначно. С одной стороны, многие его решения поддерживаются финансово-правовой наукой и становятся для нее прямым источником. Правовые позиции Конституционного Суда РФ в этом случае непосредственно принимаются и используются при построении научных концепций. С другой стороны, некоторые решения Конституционного Суда РФ не поддерживаются научной общественностью. Однако, как отмечает М.В. Карасева, «они тоже становятся источником научной мысли, хотя и со знаком «минус»¹.

Таким образом, решения Конституционного Суда РФ – немаловажный фактор развития теории налогового права. Конституционный Суд РФ ориентирует на разработку новых научных концепций, выработку научных понятий, несмотря на то, что доступность конституционного правосудия в сфере налогообложения всегда была и остается одной из наиболее сложных проблем для налогоплательщиков.

¹ *Карасева М.В.* Некоторые определения Конституционного Суда РФ и развитие теории налогового права // *Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2006 года.* М., 2007. С. 7.

Глава 7. Информационное право

§ 1. Значение Конституции РФ в развитии правовой основы формирования информационного общества

С момента вступления человечества в цифровую эпоху, основанную на создании и использовании информационного ресурса, отличного от природных и сугубо технических ресурсов развития производства, управления и иных сфер жизнеобеспечения общества, возникла новая область отношений: работа с информацией и использование ее в интересах социума и его структур, прежде всего геополитических, в форме государства, а также иных институций в планетарном и космическом пространстве. Этот ресурс имеет иную природу: информационный и технологический, он основан на непрерывном обмене информацией как накопленными человечеством знаниями и оперативной, непрерывно текущей и обновляемой информацией на основе инфокоммуникационных технологий.

Информационный ресурс, как и любой другой, может использоваться во благо или во вред интересам общества и отдельного человека. Это определяет необходимость правового регулирования отношений в информационной сфере, тем более что она не имеет четких границ и подвержена устремлению к экстерриториальности. Перед правом встают проблемы регулирования отношений в данной сфере с учетом суверенности государств, их юрисдикции и одновременного учета сетевых методов жизни коммуникаций и информации.

Появление компьютеров, мобильной связи, телекоммуникаций и сетевой связи раскрыло богатство информации, знаний и их дробления по источникам и сферам владения, открыло область отношений по свободному доступу и использованию информационных ресурсов, способствовало формированию международной информационно-коммуникационной сферы отношений людей в форме интернет-среды. Возник новый горизонт развития земной цивилизации. Установление определенного порядка в этой сфере отношений и явилось причиной рождения новой отрасли права – права информационного и его фрагментов – компьютерного права, киберправа, интернет-права. Зачинателем формирования этой отрасли был видный теоретик советской правовой науки А.Б. Венгеров.

В СССР на основе развития информатики и кибернетики развивались основы правового регулирования процессов информатизации под названием «информационное право». С начала 1970-х гг. законодательство формировалось по двум направлениям: регулирование отношений в области развития и укрепления материальной основы информатизации – создание программного обеспечения информационных технологий и использование информации с установлением гласности, легализации права на информацию. Нельзя недооценивать значения законов 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» и «О правовой охране топологий интегральных микросхем», игнорировать значение правовых актов в области регулирования правил работы автоматизированных систем управления (АСУ) на всех уровнях управления (ОГАС, РАСУ, отраслевых АСУ и АСУ предприятий).

Проблема регулирования отношений в области использования информации была ориентирована не на всю информационную сферу (ноосферу В.И. Вернадскому), а на выделенные по ряду признаков информационные ресурсы, преимущественно документированные, что создавало возможность более конкретно определить предмет и принципы правового регулирования. В период 80–90-х гг. для понимания подходов к информационному развитию представляют интерес работы О.Э. Лейста, В.А. Кряжкова, Е.А. Лукашевой, И.М. Степанова, В.А. Туманова, В.П. Казимирчука и др. В дальнейшем они были обобщены Ю.М. Батуриным и другими учеными в проекте закона СССР «О гласности». В 1987 г. в Президиум Верховного Совета СССР был направлен проект закона СССР «О гласности», подготовленный в Институте государства и права АН СССР. Судьба этого проекта Ю.М. Батуриным названа как «попытка гласности»¹. История подготовки данного проекта, а в дальнейшем закона «О праве на информацию» подробно изложена в работах сектора информационного права и обобщена Л.А. Сергиенко в книге «История развития информационного права в 1960–2000 гг.» (М., 2003)².

¹ Гласность как предмет правового регулирования // Труды по интеллектуальной собственности / Под общ. ред. М.А. Федотова. Т. IX. М., 2009. С. 4–115.

² Заметим, что в Конституции СССР 1977 г., где гласность рассматривалась как принцип социалистической демократии, содержались нормы о гарантии свободы слова, печати, собраний, уличных шествий и демонстраций, опреде-

Конституция РФ как основа для легитимации информационного права

Конституция РФ явилась законом, который по возможности учитывал результаты «перестройки», распада СССР и катастрофические обстоятельства кризиса 1990-х гг. За время, предшествующее ее принятию, были приняты законы о средствах массовой информации и о государственной тайне, что частично решало проблему гласности. В целом следует сказать, что в последнюю треть XX в. в стране был накоплен достаточный потенциал для правового оформления основ информационного права как самостоятельной отрасли права.

К моменту принятия Конституции РФ в общественной жизни страны уже назрели кардинальные изменения в организации государственной системы управления, жизни общества. Они были связаны с проблемами реализации прав и свобод человека, с носителем суверенитета государства и источником власти – многонациональным народом страны. При этом следует подчеркнуть, что уже рассмотренные в других главах данной работы общие конституционные нормы заложили принципы и основные ориентиры развития информационного общества на основе потенциала информационных и коммуникационных технологий.

Конституционные нормы не только соответствовали уже выработанным международным нормам в области прав человека, но и по ряду параметров, касающихся развития информационного общества, их опережали. Проблема заключалась в том, чтобы обеспечить реализацию конституционных норм через действующее законодательство новой отрасли права с учетом того, что многие конституционные нормы имеют статус непосредственного действия.

Общие вопросы реализации прав и свобод граждан реализуются в конкретных областях жизни социума и не в последнюю очередь в области информационной среды жизни людей.

В настоящей главе рассматриваются только те нормы Конституции РФ, которые непосредственно касаются регулирования прав на информацию и создание гарантий их реализации. Учитывая, что информационное право реализуется в четырех формах – как наука,

лялся характер взаимоотношений государственных, хозяйственных органов, общественных организаций, с одной стороны, и граждан – с другой.

отрасль законодательства, учебная дисциплина и, главное, правосознание, основное внимание авторы уделяют развитию информационного законодательства с учетом конституционных норм.

Прежде всего необходимо отметить использование термина «информация» для обозначения предмета общественных отношений (ресурса) и правил использования этого ресурса в личных и общественно значимых целях. Термины «документы» и «материалы» ориентировали на подход к определению сути используемой в обществе информации. И это нашло отражение в первых законах РФ об информации, информационных технологиях и защите информации. В п. «и» ст. 71 Конституции РФ в предметы ведения Российской Федерации наряду с другими ресурсами включены «федеральная информация и связь».

Базовой для развития информационного законодательства стала ст. 29 Конституции РФ. Здесь значимы несколько ракурсов, определивших направления развития законодательной практики: гарантия свободы мысли и слова (сочетание и связь виртуального (мысли) и материализованного через речь, и язык – «слова», «мнения»). Этим обусловлены использование термина «массовая информация» (ч. 5 ст. 29) и такая гарантия ее свободы, как запрещение цензуры. И одновременно запрет на принуждение к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них. Эта же статья содержит ключевую норму о формах реализации права на информацию: «право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом» (ч. 4).

С точки зрения этапов информационного процесса можно выделить три группы конституционных прав: 1) право создавать (производить) информацию; 2) право искать и получать информацию; 3) право передавать и распространять информацию.

Право производить информацию развивается в положениях ст. 44 Конституции РФ, гарантирующих свободу творчества. Существует мнение, что создание информации в буквальном смысле слова, т.е. интеллектуальная деятельность человека, находится в основном за пределами сферы правового регулирования, потому что эта деятельность может контролироваться обществом в весьма узких пределах. Невозможно запретить человеку создавать любого рода информацию¹. И действительно, в законодательстве РФ, а

¹ Заметим, что многие виды информации «создаются» независимо от непосредственной интеллектуальной деятельности, путем вторичного и первичного

также большинства зарубежных государств право поощряет и защищает творческую деятельность, а ограничения возникают на стадии распространения информации, которая законом квалифицируется как вредная для человека и общества. Ближе всех к подобному запрету примыкают нормы, устанавливающие ответственность за изготовление порнографии (ст. 242–242¹ УК РФ), но и в них указано «с целью распространения».

Нормы, гарантирующие право искать и получать информацию в соответствии с ч. 4 ст. 29 Конституции РФ – право на доступ к информации, – конкретизированы в ч. 3 ст. 15 (обязательность публикации законов); ч. 2 ст. 24 (обязанность органов государственной власти и местного самоуправления обеспечить каждому доступ к документам и материалам, непосредственно затрагивающим его права и свободы); ч. 3 ст. 41 (установление ответственности за сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей); ст. 42 (право на достоверную информацию о состоянии окружающей среды).

Право передавать и распространять информацию закреплено в ч. 1 ст. 29 (свобода слова) и ст. 33 (право граждан на обращения в органы государственной власти и местного самоуправления).

Но одновременно с закреплением свободы «искать, получать, передавать, производить и распространять информацию» Конституция РФ содержит ряд положений, касающихся защиты разных видов тайн. Например, закрепляется право на неприкосновенность частной жизни, тайну переписки (ст. 23), установлен запрет на «сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия» (ч. 1 ст. 24). В данном случае мы наблюдаем два противоположно направленных блока норм, реализация которых неизбежно ведет к конфликту. Ряд конституционных положений, например второе предложение ч. 4 ст. 29 «Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определяется федеральным законом», можно рассматривать и как ограничение и одновременно как гарантию права на доступ к информации. Некоторые виды охраняемых законом тайн в Конституции РФ не упоминаются, но тесно связаны с закрепленными в ней основными правами человека. Например, коммерческая тайна – неотъемлемый атрибут свободы экономической деятельности и принци-

снятия сведений с объективно существующих источников: геологических, географических, космических, биологических и др.

па добросовестной конкуренции (см. ч. 2 ст. 34). Защита профессиональных тайн является неизбежным следствием необходимости охраны неприкосновенности частной жизни.

Как право на информацию, так и право на неприкосновенность частной жизни не являются абсолютными, безграничными. Границы закрепленных в Конституции РФ прав определены в общем виде в ч. 3 ст. 17 (осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц) и ч. 3 ст. 55 (права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства).

Одновременно в ст. 19 Конституции РФ *закреплены гарантии прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждениям, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.* В этих нормах заложен принцип единства информационного пространства не только в рамках Российской Федерации как суверенного государства, но и в мировом масштабе.

Можно сказать, что в целом конституционные нормы определили направление развития основных институтов информационного права и их оформление в российском информационном законодательстве. За годы, прошедшие со дня принятия Конституции РФ, получили развитие такие институты, как «информационные ресурсы», «право на информацию», «доступ к информации», «свобода мысли, слова и мнений», «массовые коммуникации», «государственная тайна», «личная и семейная тайна», «открытость официальной информации», «информационные услуги», «электронное правительство», «информационная безопасность», «информационные конфликты», «компьютерные преступления» и др.

При этом необходимо отметить, что не все институты получили должное нормативное оформление и обеспечивают системное развитие отрасли информационного законодательства. Практика законодательства и особенно применения и исполнения информа-

ционного законодательства имеет немало лагун и требует повышенного внимания с учетом ее непосредственного и повседневного включения в жизнь человека, общества, государства и мало подверженного правовому влиянию общения человека в мировой информационной системе через Интернет.

§ 2. Общая характеристика состояния информационного законодательства РФ за последние 20 лет

Начальная стадия развития информационного законодательства на основе Конституции РФ относится ко времени принятия в феврале 1995 г. первого комплексного Федерального закона № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» (далее – Закон об информации). Еще раньше были приняты законы от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»¹ и от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов»². На основе этих законов стала формироваться теория и практика института информационных ресурсов. Наиболее активно велась работа по формированию ресурсов правовой информации и созданию общероссийской автоматизированной системы РАСИПО, что подкреплялось рядом указов Президента РФ. В течение нескольких лет Закон об информации оставался основной опорой развития информационных технологий, их включения в ткань реальной жизни страны. Федеральный закон «О связи» 1995 г. действовал до его замены Федеральным законом от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ. Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи» действовал до принятия Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»³. Кроме того, следует упомянуть федеральные законы, устанавливающие порядок и пределы ограничения прав человека и гражданина. Это прежде всего УПК РФ, Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» и законы о правоохранительных органах, уполномоченных

¹ СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801.

² СЗ РФ. 1995. № 1. Ст. 1.

³ СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

вести оперативно-розыскную деятельность в силу их непосредственной связи с использованием персональных данных и частично личной информации граждан.

Данный этап развития информационного законодательства и участие в нем специалистов сектора информационного права Института государства и права РАН способствовал становлению информационного права как отрасли¹. Напомним, что названный сектор был организован в структуре Института в конце 1999 г., а отрасль информационного права получила легальное закрепление в 2000 г. в связи с введением ее в систему подготовки и защиты научных исследований (диссертаций). Специальность информационного права вошла в блок научных исследований 12.00.14. «Административное право, финансовое право, информационное право» в соответствии с системой юридических наук, установленных ВАК РФ.

Первые российские законы в области информационного законодательства вполне соответствовали требованиям международного права в сфере обеспечения прав и свобод человека в информационно-коммуникационной сфере, в частности, Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Международному пакту ООН о гражданских и политических правах 1966 г., Конвенции Совета Европы «О киберпреступности» 2001 г. Отметим, что и прецеденты Европейского суда по правам человека, и ряд других актов, практика применения уже принятых российских законов стимулировали развитие правовой основы реализации прав и свобод человека и гражданина. Однако кризис 1990-х гг. значительно ослабил внимание к сфере информационных отношений на основе информационно-коммуникативных технологий (ИКТ). И следующая активная законотворческая волна в России относится ко второму пятилетию нового XXI в., когда наиболее активно стала реализовываться Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации.

Основными актами периода 2000–2013 гг. являются федеральные законы: от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»²; от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»³; от 6 апреля

¹ См.: Информационные ресурсы развития Российской Федерации. М., 2003.

² СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

³ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»; от 28 декабря 2010 г. № 390-ФЗ «О безопасности»¹; от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»². В процессе их подготовки и в публичных обсуждениях активное участие принимали сотрудники сектора информационного права ИГП РАН. По отдельным законам были представлены альтернативные проекты.

В правовой лексикон прочно вошла аббревиатура ИКТ, используемая как технологическая основа социальных процессов сбора и обработки информационных ресурсов. Внимание правового регулирования сосредоточилось на таком феномене, как информационные технологии (ИТ) – совокупность всех технологических средств и приемов работы с информацией, используемой во всех сферах жизни общества. Появились и феномены «электронное государство» и «электронное правительство» (управление) – комплексные носители и измерители включенности ИТ в структуру всех институтов общества и государственных институтов.

На примере общих результатов по применению законодательства можно судить о зависимости социальных процессов от состояния системы правового регулирования.

Огромное количество нормативных правовых актов, принятых на всех уровнях системы государственного управления по профилю рассматриваемой отрасли (см. табл.), ни в коей мере не должно завораживать ни законодателя, ни исполнителей законов, ни, особенно, создателей правоприменительных подзаконных актов. Многие из этих актов создаются и используются по принципу «успеть к сроку отчитаться». Это тем более опасно, поскольку сроки и показатели их исполнения, как правило, устанавливаются по предложению самих ведомств в целях поддержания своего имиджа, что в конечном счете приводит к представлению весьма поспешных и не всегда проверяемых показателей. Можно отметить стремление ведомств включать в нормативные акты высокого уровня чисто оперативные показатели – количество и сроки мер по выполнению долгосрочных по существу задач. В этой связи нередки ситуации, когда обваливается недостроенное «здание» управленческой идеи и приходится уже апробированные и используемые методы и сред-

¹ СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 2.

² СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

ства быстро заменять иными, более прогрессивными, с новым рядом инноваций.

Таблица

Виды правовых актов	Количество актов за период		
	1990–1999 гг.	2000–3-й квартал 2013 г.	Всего
Законы СССР и РФ	374	866	1240
Указы Президента РФ	301	421	722
Постановления Правительства	1009	3069	4078
Акты Конституционного Суда РФ:			
постановления	25	93	118
определения	2	242	244
решения	0		3
Акты Верховного Суда РФ:			
постановления	16	83	99
определения	2	189	191
решения	26	333	359
Акты Высшего Арбитражного Суда РФ:			
постановления	15	30	45
определения	0	2	2
решения	0	58	58

Медленно ведется работа по совершенствованию законодательства РФ и переводу операций законодательского процесса на электронную форму. Самостоятельным участком работы в этом направлении является и обеспечение доступа к правовой информации в электронной форме, что повышает уровень ее достоверности и воспитания правосознания более широкого круга субъектов. Согласно ч. 3 ст. 15 Конституции РФ неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. В этом аспекте важно обеспечить их официальное опубликование в электронном виде. В 2011 г. в Федеральный закон

от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»¹ были внесены изменения, согласно которым официальным опубликованием федерального конституционного закона, федерального закона, акта палаты Федерального Собрания наряду с публикацией его полного текста в «Парламентской газете», «Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации» считается первое размещение (опубликование) на «Официальном интернет-портале правовой информации» (www.pravo.gov.ru). В разработке вопроса о создании электронной системы официального опубликования законов РФ и других нормативных правовых актов принимал участие и сектор информационного права².

И все же при обилии нормативно-правовых источников в самом законодательстве, в области его правоприменения и исполнения наблюдается разрыв между желаемым, необходимым, возможным и реальным, который обусловлен отсутствием необходимой культуры и правил организации государственного управления, а также социальным неравенством и несогласованностью развития экономической основы страны. В развитии инфокоммуникаций это подтверждается тем, что разрыв между разными регионами Российской Федерации составляет не менее 22 пунктов. В целом же по стране результат оживления соответствующей работы дал о себе знать. Так, в рейтинге ООН по развитию электронного правительства позиции России серьезно укрепились³. Это свидетельствует о значимости правового регулирования в решении задач общего социально-экономического развития страны как базы для преодоления информационного неравенства и о более уверенных шагах по пути к формированию и развитию информационного общества.

Несмотря на отмеченные недостатки в организации правотворчества, имеющийся массив законов и опыт правоприменения позволил за последние 20 лет хотя бы в общих чертах оформить блоки нормативно-правового материала по основным институтам информационного права. Это институты: права на информацию и формы его реализации, правового режима информационных ресур-

¹ СЗ РФ. 1994. № 8. Ст. 801.

² См.: Официальное электронное опубликование: история, подходы перспективы / Под ред. В.Б. Исакова. М., 2011.

³ Всего за два года Россия поднялась с 59-го на 27-е место.

сов, технологий и систем, массовых коммуникаций, Интернета, правового обеспечения информационной безопасности, института тайн и т.д. На примере Закона «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» можно проследить, насколько внимание к потребностям граждан, реализуемым на основе использования ИКТ, повлияло на изменение, а главное, на понимание важности и сложности создания реальных условий для взаимодействия органов власти с конкретным человеком, а также на общую направленность развития деятельности государственных администраций. Не затрагивая сути и значимости этого процесса (об этом ниже), отметим фактическую сторону реализации упомянутого Закона и внимание зарубежных специалистов в области информационного права к опыту России¹.

Примером проявления интереса к опыту России может служить международная конференция «Право цифровой администрации в России и во Франции», организованная ИГП РАН в конце февраля 2013 г.²

Не ослабевает и внимание России к опыту других стран в организации электронного межведомственного информационного взаимодействия в системах органов государственной власти и органов местного самоуправления, в обеспечении эффективности доступа к информации. Так, в соответствии с постановлением Правительства РФ от 12 декабря 2012 г. № 1284³ на специализированном ресурсе в Интернете – vashkontrol.ru – проводится сбор мнений о качестве наиболее массовых и социально значимых государственных услуг⁴, осуществляется работа по определению открытых дан-

¹ Установление научного контакта с Сорбонной и другими исследовательскими центрами Франции дало заметный результат. Э.В. Талапина защитила в университете Париж-1 Сорбонны докторскую диссертацию, и благодаря ее научным контактам реализовано участие французских специалистов в международных конференциях, которые проводятся сектором информационного права ИГП РАН.

² См. отчет на сайте ИГП РАН // URL: <http://www.igpran.ru/nlive/3366/> (дата обращения: 29.03.2013).

³ СЗ РФ. 2012. № 51. Ст. 7219.

⁴ Оценка осуществляется непосредственно получателями услуг в инициативном порядке в анкетах, которые заполняются на сайте vashkontrol.ru, и реализуется по таким критериям, как время ожидания в очереди, вежливость сотрудника, комфортность условий, доступность информации о порядке получения услуги и т.д. Результаты общественного мониторинга используются в рас-

ных в интернет-среде. Возрастает практическая значимость института общественного мнения.

Проблемы состояния законодательства, развития его основных институтов являются предметом теории информационного права на конституционной основе.

§ 3. Конституционная основа развития научной, доктринальной части информационного права

Российская Федерация провозглашена демократическим правовым государством с республиканской формой правления, государством социальным, где признание прав и свобод человека – высшая ценность и обязанность государства. Закрепленные в Конституции РФ принципы и основные направления развития российского общества создали базовые предпосылки и для развития правовой науки, включая такую ее отрасль, как информационное право, что позволяет любой отрасли права ориентироваться на свои теоретические исследования и обнаруживать те зазоры, которые неизбежно возникают в процессе функционирования законодательной власти, правоприменения и исполнения законов.

Задача правовой информационной науки именно на таком ракурсе исследований состоит в оказании посильной помощи политике, законотворчеству, правоприменению и правоохранительной системе. Научно-исследовательская деятельность в области информационного права ориентирована не только на конституционные нормы, но и на государственную политику, которая призвана оперативно реагировать на ситуационные изменения в жизни общества как внутри своей страны, так и в международном сообществе стран и государств, и акцентировать внимание на исследовании живых процессов в условиях глобализации и информатизации. Разрабатывая концепции развития информационного законодательства с учетом стратегий государства как общества информационного, стратегии национальной безопасности при постоянном внимании к основному критерию оценки реальности этих инструментов через объем и качество реализации свобод и прав человека, без-

чете показателей и рейтингов ведомств и могут быть сопоставлены с результатами других видов мониторинга (мониторинг качества электронных услуг, мониторинг удовлетворенности качеством услуг по итогам социологических опросов и т.п.).

опасности государства, коллектив сектора информационного права ИГП РАН следует этим требованиям.

К настоящему времени теоретическая база информационного права характеризуется рядом позиций, которые не только значимы в ракурсе развития информационного общества, но и влияют на векторы развития Российской Федерации в ближайшие 20–30 лет. Отметим наиболее важные теоретические результаты и их практическое значение для процессов в области включения ИТК в ткань государственного управления и всей общественно значимой жизни социума.

1. Информационное право определено как наука о предметах, принципах и методах правового регулирования деятельности и отношений субъектов в областях формирования и использования информационных ресурсов, технологий и коммуникаций и их сетей, организации управления процессами информатизации и обеспечения информационной безопасности граждан, государства и общества в целом для удовлетворения их потребностей в информации и обеспечения процессов развития общества¹.

2. Основным объектом исследования являются правоотношения в информационном обществе, которое может развиваться только как общество гражданское, социальное, демократическое и правовое. На этой аксиоме выстраиваются основные исследования в области информационного права и его влияния на реальные процессы жизни общества.

3. К настоящему времени на основе обобщений практики информационного развития России и зарубежного опыта разработана концепция понимания гражданского общества, которая идет далее предложенного определения ООН и ЮНЕСКО в начале XX в.

Гражданское общество рассматривается не как взаимодействие разрозненных и часто противостоящих «государства», «бизнес-структур», отдельных структур (институций) общества (как правило, правозащитных организаций), не как сумма некоторых организаций, а как состояние взаимодействия всех его составляющих в целях обеспечения усвоения знаний и опыта, организации жизни так, чтобы можно было укреплять формы самоорганизации общества и его всех участников (акторов), накапливать синергетику развития при соблюдении порядка на основе закона. Предло-

¹ См.: Проблемы информационного права. Труды ИГП РАН. 2009. № 5; Бачило И.Л. Информационное право: Учебник для вузов. М., 2011.

женная трактовка предполагает не противостояние «гражданской» части общества системе органов власти и местного самоуправления, а укрепление связей властных структур с другими акторами общественной жизни, взаимодействие и контроль за состоянием правового регулирования и иных механизмов управления делами общества и государства, включение каждого актора – участника общественных процессов развития в укрепление государственно-правовых механизмов организации жизни страны.

Такой подход к пониманию сути и роли гражданского общества поддерживается теорией права¹, а также встречается понимание практиков информационного строительства. Данным вопросам посвящен ряд публикаций сектора информационного права ИГП РАН и множество выступлений и обсуждений на международных форумах и конференциях². Этот подход позволяет ставить вопрос не только о правовом государстве, но и о формировании правового общества на основе более высокой культуры законотворчества и правоприменения, сформулировать концептуальные требования к связи и взаимодействию государства сервисного и социального. Информационное социальное государство должно иметь соответствующие материальные ресурсы, которые гарантируют наличие полноценной социальной инфраструктуры. Информационный сервис – доступ к информационным ресурсам и коммуникациям – необходимое условие для реализации всех конституционных прав граждан и иных субъектов. Но информирование – лишь первый шаг к получению социально-экономических, культурных и иных услуг. Наличие школ, больниц, жилья, страхования и проч. – важнейшая задача информационного общества наряду с переводом функций предоставления услуг в электронную форму.

4. Наиболее сложным является вопрос о совершенствовании демократизации системы власти и государственного управления в условиях информатизации и включенности всех институтов гражданского общества в этот процесс. Здесь определяющими являются

¹ См., например: *Марченко М.Н.* Государство и право в условиях глобализации. М., 2011.

² См.: Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2009; Информационное право и становление основ гражданского общества в России. Материалы теоретического семинара по информационному праву 2007 г. М., 2008; *Бачило И.Л.* Государство и право XXI в. Реальное и виртуальное. М., 2012.

такие направления, как создание цифровой (электронной) администрации, т.е. ввод в процессы государственного управления информационных технологий. Это требует перехода на электронный документ и документооборот, использования электронной подписи, придания этим элементам взаимодействия структур управления юридической значимости и безопасности. Несмотря на функционирование механизмов электронного правительства в соответствии с Федеральной целевой программой, действовавшей до 2010 г., и принятие новых государственных программ, все еще имеет место дублирование бумажной и электронной документации. Сказывается отсутствие необходимого законодательства, традиционного для многих развитых стран, и очень пассивное воздействие на процессы инноваций современного административного права¹.

5. Все общетеоретические и социально значимые аспекты развития информатизации и формирования информационного законодательства опираются на новую материально-технологическую базу. Естественно, что одним из важнейших институтов в системе информационного права был и является институт правового режима информационных ресурсов и правового режима информационных технологий². От порядка отношений в области создания, распространения, обмена (торговли) программного обеспечения и иных средств обработки информации и коммуникаций (связи и взаимодействия) зависят все остальные параметры правовых отношений субъектов. В процессе определения исходных позиций формирования информационных ресурсов реализуются прежде всего нормы публичного права. Сложнее обстоит дело с правовым режимом всего комплекса информационных технологий, материализующихся в результатах интеллектуальной деятельности и воплоще-

¹ См.: Условия реализации прав граждан и организаций на основе информационных технологий. М., 2010; *Таланова Э.В.* Информационное право: сравнительный анализ // Эволюция государственных и правовых институтов в условиях развития информационного общества. М., 2012. С. 98–108; *Бачило И.Л.* Государство и право XXI в. Реальное и виртуальное; *Емельянов А.С.* Административно-правовая доктрина, идеи либерализма и развитие государственности в России // Политика и общество. 2013. № 2. С. 220–225; *Плесковских В.Д.* Переосмысление предмета административного права в современных условиях: рынок ценных бумаг и глобализация экономики // Там же. С. 226–231.

² См.: Информационные ресурсы развития Российской Федерации. Правовые проблемы. С. 230.

ния их в большинстве случаев в технико-технологические объекты. Здесь проявляется комплексность информационного права в применении методов и правил гражданско-правовых отношений и связи информационного права и права гражданского. Однако процессы использования информационных технологий и средств автоматизации в информационной среде общества остаются в рамках публичного права.

Специалисты отмечают ослабление взаимодействия технологических компонентов инноваций в управлении на основе информационных технологий и адекватного современному состоянию общества административной реформы и системного развития органического законодательства в рамках действующей Конституции. Это обусловлено быстрым продвижением технологий, с одной стороны, и пассивностью и даже отказом от ряда своих функций государственного аппарата – с другой, что особенно заметно на примере аутсорсинга в области предоставления услуг населению. Различные центры открытого доступа к информации и получению услуг (сайты, «одно окно», другие формы связи человека и администрации как органов власти) постепенно переходят к более прогрессивной форме информационного взаимодействия – к многофункциональным информационным центрам (МФЦ), к реализации контактов человека с властью через почтовые каналы связи. Однако при этом не учитывается, что данные структуры не полномочны оказывать наиболее сложные формы услуг и не несут перед человеком или получающей услугу организацией необходимой юридической ответственности. Процедуры делегирования функций органов управления МФЦ или договорные отношения администрации при передаче процессов сбора и обработки информации урегулированы недостаточно полно. Администрация и технологии теряют общий язык и критерии оценки результатов работы.

Самостоятельным направлением демократизации общества являются решения в области совершенствования избирательной системы на основе информационных технологий. Здесь многое еще предстоит сделать.

Это далеко не полный перечень теоретических и аналитических исследований, которые осуществляются на стыке жизни традиционной организации общества в дореформенную эпоху, в годы прививки и существенного разрушения личности и роли государственных структур в реализации конституционно определенных

принципов и требований к организации системы государственной власти. Чрезмерный крен в сторону рыночных методов в системе управления, лозунги «поменьше государства», правовой нигилизм, коррупция аппарата государственного и местного самоуправления – все это факторы, снижающие возможный потенциал развития страны. Информационные технологии при этом реализуются не в полной мере, а часто и в направлениях разрушения или значительного тормоза.

В этих условиях особое значение приобретают институты права на информацию, персональных данных, информационной безопасности, активизируются проблемы информационных конфликтов между субъектами, действующими в системе реальных и виртуальных отношений, особенно в Интернете, а также конфликтов в самой правовой системе.

6. В системе циркулирующей в обществе информации чрезвычайно значимыми являются персональные данные.

Институт персональных данных основывается на нормах ст. 23, 24 Конституции РФ. Нельзя не отметить, что в сфере регулирования охраны персональных данных российская Конституция продвинулась дальше большинства зарубежных государств. В большинстве стран со «старыми» конституциями прямое упоминание персональных данных отсутствует, хотя постоянно подчеркивается конституционное происхождение защиты персональных данных через институт уважения частной жизни¹.

Важнейшей особенностью института персональных данных является его комплексный или даже сверхкомплексный характер. Он основывается на конституционных нормах и тесно связан с административным, гражданским, трудовым, налоговым и иными отраслями права, в том числе процессуальными. В силу того, что практически любые общественные отношения в той или иной степени связаны с обработкой информации о гражданах, нормы о персональных данных присутствуют в большей части правовых отраслей и институтов. В информационном праве институт персональных данных тесно переплетен с такими институтами, как право на

¹ Во Франции, например, в 2008 г. предлагался проект изменений преамбулы Конституции (а именно там содержатся нормы о правах человека), с тем чтобы пополнить перечень фундаментальных прав правом на уважение частной жизни и защиту персональных данных (общепризнанных, впрочем, в доктрине и судебной практике, т.е. речь шла лишь об их конституционной формализации).

информацию, правовой режим информационных ресурсов и систем, обеспечение информационной безопасности.

Основным актом в указанной выше сфере является Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»¹. Персональные данные определены в нем как «любая информация, относящаяся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (субъекту персональных данных)». Закон закрепляет право субъекта контролировать информацию о себе, что выражается в запрете обработки персональных данных без согласия субъекта и его праве на доступ к своим персональным данным. Одновременно предусматривается ряд исключений из принципов, обусловленных необходимостью защиты прав и законных интересов самих субъектов, иных лиц, а также интересов общества в целом.

Однако уже то, что в названный Закон неоднократно вносились изменения, вступление в действие его отдельных норм не раз откладывалось, свидетельствует о том, что найти баланс между интересами субъектов персональных данных, операторов систем персональных данных и органов государственной власти пока не удастся. С развитием информационного общества, с одной стороны, увеличиваются риск вторжения в частную жизнь человека, посягательства на его права и интересы, с другой – возрастает потребность в использовании персональных данных в экономике, государственном управлении и иных сферах.

Развитие Интернета и основанного на нем международного информационного обмена с использованием социальных сетей порождает новые проблемы в сфере регулирования обработки персональных данных. Сложившаяся в России и за рубежом система явно не была рассчитана на то, что количество операторов персональных данных увеличится на несколько порядков. В настоящее время в рамках Евросоюза ведется масштабная работа по пересмотру системы защиты персональных данных с учетом новых реа-

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451. Данный Закон подготовлен с учетом Конвенции Совета Европы о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера (ETS № 108) и Директивы Европейского союза № 95/46/ЕС «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных».

лий¹. С развитием систем распознавания лиц на основе биологических данных (цвета глаз, отпечатков пальцев, ДНК, голоса и др.) возрастает потребность в защите биометрических персональных данных.

7. В ходе развития теории информационного права, информационного законодательства и практики его применения возросло внимание к проблеме информационных конфликтов. Конфликт интересов участников информационных отношений имеет два ракурса. С одной стороны, он обнаруживает назревающие проблемы в регулировании поведения и взаимодействия субъектов, а с другой – выявляет угрозы уже действующему порядку и может быть стимулом к упрочению информационной безопасности в целом. Тема информационного конфликта исследуется не только в рамках информационного права, она привлекает внимание социологов, теоретиков, философов права. В секторе информационного права ИГП РАН этой проблемой занимается А.К. Жарова. Ею опубликован ряд работ, в которых акцентируется внимание на таких сторонах правового регулирования, как информационное противоборство, противостояние, вопросы анонимности в Интернете, классификация операторов в Интернете и др., связанные с сетевой организацией информационных коммуникаций и борьбы с информационным неравенством². Ею выделены такие направления исследования информационных конфликтов, как источники, участвующие субъекты, виды конфликтов, включая технологические, (сбои и инциденты в технике); социальные, возникающие в ходе использования технологий человеком, в том числе в Интернете, особенности правового регулирования.

8. Важнейшим комплексным институтом информационного права является обеспечение информационной безопасности. В этой сфере реализуется Доктрина информационной безопасности и Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, утвержденная Указом Президента РФ от 12 мая 2009 г. № 537³. По этим проблемам сотрудники сектора информационного

¹ См., например: Commission proposes a comprehensive reform of the data protection rules // URL: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm (дата обращения: 29.03.2013).

² См.: Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 41–53, 119–168, 200–229.

³ СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

права работают в контакте с Советом Безопасности РФ, МПА СНГ, Государственной Думой. Работа по этому направлению осуществляется С.И. Семилетовым, И.Л. Бачило, А.А. Антопольским. В рамках решения проблем информационного общества Институт государства и права РАН по инициативе сектора информационного права заключил соглашение с Институтом информатики и автоматизации РАН (Санкт-Петербург) и соглашение о сотрудничестве по проблемам информационного общества с Межпарламентской Ассамблеей СНГ. Одним из итогов этой работы можно считать утверждение Рекомендаций по совершенствованию и гармонизации национальных законодательств государств – участников СНГ в сфере обеспечения информационной безопасности¹.

В области обеспечения информационной безопасности весьма актуальна проблема соблюдения конституционных норм при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий на каналах и сетях электросвязи, в том числе в сети Интернет. В настоящее время и правонарушители, и правоохранительные органы все чаще пользуются достижениями ИКТ. В этих условиях усиливается внимание к пробелам и коллизиям, которые, с одной стороны, не позволяют в полной мере обеспечивать результативность работы специальных служб, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ОРД) и применяющих на каналах и сетях почтовой связи и сетях электросвязи (включая Интернет) систему технических средств по обеспечению оперативно-розыскных мероприятий (СОРМ). С другой стороны, эти обстоятельства не позволяют остаться в рамках допустимых ограничений прав и свобод человека и гражданина и в должной мере соблюсти конституционные гарантии их защиты.

Применение СОРМ всегда связано с ограничением конституционных прав и свобод человека и гражданина. Соответственно такие ограничения должны соблюдаться уполномоченными правоохранительными органами и их должностными лицами исключительно в рамках и пределах их законных правомочий и дозволений. При этом действующее законодательство должно приоритетно обеспечивать выполнение требований норм международного права и Конституции РФ в части государственных гарантий защиты прав и свобод человека и гражданина, неприкосновенности частной

¹ См.: URL: <http://ic-ie.com/garmon.pdf> (дата обращения: 03.04.2013).

жизни (ст. 15, 18 Конституции РФ). Однако, как показало проведенное С.И. Семилетовым исследование¹, действующее законодательство РФ и правоприменительная практика в сфере регулирования ОРД и СОПМ, применяемых в сетях почтовой связи, на каналах и сетях электросвязи операторов связи и в сети Интернет, в ряде случаев не отвечает требованиям Конституции РФ. Его подход к решению этих вопросов получил поддержку и в публикациях за пределами России.

9. Анализ правовых методов обеспечения информационной безопасности и конфликтности общей социальной интернет-среды свидетельствует об обострении вопроса о методах правового регулирования информационных отношений и о более внимательном использовании таких механизмов, которые можно обозначить как методы и средства толерантности. Учитывая, что информационная среда охватывает сегмент не только информационного законодательства, но и состояние информационной функции всех отраслей права в целом, вопрос о методах современного правового воздействия и воспитания правосознания в информационной, да и вообще в сфере обеспечения законности и правовой культуры приобретает все большее значение.

Здесь важны наблюдения относительно сочетания в праве мягких и жестких методов регулирования – тема, которой специалисты информационного права начинают уделять все больше внимания². Традиционные методы правового регулирования в условиях открытости информации и свободного доступа к информации о деятельности органов публичной власти субъектов при использовании информационных технологий и укрепление законности в поведении и отношениях оказываются наиболее действенными при тесном взаимодействии правовых и нравственно-этических норм. Не правовой нигилизм, а сочетание правовых средств с повышением уровня культуры общественного и личного бытия могут дать положительный эффект. Это тем более важно в условиях, когда процесс миграции населения охватывает всю планету. Сравнение

¹ См., например: *Семилетов С.И.* Проблемы обеспечения конституционных гарантий защиты прав и свобод человека в России при осуществлении оперативно-розыскной деятельности в сетях связи. М., 2012.

² См., например: *Хабермас Р.* Ах Европа! М., 2012; *Бачило И.Л.* О причинах и мотивах правонарушений в области расовых, этнических, национальных и религиозных отношений // Государство и право. 2013. № 3. С. 33–42.

методов правового регулирования и норм нравственно-этического, психологического свойства, объединяемых термином «толерантность»¹, позволяет прийти к выводу, что сочетание правовых, по определению «жестко» установленных и обеспеченных принуждением норм нуждается в ориентациях на более гибкие регуляторы, закладываемые в систему саморегуляции субъекта.

Толерантность можно определить относительно соблюдения прав человека как показатель здоровья и безопасности информационной среды, как условие реализации связей и взаимодействия субъектов в области прав человека независимо от расовых, национальных, религиозных и других конституционно определяемых признаков каждого при соблюдении таких принципов, как доверие, уважение, равенство и достоинство партнера (сторон отношения), взаимопонимание и стремление к справедливости во всех формах отношений. Значение толерантности проявляется на всех стадиях информационного отношения. Особенно важно взаимодействие норм закона и нравственности для оздоровления экологии социальной среды, сокращения киберпреступлений и других правонарушений.

10. Энергетически значимым полем информационной среды являются средства массовой информации и другие формы массовых коммуникаций. Исследования в данном направлении ведутся В.Н. Монаховым². Последние исследования регулирующих воздействий на составляющие это поле общественные отношения, проводимые в секторе информационного права, позволяют сделать вывод, что доминирующими предметами регулирования модернизированных в последние годы законов о прессе и о других средствах массовой информации становятся отношения, направленные на воплощение соответствующих социальных (а не узкопрофессиональных, корпоративных) целевых установок, ценностных ориен-

¹ Общепринятого определения толерантности пока нет, но имеются принципы этого феномена, предложенные ЮНЕСКО. Принципы толерантности ориентированы на обеспечение «добродетели», при отказе от войн они включают: признание универсальности прав человека, плюрализм форм демократии и правопорядка, нетерпимость к социальной несправедливости, отказ от своих убеждений, сохранение уступки относительно других субъектов.

² См., например: *Монахов В.Н.* Средства массовой информации в новых условиях // Информационное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 331–360.

тивов, зачастую выносимых в названия инновационных законодательных актов¹.

В современном широкополосном и мультимедийном технологическом ландшафте институт средств массовой информации, понимаемый в пока еще традиционном смысле в роли некоего средства, как объект правового регулирования все в большей степени обретает качества некой уходящей натуры.

Вместе с тем данный институт, понимаемый в более широком смысле, в качестве информационной линии горизонта демократии, постоянной цели общественного развития, конституционно-правового состояния свободы массовой информации, базирующегося на ч. 5 ст. 29 Конституции РФ, уходящей натурой быть не должен. Как не должен являться этакой витринной конституционно-правовой фикцией².

Исследования, ведущиеся в этом направлении, учитывают общую ориентацию на развитие информационного общества и формирование более зрелого гражданского общества. В центре внимания находится реально действующий и динамично развива-

¹ Например, в Армении на смену Закону 1991 г. «О печати и других средствах массовой информации» в 2003 г. пришел Закон «О свободе информации». В том же году был модернизирован и соответствующий закон Финляндии, обретший новое название – «Об осуществлении свободы выражения в средствах массовой информации». В 2004 г. были приняты Закон Грузии «О свободе слова и выражения мнения» и Закон Венесуэлы «Об ответственности радио и телевидения перед обществом», а также Закон Великого герцогства Люксембург «О свободе выражения в средствах массовой информации», пришедший на смену Закону «О печати и других средствах публикации» 1869 г.

В январе 2005 г. парламент германской земли Рейнланд-Пфальц принял закон (Landesmediengesetz, LMG), регулирующий отношения по поводу массовой информации, объединивший в предмете своего регулирования нормы о вещании, прессе и медиаслужбах. 4 июля 2005 г. парламент Венгрии принял Закон «О свободе электронной информации». В этот же период серьезной модернизации под руководством Европейской комиссии подвергся основной нормативный правовой акт, регулирующий международно-правовые отношения объединенной Европы по телевидению, ранее известный как Директива «О трансграничном телевидении» или Директива «Телевидение без границ». В настоящее время эта Директива называется «Об аудиовизуальных медиауслугах», что также отражает отмеченную выше тенденцию.

² Подробнее см.: *Монахов В.Н.* Свобода массовой информации в Интернете. Правовые условия реализации / Отв. ред. А. К. Симонов, М. В. Горбаневский. М., 2005.

ющийся конституционно-правовой принцип «информация для всех», обретающий все большую значимость для всех участников общественных отношений в связи с реализацией права на информацию: поиск, получение, передача, производство и распространение массовой информации на территории РФ как в офлайне, так и в онлайне.

Свобода массовой информации, сопряженная с ответственностью за то, «как слово наше отзовется», может и должна выступать в роли системообразующего элемента так необходимого на нынешнем этапе общественного развития баланса между управляемостью и независимостью, вертикалью – власти и горизонталью – общества. Поиск такого баланса – титанический по своей сложности труд. Но без него мы в итоге получим отнюдь не демократию, а в лучшем случае ее управляемую имитацию.

Резюмирующими данное направление развития информационного права позициями могут служить следующие.

За сравнительно короткий срок взрывное развитие ИКТ сформировало свой как положительный, так и в определенных смыслах отрицательный потенциал в качестве средства технологически расширяющего традиционные рамки свободы массовой информации и выражения мнений и эти процессы будут поступательно развиваться на основе тех тенденций, которые уже проявились в настоящее время.

Проявляющиеся негативные явления (например, распространение незаконного, вредного и не запрашиваемого контента) надлежит поступательно изживать, что требует закрепления норм, которые максимально отвечают ожиданиям участников расширяющегося сегмента горизонтальных, сетевых информационных отношений и соответствуют передовым мировым стандартам в этом сегменте правового и этического регулирования массовых информационных отношений.

Важную роль играет происходящая кардинальная смена технологической базы распространения информации. Новая «цифровая ипостась» текста, данных, изображения и звукового ряда позволяет этим носителям массовой информации приходить в наши дома и быть нам полезными в постоянно увеличивающемся числе форматов и использоваться в постоянно расширяющемся разнообразии контекстов.

Стратегический тренд развития технологической базы зримо формирующегося глобального информационного общества достаточно явственен и определен. Его основным содержанием является конвергенция технологий доступа к информации и знаниям, постепенное уменьшение в объеме уномедийных (печать, радио, телевидение по отдельности) и широкое развитие мультимедийных услуг (телефон, эфирное, спутниковое и кабельное телевидение, Интернет «в одном информационном флаконе»).

Технологическая конвергенция, в свою очередь, стимулирует этико-правовую конвергенцию нормативного регулирования информационных отношений, включающую два взаимосвязанных и взаимообусловленных процесса. Во-первых, процесс изменения основного предмета нормативного регулирования соответствующего круга общественных отношений. В этом качестве все чаще выступают не отношения по поводу тех или иных средств массовой информации (печати, радио или телевидения), а многообразные отношения по поводу собственно контента, доступ потребителей к которому предоставляется на различных нормативно закрепленных условиях через систему мультимедийных форматов. Во-вторых, процесс сопряжения потенциалов этических и правовых регуляторов информационных отношений, в свою очередь, проявляющихся в двух форматах: нормативном и институциональном. В рамках первого – это включение этических норм в правовые акты, а в рамках второго – формирование государственно-общественных или общественно-государственных институций, эффективно выполняющих функцию своеобразного «рефери» в ходе «игры» на национальных и глобальном полях информации и знания¹. Подобного рода тренд мирового информационно-правового развития все более зримо проявляется в наиболее развитых в информационно-технологическом отношении странах.

¹ Идея о формировании принципиально нового для мирового информационно-пространства органа – Международной палаты по информационным спорам озвучена российской делегацией и нашла поддержку на мировом Форуме «Роль мировых средств массовой информации во взаимоотношениях между народами», состоявшемся в 2006 г. в Брюсселе под патронажем ОБСЕ. Следует отметить, что в основу российской инициативы был положен опыт Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ. Об опыте ее работы см.: *Монахов В.Н. Уроки Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ // Настольная книга по медийному саморегулированию / Под ред. М.А. Федотова. М., 2009. С. 72–101.*

Россия не должна отставать и на этом направлении мирового развития. В этой связи актуализируется потребность в разработке и вынесении на широкое общественное и государственное обсуждение проекта федерального закона «О свободе массовой информации в Российской Федерации», призванного заменить им действующий Закон «О средствах массовой информации» и, возможно, еще ряд сопредельных законодательных актов.

Реализация свободы массовой информации в мультимедийной сетевой среде отличается принципиальной трансграничностью и нерешенностью ряда юрисдикционных проблем. Здесь необходимо максимально широкое обсуждение и принятие мер регулирования на международном уровне по аналогии с морским и космическим правом, защитой окружающей среды, прав человека. Без выработки и реализации единообразного подхода со стороны всех информационно развитых государств, активного участия в этих процессах национальных и транснациональных неправительственных структур ни обеспечение основных прав субъектов сетевой свободы массовой информации, ни борьба с правонарушениями в этой сфере не могут быть достаточно эффективными.

Характерной чертой системы регуляций общественных отношений, связанных с реализацией свободы массовой информации в Интернете, является относительный рост в ней объема договорного, в том числе международно-правового уровня, (горизонтального, диспозитивного) регулирования общественных отношений, а также собственно саморегулирования.

Эффективная модель саморегулирования информационных отношений в Интернете с необходимостью должна включать различные формы досудебного (реализуемого либо в виде третьей стороны информационного суда, либо по типу Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ, либо в формате Общественной коллегии по жалобам на прессу) разрешения информационных споров и иных дел участников виртуального, сетевого взаимодействия. Деятельность таких «говорящих органов права и этики» в информационном пространстве России следует считать социально полезной и перспективной в плане их участия в становлении и развитии в модернизирующейся России, необходимой для успеха этой модернизации культуры, ответственной свободы массовой информации.

Вектор решения этой проблемы должен быть направлен на реализацию в нашей жизни общего социально-политического принципа «государство для человека», а не наоборот. Пока же и в информационной сфере жизни этот принцип для большинства российских граждан все еще трудноосуществим.

Коренные вопросы, определяющие конкретные формы и механизмы (в том числе интернет-ориентированные) реализации идеи информационно открытого государства (ст. 29 и др. Конституции РФ), основных информационных прав и свобод, человеческого измерения информационной безопасности России в условиях глобального информационного общества; место и роль структур гражданского общества в воплощении конституционного института свободы массовой информации в каждодневную реальность, пока не нашли надлежащего концептуального и законодательного решения.

Рассмотрение основных направлений и теоретических решений в области информационного права свидетельствует о возможности сформулировать общие выводы о процессах эволюции государственных и правовых институтов в условиях развития информационного общества, которые являются небесполезными и для других отраслей правовой системы РФ.

§ 4. О неиспользованных возможностях конституционной основы в развитии информационного права

В целом можно сказать, что Конституция РФ создала правовую базу для развития информационного права и регулирования поведения и отношений субъектов в его ареале. Все дело в том, насколько этот потенциал используется и способен дать ожидаемые результаты.

Первым индикатором в данном случае является установление измерения действенности принципа свободы в реализации права на информацию во всем объеме ст. 29 Конституции РФ. Оценка жизнестойкости этого принципа сталкивается с разным пониманием феномена свободы: «все, что хочу», независимо от последствий или получение и использование ресурса информации «любым законным способом». Закон, законность, целесообразность оживают и действуют в этой области жизни общества зримо. Уровень правосознания как массового пользователя ресурсом информации, так и

законодателя весьма подвижен. Закон ищет путь к установлению порядка в условиях неуправляемого динамизма в доступности и вольном использовании информации, предотвращения опасности ее использования вне закона для индивида и для общества.

Глобальная информатизация вырастает на фоне экономической, финансовой мировой олигархии, с одной стороны, и сохранения институтов суверенитета и юрисдикций геополитических структур – государств и их объединений – с другой. Здесь действует индикатор снижения уровня информационного неравенства, сформулированный как «информация для всех». Соотношение реального и желаемого в этом отношении не сбалансировано. Правовые и демократические институты испытывают определенную неустойчивость, что отражается и на ситуации внутригосударственных механизмов. На этом фоне заметен разрыв, образованный рыночными и политическими институтами. В информационной сфере он проявляется во влиянии рыночной экономики на область технической и технологической базы информатизации.

Информационные технологии сформировались в одну из ведущих отраслей экономики. Индустрия программного обеспечения, средства коммуникаций (телевидение, мобильная связь, компьютерные системы), связь (сетевые коммуникации) живут по правилам рынка и оценивают свое положение и роль через показатели прибыли и конкуренции. Публичная же сфера информационной жизни требует соответствующей политики, и не только экономической, но социальной и гуманитарной. В этих условиях нормативная конституционная основа организации разделения предметов ведения органов государственной власти и местного управления подвергается испытаниям, которые 20 лет назад не могли быть предусмотрены.

Здесь существуют, по крайней мере, три проблемы, обусловленные тем, что: 1) государственное управление становится все более общественным и должно соответствовать вызовам гражданского общества, ситуациям международных отношений, обновлять и развивать демократические институты; 2) соотношение правового регулирования на федеральном и региональном уровнях также требует коррекций соблюдения норм ст. 71–73 Конституции РФ; 3) необходимо внимательно отслеживать постепенное «утекание» через механизмы инфокоммуникационного аутсорсинга функций государственных органов и влияния на ослабление управленческо-

го потенциала государственной политики и правового регулирования.

Особенность информационного права состоит в том, что в данной сфере правовые отношения сильно детерминированы технологией и разными подходами к трактовке института свободы информации. Динамикой самих технологий обусловлен акцент на приоритете технологических методов без учета готовности организационных и управленческих систем к их безопасному и эффективному использованию. До сих пор, например, сложно решаются проблемы трансграничной передачи данных и особенно персональных данных. Достаточно остро стоит вопрос о согласовании юрисдикций государств – участников трансграничных контактов, всех иных субъектов, и особенно реализующих статус обработчиков и провайдеров. Это касается не только продуктивного взаимодействия в науке, производстве, образовании, медицине, но и в области борьбы с не менее активной киберпреступностью.

Интернет – площадка переплетения знаний и опыта их применения, хранит и плодит не менее опасные ресурсы, чем атомная энергия. Например, ограждение детей от информации, не соответствующей их возрасту, в частности, от вредной информации в Интернете, стало мировой проблемой. В превентивных мерах охраны нравственности детей усматривается риск непропорционального ограничения права на информацию. Вместе с тем велики опасения введения под предлогом защиты детей цензуры в Интернете. Решение ищется методом проб и ошибок. Лучшие практики пока не выработаны, оптимальное решение еще не найдено¹.

Этот вопрос актуален и за рубежом. Там были перепробованы различные подходы, но единое удовлетворительное решение так и не было найдено.

¹ Примечательна история вопроса в США, где Верховный суд неоднократно признавал неконституционными законы о защите детей от информации, не соответствующей их возрасту. В одном случае – из-за слишком широких и размытых формулировок, ведущих к возможному нарушению прав взрослых пользователей Интернета (*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997)). В другом случае неконституционным был признан закон, требующий верификации возраста пользователей Интернета, поскольку существуют менее обременяющие права других лиц меры – программы-фильтры (*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U.S. 656 (2004)). См. также: *Монахов В.Н.* Правовые и этические регуляции как средство обеспечения чистоты виртуального пространства // Новая Юстиция. 2009. № 3. С. 89–99.

В России проблема решается законодателем. И здесь потребуются индикаторы оценки эффективности выбранных мер. Заметим, что некоторые ситуации исчезли сами собой под влиянием развития технологий. Так, в 1990-е гг. существовала проблема спама, имевшая как технический, так и как правовой характер. И хотя общее решение не выработано, она практически утратила актуальность. Почтовые сервисы разработали антиспам-фильтры, распространился широкополосный доступ.

Не теряет остроты вопрос о системной оценке эффективности самого действующего информационного законодательства. Отмечается неизбежность его динамичности и ориентации на более устойчивые и необходимые для систем управления делами государства принципы и механизмы. Здесь формируется такой индикатор, как гармония, согласованность отраслевой системы норм и системная связь нормативных правовых актов при каждом случае поправок и дополнений, не говоря уже о принятии новых законов. Из числа ежегодно принимаемых законов 50–70% составляют акты, вносящие поправки и дополнения в действующие законы. Добиться гармонизации и подготовки законов длительного действия трудно при отсутствии федерального закона о нормативных правовых актах в правовой системе российского законодательства. Разные редакции проекта такого закона находятся в Государственной Думе уже много лет.

В научном плане проблемы юридической технологии и юридической техники, а также тема наведения порядка в используемых правовых дефинициях в законодательстве активно обсуждаются, но в законотворчестве решаются с трудом. Это касается, например, реализации идеи Федерального закона от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления»¹. С учетом Указа Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»² подготовлен вариант дополнения этого Закона.

¹ СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 776.

² СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2338. Указ предусматривает пункт об «обеспечении доступа в сети Интернет к открытым данным, содержащимся в информационных системах органов государственной власти Российской Федерации». Представляется, что речь должна идти об упорядочении технологической основы предоставления доступа к информации о деятельности государственных орга-

Предусмотрено «обеспечить доступ» к открытым данным без учета его связи с сопредельными проблемами, что социально неэффективно. Решать вопрос об открытых данных в системах органов государственной власти при отсутствии правового регулирования режима служебной информации и служебной тайны проблематично. Несмотря на это, проект закона о внесении поправок в вышеназванный Закон, представленный в Государственную Думу, свел норму о размещении информации в сети Интернет к установке размещать ее «в виде массивов данных, организованных в формате, обеспечивающем их автоматическую обработку в целях повторного использования без предварительного изменения человеком (машиночитаемый формат), и на условиях ее свободного (бесплатного) использования». Эта не воспринимаемая по смыслу фраза может быть заменена на более внятный вариант: «открытая информация – это базы данных в формате, обеспечивающем автоматическую обработку на условиях бесплатного и неограниченного доступа в интернет-ресурс». Именно такое предложение было сделано от имени ИГП РАН при обсуждении проекта данной поправки.

В перечне отраслей законодательства Конституция РФ не предусматривает такой отрасли, как «информационное право» (п. «о» и «п» ст. 71 и п. «к» ч. 1 ст. 72). Однако эта отрасль самым тесным образом связана с административным правом и его дочерними отраслями (бюджетное, налоговое, финансовое, экологическое и др.), и все это является сферой совместного ведения Федерации и ее субъектов. Но недостаточно внятная формулировка п. «и» в ст. 71 позволяет правоохранительным органам относить федеральную связь и информацию к исключительному ведению федерального уровня всего ресурса информации и средств коммуникаций. Это как бы исключает активность и самостоятельность регионов в нормативно-правовом регулировании технологических и информационных ресурсов с учетом специфики регионов. Эту же ли-

нов. Но во исполнение этого пункта подготовлен проект федерального закона о внесении поправок только в вышеназванный Закон от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ. Он базируется на концепции некоммерческого партнерства «Информационная культура», которая, не учитывая существующих форм открытой информации и доступа к ней через сайты, кабинеты и другие формы; норм вышеупомянувшегося Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ об информации, не подлежащей ограничению в доступе; об официальном электронном опубликовании правовой информации и т.д., в итоге не дает своего понимания «открытых данных».

нию можно проследить и на примере Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ – важнейшей сферы формирования исходной информации для управления государственными делами и потребителя информации.

Не теряет своего значения проблема ответственности разных субъектов, и особенно тема ответственности субъектов в интернет-среде, в частности, провайдеров². Пока законодатель и наука обсуждали необходимость более детального регулирования и различные его варианты, судам приходилось разбирать возникшие споры³.

В целом же необходим комплексный подход с учетом уже принятых актов и практики их применения. Здесь вопросы ответственности в сфере компьютерных преступлений сосредоточены в гл. 28 УК РФ. Расширение их состава предполагается. Однако возникают вопросы о квалификации преступлений, совершаемых с применением информационных технологий⁴.

Исходя из содержания принципа законности, виды административных наказаний, правила их применения и порядок производства по делам об административных правонарушениях в ин-

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

² Согласно ч. 3 ст. 17 Закона об информации в случае, если распространение определенной информации ограничивается или запрещается федеральными законами, то лицо, оказывающее услуги по ее распространению, не несет гражданско-правовую ответственность в случае передачи информации, предоставленной другим лицом, при условии ее передачи без изменений и исправлений; либо хранения информации и обеспечения доступа к ней при условии, что это лицо не могло знать о незаконности распространения информации.

³ В постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 декабря 2008 г. № 10962/08 по делу № А40-6440/07-5-68 (по делу «Мастерхост») и от 1 ноября 2011 г. № 6672/11 по делу № А40-75669/08 (по делу «Агава-Софт») указывается, что провайдер не несет ответственности за передаваемую информацию, если не он инициирует ее передачу, выбирает получателя информации, влияет на целостность передаваемой информации; при этом следует принять во внимание превентивные меры по пресечению нарушений с использованием предоставленных провайдером услуг, предусмотренные договорами, заключенными им со своими клиентами.

⁴ К примеру, недавно УК РФ был дополнен ст. 159⁶ «Мошенничество в сфере компьютерной информации». Однако название данной статьи не в полной мере соответствует ее содержанию, где установлена ответственность за хищение не в сфере, а с использованием компьютерной информации.

формационной сфере могут быть установлены только КоАП РФ (гл. 13).

В КоАП РФ закреплены различные составы административных правонарушений в рассматриваемой сфере, предусмотрены наказания за их совершение и процессуальный порядок реализации уполномоченными лицами их применения¹. Заметим, что перечень правонарушений в гл. 13 КоАП РФ не охватывает всех правонарушений информационного характера в силу иного подхода к его структуре. Такие важные составы, как, например отказ в предоставлении информации (ст. 5.39), нарушение правил работы с информацией в процессе избирательных кампаний, об использовании информационных технологий при совершении административных нарушений в области финансовой, хозяйственной и иной деятельности не включены в состав гл. 13. Множество субъектов, реализующих административную ответственность (более 10 федеральных ведомств), не способствует обеспечению требуемого уровня конституционной законности в информационной сфере.

Немаловажное значение имеет вопрос о необходимости систематизации законодательства в области информационного права и перехода к его кодификации. Только таким путем можно обеспечить гармонизацию уже принятых законов по признакам терминологии и особенно правовых дефиниций, применяемых законодателем, по предметам и объектам правового регулирования, принципам и другим общим критериям общего характера, а также обеспечить системное регулирование основных институтов информационного права.

¹ Санкции в виде административного штрафа, предупреждения, административного приостановления деятельности, а в качестве дополнительного – конфискации орудия совершения или предмета административного правонарушения распределены по видам правонарушений, но реализация полномочий органов власти при их применении в соответствии с нормами разд. III, IV и V КоАП РФ предусматривает стадии: 1) возбуждение дела об административном правонарушении; 2) рассмотрение дела об административном правонарушении; 3) принятие процессуального акта о привлечении к административной ответственности, его письменное оформление и провозглашение (судом); 4) обжалование процессуального акта о привлечении к административной ответственности; 5) исполнение процессуального акта по делу об административном правонарушении. Соотнесение этих механизмов административного воздействия на области информационных правонарушений еще потребует внимания специалистов.

В данном процессе важную роль играет такой институт самоорганизации правовой системы, как правовой мониторинг. В этой области проводится большая работа, но и она не имеет единой методологической основы и осуществляется по принципу ведомственных интересов, выбора отдельных объектов мониторинга и индикаторов оценки результатов наблюдения.

Проблем, связанных с конституционной основой регулирования организации государственной системы власти и управления, выстраиванием системы законодательства и его правоприменения, множество. И не случайно в структуре законодательства РФ к настоящему времени насчитывается 30 отраслей права. Каждой отрасли присущи и информационные функции, результат осуществления которых интегрируется в уровне правосознания общества, индивидов и их ассоциаций. В первую очередь важен уровень правосознания самих субъектов законодательной инициативы, депутатов законодательных органов и всего корпуса государственной службы, занятого обеспечением правоприменения и законности своей деятельности. В воспитании правовой культуры не последнюю роль играет информационное право.

В правотворчестве всегда необходимо помнить, что между теорией права и созданием отраслевых систем законодательства лежит феномен государственной политики. В информационном законодательстве немалую роль играет фактор времени: реагирование на ситуацию (оперативность по факту) бывает поспешным, а чаще – запоздалым. Правовое регулирование не ориентировано на тенденции движения социума, на перспективу. Выявлять не только нарушителей закона, но и улавливать возможное развитие социальных, экономических и иных процессов общественного бытия и готовить соответствующую правовую основу на перспективу – важная задача информационного права и укрепления его роли и места в правовой системе РФ.

Глава 8. Экологическое право*

§ 1. Конституционные положения как методологическое основание формирования экологического права и его источник

Конституция РФ как основной источник экологического права по многим положениям существенно и теоретически очень выгодно отличается от всех предшествующих отечественных конституций. Она обладает значительным потенциалом для прогрессивного развития и эффективного действия экологического права¹.

Чрезвычайно важно, что Конституция РФ содержит положения, непосредственно касающиеся наиболее существенных для экологического права характеристик, – о месте и роли природы в жизни общества; о праве собственности на природные объекты (ресурсы); об объектах экологических отношений; об экологических правах человека; об экологической функции субъектов права; о федеративной структуре развития экологического законодательства (ст. 9, 36, 42, 58, 71, 72 и др.).

Конституция РФ закрепляет также ряд принципиально новых для российского общества, государства и права положений общего характера и именно благодаря им обладает огромным, пока, к сожалению, не реализованным потенциалом для последовательного прогрессивного развития экологического законодательства. Речь прежде всего идет о следующих взаимосвязанных положениях: Россия – демократическое правовое государство (ст. 1); человек, его права и свободы являются высшей ценностью (ст. 2); Россия – социальное государство (ст. 7); государственная власть осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10); права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной

* Глава подготовлена с использованием СПС «КонсультантПлюс».

¹ Подробнее об этом см.: *Бринчук М.М.* Конституция Российской Федерации – основа прогрессивного развития экологического права // Конституция Российской Федерации и развитие экологического права. Материалы круглого стола / Под ред. М.М. Бринчука и О.Л. Дубовик. М., 2005. С. 1–15; *Бринчук М.М.* Конституционные основы развития экологического права // URL: <http://igpran.ru/public/publico> (дата обращения: 03.04.2013).

и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием (ст. 18).

Эти положения предопределяют качественно новые подходы к развитию не только экологического права, но и всей правовой системы. Они устанавливают *стандарт деятельности всех институтов государственной власти и иных субъектов экологического права, одновременно служат юридическим критерием оценки правомерности и эффективности этой деятельности, ее конституционности.*

Не предусматривая прямых экологических требований, указанные положения служат важнейшим и юридически обязательным для учета методологическим основанием развития и осуществления экологического права. Можно утверждать, что даже если бы в Конституции РФ отсутствовали положения экологического характера, то при целенаправленной реализации названных выше положений общего характера состояние природы в стране последовательно бы улучшалось.

Каждое из этих общих положений имеет конкретный и значительный регулятивный потенциал, в том числе и для развития экологического законодательства. В контексте рассматриваемой темы подчеркнем, что они служат методологическим основанием для прогрессивного развития экологического права. При подготовке и принятии каждого отдельного закона, касающегося сферы взаимодействия общества и природы, как на федеральном, так и региональном уровнях, законодатель должен прежде всего исходить из названных выше положений Конституции РФ, поскольку она имеет высшую юридическую силу и прямое действие (ч. 1 ст. 15).

В системе общих положений Конституции РФ особое место занимает ст. 18, на которую и в практической деятельности, и в науке обращается мало внимания.

Из указанной конституционной нормы вытекает, как минимум, две задачи, которые должны быть решены законодательной властью¹. Первая касается необходимости подготовки и принятия

¹ Эта норма адресована всем субъектам публичной власти. Однако с учетом места законодательной власти в государстве в контексте принципа разделения власти, а также роли законодательства в общественном развитии, ее реализация начинается прежде всего с законодательной ветви. Исполнительная власть будет исполнять действующее законодательство, т.е. законодательство, которое имеется в государстве, – развитое или недоразвитое, сильное или слабое.

законов, создающих эффективный правовой механизм по обеспечению рационального природопользования и охраны окружающей среды. Последовательная реализация такого механизма – задача прежде всего исполнительной власти, призванной обеспечивать соблюдение права каждого на благоприятную окружающую среду. Вторая задача – принять законы, создающие эффективные правовые механизмы по реализации, охране и защите экологических прав, в том числе естественного по характеру и фундаментального по значимости права каждого на благоприятную окружающую среду.

Особое не только методологическое, но и нормативно-правовое значение имеет положение ст. 9, согласно которому земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. Для экологического права данная норма существенна в трех важнейших отношениях.

Природный мир, являющийся жизненно важным фактором развития общества и служащий основой жизни и деятельности людей, как известно, развивается по собственным, объективным законам. В этой конституционной норме, определяющей один из наиболее существенных элементов конституционного строя России, *выражены природная обусловленность жизнедеятельности человека и общества и соответственно детерминированность развития общества естественными законами природы, подчиненность им*. Иными словами, законы общества, не только специализированные в регулировании отношений в сфере взаимодействия общества и природы, но и все иные, реализация которых затрагивает интересы экологического благополучия, должны учитывать экологические требования, вытекающие из законов природы.

По существу, ст. 9 закрепляет *экологическую функцию государства и других субъектов экологического права*. Из этой нормы вытекает: использование природных ресурсов должно быть рациональным, природа подлежит охране. Наиболее важна при этом именно экологическая функция государства, содержание и осуществление которой в конституционном аспекте определяется ст. 18. Все другие субъекты экологического права призваны соблюдать установленные государством экологические требования.

Анализ нормы этой статьи дает основание воспринимать природу в правовом контексте как публичное благо. Соответственно

как публичное благо отношения по поводу природы могут регулироваться в публичном праве, к которому относится и экологическое.

И, наконец, нельзя не обратить внимания на мировоззренческое значение обсуждаемой нормы. В XX в. господствующей была антропоцентристская концепция охраны природы, согласно которой природа охраняется ради человека и его интересов. Природа (в законодательстве – окружающая среда) как объект экологических отношений, регулируемых экологическим правом, – сложная система. Человек – лишь часть этой системы, живой природы. Соответственно это положение ст. 9 создает научно обоснованное основание эоцентристской концепции охраны природы. Природа является ценностью, нуждающейся в охране сама по себе, в силу того, что она служит источником жизни, но не только человека. По оценкам специалистов, именно антропоцентристская концепция охраны природы стала одной из причин переживаемого миром экологического кризиса.

Развитие экологического права в методологическом и нормативно-правовом контексте конституционных положений будет обеспечивать его соответствие нормам Основного закона; получает дополнительный прогрессивный правовой потенциал; посредством конституционных положений в данной области способствует реализации названных выше норм Конституции РФ; повышает эффективность правовой системы российского государства.

§ 2. Реализация на практике положений Конституции РФ

Достоинства современного экологического законодательства

Конституция РФ, несомненно, оказала положительное влияние на формирование экологического законодательства, особенно в 1990-е гг. Существенным фактором в этом процессе стала и политическая, социальная, экономическая и иная ситуация в России постсоветского периода. Начиная с 1991 г. экологическое законодательство РФ создано практически заново.

В целом современный период экологического законодательства в сравнении с предшествующим характеризуется:

формированием системы законодательства об окружающей среде, о природных комплексах, о природных объектах. В предше-

ствующий период законодательство развивалось преимущественно применительно к отдельным природным объектам. На современном этапе более сбалансированно реализуются интегрированный и дифференцированный подходы к правовому регулированию экологических отношений, что служит выражением системного, прогрессивного, научно более обоснованного развития экологического права;

значительным увеличением в нормативно-правовом массиве удельного веса законов. Ранее в правовом регулировании преобладали подзаконные акты – правительственные и ведомственные. Тенденция к преимущественно законодательному регулированию отношений в сфере взаимодействия общества и природы является фактором эффективной реализации конституционного принципа разделения власти и построения в России правового государства;

признанием и закреплением на уровне законодательства, в том числе конституционного, экологических прав человека. В определенной мере созданы механизмы, направленные на реализацию этих прав, обеспечение их соблюдения и защиты. Признание прав и создание механизмов их соблюдения и защиты свидетельствует о последовательном построении в России демократического, правового и социального государства;

совершенствованием механизмов правового регулирования использования природных ресурсов и охраны окружающей среды. Получили развитие правовые меры, направленные на предупреждение экологического и экогенного вреда, – по экологическому нормированию, оценке воздействия на окружающую среду, экологической экспертизе, лицензированию, контролю. Одновременно более четко урегулировано применение юридической ответственности, прежде всего административной и уголовной, за экологические правонарушения и преступления.

Весьма значимой характеристикой современного состояния экологического права является экологизация иного законодательства. Охрана окружающей среды и восстановление ее благоприятного состояния достигается не только на основе экологического законодательства, но и путем оптимального регулирования экологических отношений хозяйственным (предпринимательским), гражданским, административным, уголовным законодательством, законодательством о промышленной безопасности и иными отраслями российского законодательства. Экологические требования

были предусмотрены во многих федеральных законах «Об использовании атомной энергии», «О защите прав потребителей», «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения», УК РФ, КоАП РФ и иных нормативных правовых актах.

Тенденции развития экологического законодательства и его современное состояние

Вместе с тем надо сказать и о том, что в целом в эколого-правовой сфере многие положения Конституции РФ не исполняются¹. В части создания эффективного эколого-правового механизма не реализуются положения ст. 9 и 18. На сегодняшний день ни один из элементов этого механизма не урегулирован в законодательстве в должной мере.

Деятельность федеральной законодательной власти в исследуемой сфере отличается непоследовательностью. С начала XXI в. процесс в целом положительного развития федерального экологического законодательства пошел вспять. В этот период Государственной Думой РФ были приняты федеральные законы, противоречащие экологическим интересам общества и демонстрирующие в нарушение Конституции РФ непоследовательность экологической политики российского государства. Речь, в частности, идет о принятии закона, разрешающего ввоз отработавшего ядерного топлива в Россию. 10 июля 2001 г., вопреки позиции специалистов и экологическим интересам общества, был принят Федеральный закон № 93-ФЗ «О внесении дополнений в статью 50 Закона РСФСР «Об охране окружающей природной среды», которым разрешался ввоз в Российскую Федерацию из иностранных государств облученных тепловыделяющих сборок ядерных реакторов для осуществления временного технологического хранения и (или) их переработки. Напомним, что ст. 50 этого Закона предусматривала запрет на ввоз в Россию в целях хранения или захоронения радиоактивных отходов и материалов из других государств. По мнению

¹ Подробнее об этом см.: *Бринчук М.М.* Трудные времена экологического права // URL: <http://igpran.ru/public/publicsite/> (дата обращения: 03.04.2013); *он же.* Безответственность в современном экологическом праве // Государство и право. 2010. № 11.

многих экспертов, для ввоза названных в нем материалов у России нет ни соответствующих технологий, ни мощностей¹.

Несмотря на определенный прогресс в развитии экологического законодательства в современной России, оно в значительной степени пробельно. В частности, остаются законодательно неурегулированными общественные отношения, касающиеся платежей за негативные воздействия на состояние окружающей среды, экологического страхования, зон экологического бедствия, экологического аудита. Крайне слабо урегулированы экотехнические требования и экологическая сертификация. Законодательству присущ такой серьезный дефект, как отсутствие в нем процессуальных норм в области экологического нормирования, оценки воздействия на окружающую среду, лицензирования, платы за негативные воздействия на окружающую среду и др. В целом состояние данной отрасли законодательства не соответствует научным представлениям о его содержании. Важно подчеркнуть, что в содержательном отношении экологическое законодательство не соответствует конституционным требованиям его развития, вытекающим, в частности, из ст. 1, 2, 7, 10 и 18².

Кроме того, нельзя не отметить выхолащивание прогрессивных положений экологического законодательства. К примеру, государственная экологическая экспертиза была, пожалуй, единственной эффективной мерой охраны окружающей среды в Российской Федерации в 1990-х гг. Ситуация коренным образом изменилась с принятием Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»³, которым из перечня объектов обязательной государственной экологической экспертизы исключены проекты строительства,

¹ См.: Зеленый мир. 2004. № 3–4. С. 1.

² Применительно к законодательству в целом на это обстоятельство обращает внимание и Ю.А. Тихомиров. Он, в частности, указывает: «В прошедшее десятилетие, к сожалению, между Конституцией и законодательством существовал некоторый разрыв – конституционные нормы слабо отражались в отраслях законодательства». Развитие законодательства должно быть направлено прежде всего на реализацию положений Конституции Российской Федерации (см.: Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского. М., 2004. С. 11).

³ СЗ РФ. 2006. № 52 (ч. 1). Ст. 5498.

реконструкции, расширения, технического перевооружения, консервации и ликвидации предприятий, магистральных трубопроводов и иных экологически опасных объектов. В настоящее время экспертиза таких объектов проводится в рамках государственной экспертизы проектной документации, государственной экспертизы результатов инженерных изысканий, регулируемых Градостроительным кодексом РФ. Есть основания полагать, что предпочтение при таких экспертизах отдается интересам экономического развития в ущерб природе.

Примером выхолащивания является также замещение государственного земельного кадастра земельным реестром в составе государственного кадастра недвижимости, что критически оценивается в доктрине экологического права¹. Государственный земельный кадастр – один из основополагающих и приоритетных институтов земельного права – десятилетиями служил основой планирования использования и охраны земель. С учетом его значения был принят Федеральный закон от 2 января 2000 г. № 28-ФЗ «О государственном земельном кадастре»².

Проблемы исполнения законодательства

Исполнение, а точнее, неисполнение экологического законодательства является острой проблемой.

Перед органами исполнительной власти стоят две важнейшие взаимосвязанные задачи: создание эффективной системы специально уполномоченных государственных органов в области природопользования и охраны окружающей среды и реализация задач и функций управления, которые на них возлагаются. При этом эффективность реализации управленческих функций во многом зависит от качества системы специально уполномоченных государственных органов в данной области.

Вопросам организации государственного управления в исследуемой сфере уделялось на современном этапе чрезмерное внимание. В последние 20 лет в государстве произошло более 30 реорганизаций системы специально уполномоченных органов государ-

¹ См., например: *Выпханова Г.В.* Правовые проблемы информационного обеспечения природопользования и охраны окружающей среды: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2009. С. 52.

² СЗ РФ. 2000. № 2. Ст. 149.

ственного управления в области природопользования и охраны окружающей среды¹. Перманентно происходящие без учета научных рекомендаций реорганизации системы органов государственного управления такой запущенной сферой, как взаимодействие общества и природы, не может не сказаться на результатах природоохранной деятельности, и на реализации экологического законодательства в целом.

Серьезной проблемой является также перераспределение, разграничение полномочий в исследуемой сфере на федеральном и региональном уровне. «Частое изменение разграничения полномочий, – указывает Ю.А. Тихомиров, – стало дурной болезнью; невозможно системы управления и регулирования все время переводить с боку на бок, в том числе в экологической сфере»².

Экологическое законодательство является слаборазвитым, многие его важнейшие требования хронически не исполняются уполномоченными государственными органами исполнительной власти и их должностными лицами³. При этом заметим, что такое неисполнение имеет глубокие исторические корни.

Назовем лишь некоторые примеры неисполнения существенных требований федеральных законов. Одно из них касается нормирования качества окружающей среды. Начиная с 1980 г., когда был принят Закон СССР «Об охране атмосферного воздуха», для исполнения его требований, как позже и для исполнения других законов, в том числе ст. 21 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»⁴, должны были быть проведены масштабные работы по совершенствованию нормирования в контексте трансформации нормативов из санитарно-гигиенических в экологические, т.е. ориентированных на охрану не только здоровья

¹ История реорганизации федеральных органов исполнительной власти в области природопользования и охраны окружающей среды приводится по книге: *Ларин В., Мнацаканян Р., Честин И., Шварц Е.* Охрана природы: от Горбачева до Путина. М., 2003. Подробнее об этом см. также: *Бринчук М.М.* Российское государство и охрана природы // Политика и общество. Научный российско-французский журнал. 2006. № 6. С. 5–26.

² *Тихомиров Ю.А.* Теоретико-практический взгляд на водное право // Водное законодательство и экологические вызовы. Сб. материалов научно-практической конференции (Москва, 15 июня 2012 г.). М., 2012. С. 27.

³ Подробнее об этом см.: *Бринчук М.М.* Безответственность в современном экологическом праве. С. 56–66.

⁴ СЗ РФ 2002. № 2. Ст. 133.

человека, но и растительного и животного мира. Но они не были проведены, требования названных федеральных законов не были исполнены.

Федеральный закон «Об охране окружающей среды» предусматривает, что порядок объявления и установления режима зон экологического бедствия устанавливается законодательством о зонах экологического бедствия (ст. 57). Даже по официальным оценкам¹ 16% территории РФ, где проживает больше половины населения, характеризуются как экологически неблагоприятные. Это обстоятельство свидетельствует о важности названной нормы указанного Закона. Со времени вступления его в силу прошло более 10 лет, а закон о зонах экологического бедствия все еще не принят.

В больших масштабах в стране осуществляется генно-инженерная деятельность, внедрение достижений которой в практику весьма опасно для окружающей среды и человека. Регулируется данная сфера Федеральным законом от 5 июля 1996 г. «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»². В соответствии со ст. 6 этого Закона определенные в нем работы осуществляются на основе разрешений (лицензий), выдаваемых в установленном законодательством порядке. В самом Законе названы семь видов генно-инженерной деятельности, подлежащих лицензированию. Лицензирование требуется, поскольку последствия проведения таких работ без особого контроля для общества и природы весьма тяжелы. На сегодняшний день научно обоснованная норма о лицензировании генно-инженерной деятельности, установленная в 1996 г., т.е. 17 лет назад, не исполняется, порядок лицензирования проведения работ в этой экологически весьма значимой сфере не установлен.

«Неисполнение и нарушение законов стало трагедией нашего государства»³. Эта оценка вполне относится к обсуждаемой сфере. Специалисты обоснованно утверждают, что законодательство, которое не исполняется, не только бесполезно, но и вредно, поскольку оно подрывает доверие к праву, сдерживает развитие правовой

¹ См.: Указ Президента РФ от 1 апреля 1996 г. № 440 «О Концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию» // СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1572.

² СЗ РФ. 1996. № 28. Ст. 3348.

³ *Тихомиров Ю.А.* Общая концепция развития российского законодательства // Концепции развития российского законодательства. М., 1998. С. 8.

культуры¹. Трудно не согласиться с мнением Г. Сатарова, бывшего советника Президента РФ, об «абсолютном бедламе в исполнительной власти»².

Судя по состоянию экологического законодательства, есть основания говорить о бедламе и в законодательной власти. Однако, исходя из официальных признаний политического руководства страны в последние годы, этому можно не удивляться. В мае 2010 г. на заседании Президиума Государственного совета, посвященном реформированию законодательства в сфере охраны окружающей среды Российской Федерации³, министр природных ресурсов и экологии, долгие годы возглавлявший министерство (сейчас – советник Президента РФ), говорил: «...На протяжении практически последних 100 лет вопросы охраны окружающей среды находились на обочине внимания государства». Не менее откровенно высказался, открывая это заседание, Президент России: «Лет десять назад разговоры об экологии воспринимались как экзотика». При этом никто из участников заседания и других членов Президиума, судя по стенограмме, не спросил: как можно говорить об экологии как экзотике, об «обочине внимания государства» в стране с критическим состоянием природы и крайне тяжелыми общественными последствиями, если с 1993 г. в России действует Конституция, установившая, помимо иных прогрессивных положений, право каждого на благоприятную окружающую среду?

В то же время политическое руководство, кажется, осознает серьезность ситуации. В январе 2013 г. на заседании кабинета министров по случаю Года охраны окружающей среды премьер-министр Д.А. Медведев заявил: «...То, что происходит у нас, абсолютно невозможно себе представить ни в одной стране. Ни одна развитая страна такого зачастую варварского отношения к природе себе не позволяет, причем я имею в виду, естественно, не только

¹ См.: Формирование правовых основ рыночной экономики. Предварительный вариант. Доклад Специальной проблемной группы по правовой реформе в Независимых государствах. М., 1992. С. 11.

² Сатаров Г. Пора предлагать стране новую повестку дня. Сильная власть отнимает и делит, умная – складывает и умножает // Новая газета. 2004. 4 нояб.

³ См.: стенограмма заседания // URL: <http://www.kremlin.ru/transcripts/7872> (дата обращения: 14.01.2011).

компании, предприятия, я имею в виду и бытовой уровень»¹. Осознает, но бездействует.

§ 3. Развитие теории экологического права. Вклад сектора эколого-правовых исследований ИГП РАН в теорию и практику отрасли

Направления и проблемы развития теории экологического права

Для рассматриваемого периода характерно в целом прогрессивное и интенсивное развитие науки экологического права. При этом отечественная наука традиционно развивается в трех направлениях: исследование национальных правовых основ взаимодействия общества и природы, сравнительно-правовые исследования в данной сфере и исследование международного права окружающей среды. Относительно больший удельный вес оправданно всегда занимали исследования национального права.

Развитие теории экологического права происходит преимущественно посредством подготовки диссертаций². Вместе с тем в исследовательских институтах готовились и издавались монографии, в частности, посвященные таким важнейшим вопросам экологического права, как институты экологического права³, актуальные проблемы экологического права⁴, правотворчество в сфере экологии⁵, концепция развития экологического законодательства⁶, объекты экологических отношений⁷, юридическая ответственность за

¹ URL: <http://aktualno.ru/view/ru/society/11267> (дата обращения: 10.01.2013).

² Полная картина развития науки представлена в библиографических сборниках: Экологическое право России. Библиография (1990–2001 гг.) / Под ред. О.Л. Дубовик. М., 2003; *Ефимова Е.И.* Экологическое право России. Библиография (1958–2004 гг.). М., 2007.

³ См.: Институты экологического права / Под ред. С.А. Боголюбова. М., 2010.

⁴ См.: *Боголюбов С.А.* Актуальные проблемы экологического права. М., 2011.

⁵ См.: *Боголюбов С.А.* Правотворчество в сфере экологии. М., 2010.

⁶ См.: *Бринчук М.М.* Концепция развития экологического законодательства Российской Федерации. СПб., 2009.

⁷ См.: *Бринчук М.М.* Экологическое право: объекты экологических отношений. М., 2011.

экологические правонарушения¹. Значимы для науки и практики работы О.И. Крассова по земельному праву².

В целом в эколого-правовой науке большое внимание уделяется анализу положений Конституции РФ. В конституционно-правовом аспекте соответствующая проблематика исследовалась применительно к экологической безопасности³. В этом же аспекте можно рассматривать и исследование теоретических проблем обеспечения экологического правопорядка⁴.

Существенным достоинством развития науки является обращение к ее основам – исследованию проблем методологии⁵ (в свете вклада в науку разработка вопросов методологии будет отражена ниже).

С учетом важности законодательства в эффективном решении проблем взаимодействия общества и природы соответствующая проблематика исследований была преобладающей⁶.

Большое научное и прикладное значение имеет исследование эколого-правовых основ устойчивого развития⁷.

В основе экологического права и любого экологически значимого решения лежит информация. С этой точки зрения оценивается

¹ См.: Юридическая ответственность за экологические правонарушения / Отв. ред. О.Л. Дубовик. М., 2012.

² См.: *Крассов О.И.* Право частной собственности на землю: купля-продажа, аренда, приватизация, судебная защита. М., 1995; *он же.* Земельное право современной России. М., 2003.

³ См.: *Чертova Н.А.* Конституционно-правовые основы обеспечения экологической безопасности Российской Федерации (на опыте северных регионов): Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2007; *Велиева Д.С.* Конституционно-правовые основы экологической безопасности в Российской Федерации: Дисс. ... докт. юрид. наук. Саратов, 2011.

⁴ См.: *Духно Н.А.* Теоретические проблемы обеспечения экологического правопорядка: Дисс. ... докт. юрид. наук. Уфа, 2000.

⁵ См.: *Шестерюк А.С.* Экологическое право: проблемы методологии: Дисс. ... докт. юрид. наук. СПб., 2000.

⁶ См.: *Игнатьева И.А.* Экологическое законодательство России: теория и практика систематизации: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2007; *Злотникова Т.В.* Проблемы развития экологического законодательства на современном этапе: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2000; *Никишин В.В.* Теоретические проблемы развития экологического законодательства субъектов Российской Федерации: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2005.

⁷ См.: *Вершило Н.Д.* Эколого-правовые основы устойчивого развития: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2008.

значение глубокого исследования правовых проблем информационного обеспечения природопользования и охраны окружающей среды¹.

Важнейшее место в экологическом праве занимает экономический механизм охраны окружающей среды, призванный в дополнение к административному механизму обеспечивать эффективное регулирование экологических отношений. С этой точки зрения оценивается фундаментальное исследование проблем правового обеспечения экономического механизма охраны окружающей среды².

В науке последних лет были исследованы вопросы координации в системе государственного и муниципального управления охраной окружающей среды РФ³; теоретические проблемы регулирования экологического управления на региональном уровне⁴; теоретические и организационно-правовые основы реализации экологической функции государства органами внутренних дел⁵.

Был проведен ряд исследований эколого-правовой проблематики применительно к отдельным природным объектам⁶, природным комплексам⁷, отраслям и сферам народного хозяйства⁸.

¹ См.: *Вытханова Г.В.* Указ. соч.

² См.: *Петрова Т.В.* Проблемы правового обеспечения экономического механизма охраны окружающей среды: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2000.

³ См.: *Бучакова М.А.* Координация в системе государственного и муниципального управления охраной окружающей среды Российской Федерации: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2011.

⁴ См.: *Навасардова Э.С.* Теоретические проблемы регулирования экологического управления на региональном уровне: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2002.

⁵ См.: *Лапина М.А.* Теоретические и организационно-правовые основы реализации экологической функции государства органами внутренних дел: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2003.

⁶ См.: *Габитов Р.Х.* Теоретические проблемы правовой охраны атмосферы Земли в современных условиях: Дисс. ... докт. юрид. наук. Уфа, 2000; *Волков Г.А.* Принципы земельного права: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2005.

⁷ См.: *Муртазалиев А.М.* Правовые проблемы охраны окружающей среды в бассейне Каспийского моря: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1996.

⁸ См.: *Круглов В.В.* Организационно-правовые проблемы охраны окружающей среды в промышленности в современный период: Дисс. ... докт. юрид. наук. Екатеринбург, 1999; *Кловач Е.В.* Разработка правовой и методической базы управления промышленной безопасностью: Дисс. ... докт. техн. наук. М., 1999; *Серов Г.П.* Правовое регулирование экологической безопасности при

С учетом масштабов имеющих место в России и в мире чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера и тенденций к их резкому росту, а также последствий таких ситуаций для природы, человека и общества большое значение имеет исследование возникающих при этом эколого-правовых проблем обеспечения безопасности при чрезвычайных ситуациях природного и техногенного характера¹.

Традиционно большое внимание в науке уделяется разработке научных проблем, связанных с нарушением эколого-правовых норм. В ИГП РАН был проведен ряд исследований в этом направлении².

В рамках отечественной науки были проведены исследования экологического законодательства, права и управления в зарубежных государствах, что особенно значимо в сравнительно-правовом контексте³.

осуществлении военно-оборонной деятельности Российской Федерации: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1999; *Усманова Л.Ф.* Правовое регулирование природопользования и охраны окружающей среды в аграрном секторе экономики: Дисс. ... докт. юрид. наук. Уфа, 2000.

¹ См.: *Жаворонкова Н.Г.* Эколого-правовые проблемы обеспечения безопасности при чрезвычайных ситуациях природного и техногенного характера: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2007.

² См.: *Мисник Г.А.* Возмещение экологического вреда в Российской Федерации: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2008; *Пономарев И.С.* Административно-правовая охрана живых ресурсов континентального шельфа и исключительной экономической зоны Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Радчик О.Л.* Юридическая ответственность за нарушение правил обращения с экологически опасными веществами и отходами: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Кузнецова О.Н.* Юридическая ответственность за загрязнение атмосферы: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2003; *Карху О.С.* Юридическая ответственность за нарушение законодательства об экологической информации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004; *Халчанский С.А.* Охрана животного мира средствами административной ответственности: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004; *Иванова А.Л.* Возмещение экологического вреда: сравнительно-правовой анализ европейского, немецкого и российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006; *Журавский И.М.* Юридическая ответственность за нарушение законодательства об охране и использовании растительного мира: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007; *Мисник Г.А.* Указ. соч.; *Куделькин Н.С.* Юридическая ответственность за загрязнение морской среды: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

³ См.: *Жураев Ю.А.* Право и управление в области использования и охраны природной среды Республики Узбекистан: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1996;

Одним из направлений научного исследования в российской науке экологического права является международно-правовая проблематика¹.

В целом можно констатировать достаточно высокую научную активность и уровень проводимых исследований, как и их актуальность. Обратим внимание на некоторые теоретические разработки, особо значимые для науки и практики.

Разработка методологических оснований формирования экологического законодательства

В соответствии с общей теорией права законодательство и право должны основываться на принципе научной обоснованности. Содержание и значение этого принципа проявляется, в частности, через методологию, которая является потенциально мощным научным инструментом обоснованного формирования и развития права. Учет методологических оснований при развитии и претворении законодательства и права в жизнь может служить не только фундаментом правовых норм, но и юридическим критерием оценки правомерности тех или других правовых решений, действий и бездействия.

Так, при разработке и реализации методологических оснований экологического права важно принимать во внимание объективные условия и состояние современного этапа общественного развития во всем его многообразии. При этом необходимо учитывать всю совокупность основных составляющих общественного развития, наиболее существенные из которых (экологическая, со-

Краснова И.О. Экологическое право США: сравнительно-правовое исследование: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1997; *Новикова Е.В.* Теоретические проблемы развития экологического законодательства в Республике Казахстан: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1999.

¹ Это направление представлено рядом работ. См.: *Пушкарева Э.Ф.* Международный экологический порядок и экологические права человека: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2008; *Копылов М.Н.* Право на развитие и экологическая безопасность развивающихся государств (международно-правовые вопросы): Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2001; *Вылегжанин А.Н.* Международно-правовые основы природоресурсной деятельности государств в мировом океане: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2002; *Молодцова Е.С.* Мирное использование ядерной энергии и охрана окружающей среды: Дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2002.

циальная, экономическая, культурная) оцениваются как кризисные. В контексте настоящего исследования наиболее значимыми и определяющими состоянием и перспективы развития общества и права являются на современном этапе следующие факторы:

экологический (с одной стороны, признание безальтернативной роли природы как основы существования и жизнедеятельности общества, с другой – широкомасштабные формы деградации природы под воздействием развития общества);

правовой (конституционные основы развития общества, права и государства; положения общей теории права; потребности общества реализовать положения Конституции РФ и общей теории государства и права; «вклад» права в создание переживаемых Россией и мировым сообществом кризисов);

политический (демократизация публичной власти, ее потребности для экологического права; развитие, формирование гражданского общества);

экономический (потребность объективной оценки рыночной экономики с точки зрения прогресса развития общества; выявление ее вклада в переживаемые Россией и мировым сообществом кризисы; в этом контексте – потребности в реконструкции механизма экономического развития; масштабы неблагоприятных экономических последствий различных форм деградации природы; оценка потребностей экономических ресурсов, необходимых для эффективного осуществления экологического права, проведения целенаправленной и эффективной экологической политики);

социальный (возможности удовлетворения за счет природных ресурсов социальных потребностей; неблагоприятные социальные последствия деградации природы в процессе общественного развития: ухудшение здоровья людей, преждевременная смертность, сокращение продолжительности жизни и др.);

цивилизационный (духовный упадок человечества, деградация культуры, потеря способности у значительной части общества различать добро и зло; потребности формирования нового мировоззрения и цивилизационных ценностей).

Так как научная обоснованность и соответственно эффективность экологического права зависят от учета и отражения в нем многих внутриотраслевых и внешних факторов, исследование общих закономерностей его формирования, его методологические

основания целесообразно изучать и разрабатывать в двух аспектах – внутреннем (внутриотраслевом) и внешнем¹.

Во внутреннем (внутриотраслевом) аспекте актуальными являются вопросы названия, структуры отрасли, предмета, «уяснение взаимосвязей и взаимозависимости между структурными элементами, их общего и особенного», правового механизма и т.п.

К важнейшим внешним методологическим основаниям экологического права² можно, как минимум, отнести:

закономерности развития природы; естественно-научные знания, в том числе экологии, учет законов природы в законах общества;

положения общественных наук в части взаимодействия общества и природы. В той мере, в какой предмет общественных наук – философии, социологии, политологии и др. – включает природную составляющую, данные науки имеют значение для экологического права;

потенциал природы. С учетом достоверного знания реального состояния природы, его потенциала наиболее эффективно может определяться и реализовываться государственная экологическая политика как научно обоснованная, формироваться законодательство и право как одна из наиболее важных форм выражения и осуществления этой политики;

общие закономерности экологически значимого социального и экономического развития общества. Развитие общества является, как известно, мощнейшим фактором разнообразных, как правило, негативных воздействий на природу. В концентрированном виде закономерности научно обоснованного развития сформулированы в концепции устойчивого развития;

конституционно-правовые положения общего характера о природе, человеке, гражданине, государстве и законодательстве.

¹ См.: Дубовик О.Л. Механизм действия права в охране окружающей среды. М., 1984; Шестерюк А.С. Экологическое право: вопросы теории и методологии анализа. СПб., 2000; он же. Экологическое право: проблемы методологии: Дисс. ... докт. юрид. наук. СПб., 2000; Голиченков А.К. Экологическое право: в поисках современной методологии // Труды Института государства и права РАН. 2007. № 5. С. 19–36.

² Подробнее об этом см.: Бринчук М.М. Проблемы методологии экологического права // URL: <http://www.igpran.ru/public/publiconsite/> (дата обращения: 14.01.2013).

Эти положения суть наиболее существенные правовые требования, которые должны соблюдаться в процессе формирования и функционирования каждой отрасли, в том числе и экологического права. В конечном счете тем самым обеспечивается реализация самой Конституции РФ;

положения общей теории права, в частности положения о новых подходах к структурированию правовой системы, реализуемых посредством выделения публичного и частного права. Эти положения, учитываемые всеми отраслями права, создают научную основу сбалансированного, внутренне согласованного развития всей правовой системы, научно обоснованного соотношения экологического права с другими отраслями и каждой отрасли в отдельности, гармоничного развития публичного и частного права;

мировоззренческие положения – о внеправовых категориях, учет которых имеет существенное значение и для развития права, влияет на его эффективность, на формирование нового правопонимания, правосознания, правовой культуры.

Такой подход к структурированию внешних методологических оснований экологического права одновременно предполагает учет и отражение в нем всех важнейших сторон жизни, бытия человека – естественно-научную, общественно-научную, природную, социальную, нормативно-правовую, теоретико-правовую и духовную. Соответственно его достоинство – в обеспечении учета важнейших внешних факторов, обуславливающих в идеале последовательное и прогрессивное развитие экологического права на комплексной, системной основе. Всестороннее выявление, исследование и учет значимых для права явлений и факторов является одним из основных принципов методологии общей теории права.

Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности

В соответствии с доктриной и законодательством за нарушение экологических требований применяются санкции, предусмотренные административным, гражданским, уголовным, трудовым законодательством. Возмещение вреда природе регулируется гражданским правом и соответственно осуществляется в рамках гражданской ответственности. К примеру, гражданско-правовая ответственность за нарушение природоохранительного законодательства

заключается в возложении на правонарушителя обязанности возместить потерпевшей стороне имущественный вред в натуре (реальное возмещение) или в денежной форме (убытки), причиненный в результате нарушения правовых требований по охране окружающей природной среды¹.

Закономерно возникает вопрос – о правовой природе юридической ответственности за причинение экологического вреда. Если он возмещается путем применения имущественной ответственности, регулируемой гражданским законодательством, то соответствует ли такое положение позициям общей теории права и теории публичного права?

Отношения, в том числе в сфере взаимодействия общества и природы, формируются в основном не в рамках гражданских отношений и регулируются соответственно не гражданским, а преимущественно экологическим законодательством². При этом следует подчеркнуть, что экологический вред причиняется преимущественно вне рамок гражданского правоотношения, в процессе осуществления экологически значимой деятельности, к примеру, размещения, проектирования, эксплуатации предприятия. Хотя правовой режим предприятий определяется гражданским и предпринимательским законодательством, экологические требования к ним, носящие публично-правовой характер, определяются в экологическом законодательстве. Вред причиняется природе, которая является публичным благом.

Восприятие природы как публичного блага прослеживается и в правоприменительной практике. Особо следует отметить, что это неоднократно происходило в конституционно-правовой сфере и связано с деятельностью Конституционного Суда РФ. В частности,

¹ См.: Эффективность юридической ответственности в охране окружающей среды / Под ред. О.С. Колбасова и Н.И. Краснова. М., 1985. С. 29.

² Отношения по природопользованию и охране окружающей среды могут регулироваться и в иных отраслях законодательства на основе так называемых экологизированных норм. При этом важно иметь в виду, что экологизированные нормы устанавливаются по особым правилам, научно обоснованным. Подробнее см.: *Бринчук М.М.* Теоретические проблемы экологизации законодательства. Экологическое право России. Сб. материалов научно-практических конференций (2005–2007 гг.) / Под ред. А.К. Голиченкова. М., 2009. С. 327–332; *Бринчук М.М.* Практика экологизации законодательства // Экологическое право. 2008. № 6. С. 10–19.

в постановлении от 9 января 1998 г. № 1-П¹ Суд указал: «...Лесной фонд – ввиду его жизненно важной многофункциональной роли и значимости для общества в целом, необходимости обеспечения устойчивого развития... – представляет собой *публичное достояние многонационального народа России и как таковой является федеральной собственностью особого рода и имеет специальный правовой режим*».

¹ СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 429.

Правовая позиция, в соответствии с которой природа рассматривается как публичное достояние многонационального народа России, является федеральной собственностью особого рода и имеет специальный правовой режим, приобретает принципиальное значение не только как фактор и мотив обоснования выделения эколого-правовой ответственности. Данная позиция еще более значима на современном этапе в связи с попыткой некоторых цивилистов перетащить, по словам академика Ю.К. Толстого, нормы о праве собственности на природу из природоресурсного в гражданское законодательство, что он оценивает как «широкую интервенцию ... в законодательство об охране и использовании природных ресурсов», подчеркивая, что этим будут созданы условия для ее дальнейшего разграбления в интересах уже богатых, отдать ее «на откуп наиболее хищническим и осатанелым элементам нашего общества» (Толстой Ю.К. О Концепции развития гражданского законодательства // Журнал рос. права. 2010. № 1. С. 32).

Речь идет о Концепции развития гражданского законодательства, авторами которой «предлагается несколько по-иному взглянуть на соотношение частных и публичных элементов в гражданском праве». При этом «иной взгляд» касается преимущественно «вещного права» – «участков» природы как объекта права собственности. Этот «иной взгляд» в корне противоречит Конституции РФ (ст. 9) и теории публичного права. Теоретическому обоснованию природы как публичному благу и научной ущербности данной позиции цивилистов посвящен ряд работ. См.: Бринчук М.М., Будникова Ю.Е. Земля – публичное благо // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 2. С. 20–30; Бринчук М.М. Соотношение экологического права с другими отраслями // Государство и право. 2009. № 7. С. 25–37; он же. Право собственности на природу: проблемы теории // Труды ИПП РАН. 2011. № 4. С. 153–174; он же. Частная собственность и природа // Государство и право. 2011. № 9. С. 24–33; он же. Право как ресурс деградации природы, общества и государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 29–38; он же. Лес – публичное достояние // Использование и охрана лесов: проблемы реализации законодательства. М., 2012. С. 24–38; он же. Природа – публичное благо // Государство и право. 2013. № 8.

Вопросам соотношения экологического права с другими отраслями был посвящен специальный выпуск журнала «Экологическое право» (2009. № 5–6).

В решениях Конституционного Суда РФ неоднократно говорилось о земле как о публичном достоянии многонационального народа России. В одном из своих постановлений по поводу публичной ценности земли Конституционный Суд РФ категорично высказался следующим образом: «...Народам, проживающим на территории того или иного субъекта Российской Федерации, должны быть гарантированы охрана и использование земли и других природных ресурсов как основы их жизни и деятельности, т.е. как естественного богатства, ценности (достояния) всенародного значения»¹.

Таким образом, экологические интересы, интересы поддержания благоприятного состояния окружающей среды, экологического благополучия, охраняемые законом, носят преимущественно публично-правовой, а не частноправовой характер и, соответственно, охраняются не гражданским законодательством.

Эффективное правовое обеспечение охраны публичного интереса поддержания экологического благополучия² объективно обеспечивает и частные экологические интересы. Нарушение этого публичного интереса не может быть предметом и основанием гражданской ответственности.

Основанием применения юридической ответственности, в том числе и гражданской, является также неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей, предусмотренных договором. В экологическом, природоресурсном законодательстве широко применяются договоры на специальное природопользование. Само природопользование имеет целью, на первый взгляд, удовлетворить личные нужды или интересы предпринимательства. Но оценивая природопользование в контексте ч. 1 ст. 9 Конституции РФ, направленной на обеспечение экологического благополучия, выражающего юридически значимые публичные интересы, нельзя не видеть публично-правового содержания и значения природополь-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П // СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728.

² Данная задача и правовой принцип со всей очевидностью вытекают из ст. 9 Конституции РФ: земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории.

зования. Анализ особенностей договоров на природопользование¹ дает основание констатировать их публично-правовой характер. Соответственно такие договоры оформляются по правилам, установленным в публичном, в нашем случае – в экологическом, праве.

В свете сказанного необходимо подчеркнуть, что природа по действующему законодательству вполне обоснованно находится в основном в публичной, преимущественно в государственной собственности, а не в частной. Природа – объект публичной собственности, публичное благо, объект, выражающий публичный интерес, демонстрирующий и олицетворяющий публичное право, как отношения по поводу вреда, ей причиняемого, могут регулироваться гражданским правом, а сам вред может возмещаться в порядке применения гражданско-правовой ответственности.

Таким образом, исходя из того, что охраняемые законом экологические интересы (интересы экологического благополучия) носят преимущественно публично-правовой характер; вред причиняется природным объектам, находящимся преимущественно в публичной собственности и являющимся публичным благом; договоры на природопользование и охрану окружающей среды являются преимущественно публично-правовыми, в случае нарушения упомянутых охраняемых публичных экологических интересов, а также неисполнения или ненадлежащего исполнения обязанностей, предусмотренных публичным договором на природопользование и охрану окружающей среды, при причинении вреда природным объектам, находящимся в публичной собственности, применяется не гражданско-правовая (имущественная), а иная юридическая ответственность, которая может быть названа эколого-правовой. Ее содержание образуют прежде всего два вида экологических правонарушений, предметом которых является:

возмещение вреда, причиненного природе, т.е. экологического вреда;

неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей, предусмотренных договором на природопользование и охрану окружающей среды. Если в результате неисполнения таких обязанностей, предусмотренных гражданским договором, причиняется

¹ Анализ особенностей договоров на специальное природопользование см.: *Бринчук М.М.* Эколого-правовая ответственность – самостоятельный вид юридической ответственности // Государство и право. 2009. № 4. С. 39–48.

вред природе, то его возмещение будет происходить в рамках эколого-правовой ответственности.

Выделение на основе научного анализа нового вида юридической ответственности требует признания и выделения в общей теории права эколого-правовой ответственности как самостоятельного вида юридической ответственности. Это произойдет, когда представители общей теории права сочтут позицию науки экологического права¹ по этому вопросу научно обоснованной. Признание эколого-правовой ответственности презюмирует обеспечение надлежащего законодательного регулирования соответствующих отношений.

§ 4. Перспективы развития экологического права

Перспективы определяются целями, выраженными в Конституции РФ, – обеспечение благоприятного состояния окружающей среды (природы), его сохранение и восстановление. На достижение этих целей ориентированы экологическое законодательство и право.

Прогрессивное и эффективное развитие экологического права во благо природы, человека, общества и государства видится следующим образом.

Исходным моментом является проявление руководством публичной власти политической воли. Речь идет о реальной воле, а не декларативной. Исходя из положений Конституции РФ о правовом и социальном государстве и о природе как основе жизнедеятельности общества, государство реально демонстрирует готовность обеспечивать рациональное природопользование и охрану природы на постоянной и системной основе.

Законодательные органы предпринимают усилия по формированию эффективного, научно обоснованного экологического законодательства.

Одновременно формируется эффективная научно обоснованная система органов государственного управления природопользованием и охраной природы. Под эгидой государства обеспечивает

¹ Подробнее об этом см.: *Бринчук М.М.* Проблемы юридической ответственности в охране природы // Актуальные правовые проблемы охраны окружающей среды и природопользования. Сб. материалов конференции. Казань, 2009. С. 62–68; *он же.* Так существует ли эколого-правовая ответственность? // Экологическое право. 2009. № 2/3. С. 16–23.

ся поступательная и эффективная деятельность по исполнению норм экологического законодательства. Обеспечение оптимального взаимодействия в сфере общества и природы требует огромных ресурсов – финансовых, интеллектуальных, институциональных, материальных и иных. Россия не обладает необходимым объемом всех этих ресурсов, к примеру, финансовых, но некоторые все же имеются. Задача состоит в том, чтобы, максимально эффективно используя реально имеющиеся наличные ресурсы, последовательно развиваться в направлении достижения целей экологического права.

Эта задача наиболее эффективно может решаться на плановой основе, в рамках которой учитываются все необходимые факторы и обязательным условием которой является поступательное движение России к достижению главной цели экологического права – обеспечения благоприятного состояния окружающей среды (природы), его сохранение и восстановление.

В перспективе задача состоит в том, чтобы обеспечивать эффективную государственную экологическую политику как в сфере деятельности самой публичной власти, так и в ее взаимодействии с иными субъектами экологического права.

Благоприятная перспектива развития экологического права как предлагаемой системы действий возможна лишь при востребованности достижений эколого-правовой науки. Максимальное использование научных достижений – существенное условие прогресса.

Глава 9. Земельное и аграрное право

§ 1. Земли и земельные участки как объекты права собственности и объекты земельных отношений

В Конституции РФ значительное внимание уделено формированию правовых основ регулирования земельных отношений. Статья 9, определяющая, что земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, а также закрепляющая формы собственности на землю, помещена в гл. 1 «Основы конституционного строя». В гл. 2 в числе основных прав и свобод человека и гражданина названо право частной собственности (ст. 35). Кроме того, в ч. 1 ст. 36 провозглашено, что граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю. Это конституционное положение находит отражение в действующем земельном и гражданском законодательстве.

В ГК РФ гл. 17 называется «Право собственности и другие вещные права на землю», ст. 260 – «Общие положения о праве собственности на землю». Однако в самой статье речь идет о правах собственников земельных участков. Статья 130 ГК РФ к объектам недвижимости относит именно земельные участки, а в ст. 164, где речь идет о государственной регистрации сделок, наряду с иным недвижимым имуществом упоминается земля.

В пп. 1 п. 1 ст. 1 Земельного кодекса РФ (далее – ЗК РФ) земля рассматривается не только как природный объект, природный ресурс, но и как недвижимое имущество, объект права собственности и иных прав на землю. Статья 6 ЗК РФ в качестве объектов земельных отношений называет землю как природный объект и природный ресурс, земельные участки и части земельных участков, т.е. земля и земельные участки рассматриваются в качестве самостоятельных объектов земельных отношений. Таким образом, в действующем законодательстве и в научной литературе понятия «земля» и «земельный участок» нередко употребляются как синонимы,

хотя в литературе имеются различные точки зрения относительно их соотношения¹.

А.П. Анисимов и А.И. Мелихов полагают, что собственность подразумевает четкое деление окружающих человека вещей на свое и чужое. Поэтому объектом права собственности может выступать вещь с определенными свойствами и объективной стоимостью. Именно такими свойствами обладает индивидуально определенный земельный участок, имеющий признаки, выделяющие его из других объектов гражданского оборота своими правовыми параметрами². Нельзя не согласиться с указанным мнением. Однако на данном этапе развития земельных отношений невозможно полностью исключить из законодательства, регулирующего отношения по поводу собственности, такой объект, как земля. Если бы вся территория РФ была поделена на земельные участки, как во многих европейских государствах, то в таком случае, действительно, основным объектом земельных имущественных отношений стали бы земельные участки. Однако в настоящее время это не так – имеется значительная часть территории, которая представляет собой именно земли различных категорий, земельные участки из которых еще только будут формироваться при предоставлении этих участков конкретным лицам.

Надо отметить, что предложение об установлении границ земельных участков, которое должно осуществляться за счет средств федерального бюджета комплексно в отношении территорий, было высказано 9 октября 2012 г. на заседании президиума Государственного совета на тему: «О повышении эффективности управления земельными ресурсами в интересах граждан и юридических лиц»³. Представляется, что проведение такого «генерального межевания» потребует четкой проработки процедуры на законодатель-

¹ См.: *Аверьянова Н.Н.* Объекты земельных имущественных отношений // *Нотариус.* 2009. № 1; *Галиева Р.* Субъекты и объекты земельных прав // *Российская юстиция.* 2002. № 10; *Красов О.И.* Юридическое понятие «земельный участок» // *Экологическое право.* 2004. № 2; *Дегтев А.В.* Земля – объект земельных и гражданских правоотношений // *Право и экономика.* 2005. № 8; *Анисимов А.П., Мелихов А.И.* Конституционно-правовое регулирование права частной собственности на земельные участки. Волгоград, 2009; *Ери А.* Земельный участок как объект гражданских прав // *Хозяйство и право.* 2006. № 4.

² См.: *Анисимов А.П., Мелихов А.И.* Указ. соч. С. 138.

³ URL: <http://президент.рф/news/16618> (дата обращения: 24.10.2012).

ном уровне и колоссальных финансовых средств¹. Однако сейчас, когда на значительной части территории РФ не образованы земельные участки с границами и кадастровыми номерами, по всей видимости, такой объект земельных (имущественных) отношений, как земля, пока должен оставаться в качестве такового в законодательстве.

Поэтому земли, находящиеся в границах Российской Федерации, до образования из них земельных участков и предоставления их гражданам или юридическим лицам являются объектом государственной или муниципальной собственности. Это подтверждается нормами, содержащимися в ГК РФ и ЗК РФ, определяющими право государственной собственности на землю по остаточному принципу: согласно п. 1 ст. 16 ЗК РФ государственной собственностью являются земли, не находящиеся в собственности граждан, юридических лиц или муниципальных образований. Аналогичная по смыслу норма содержится в п. 2 ст. 214 ГК РФ. В связи с этим необходимо иметь в виду, что мнение Конституционного Суда РФ о том, что объектом права собственности на землю являются земельные участки, представляющие собой часть поверхности земли в границах территории РФ², справедливо лишь для земельных участков, находящихся в частной собственности, так как оно сформулировано в связи с запросом о допустимости предоставления земельных участков в собственность иностранным гражданам и юридическим лицам.

Установление границ является не только средством индивидуализации земельного участка, но и способом создания самого объекта права³ по принципу «нет объекта права – нет и права»⁴.

Отдельные авторы полагают, что земельный участок не может стать объектом права собственности и иных гражданских прав до момента государственной регистрации права на него и не может

¹ Подробнее об этом см.: *Землякова Г.Л.* Проблемы повышения эффективности управления земельными ресурсами и пути их решения // Аналитический вестник Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Земельная реформа в Российской Федерации: проблемы и перспективы. 2012. № 37. С. 101–114.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 г. № 8-П // СЗ РФ. 2004. № 18. Ст. 1833.

³ См.: *Скловский К.И.* Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004.

⁴ См.: *Пискунова М.* Кадастр – всему голова // Бизнес-адвокат. 2003. № 24.

прекратить существование в качестве объекта гражданских прав до государственной регистрации прекращения права на него¹. Приведенное мнение представляется недостаточно обоснованным и не вполне соответствующим законодательству. Так, согласно ч. 3 ст. 1 Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости»² государственным кадастровым учетом недвижимого имущества признаются действия уполномоченного органа по внесению в государственный кадастр недвижимости (далее – ГКН) сведений о недвижимом имуществе, которые подтверждают существование такого недвижимого имущества с характеристиками индивидуально-определенной вещи. Кроме того, в соответствии с п. 10 ст. 3 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»³ отсутствие государственной регистрации права собственности на земельные участки, государственная собственность на которые не разграничена, не является препятствием для осуществления распоряжения ими со стороны органов местного самоуправления и органов исполнительной власти городов федерального значения Москвы и Санкт-Петербурга.

Что касается государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, то она понимается как юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ (п. 1 ст. 2 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»⁴).

В соответствии с ч. 1 ст. 35 Конституции РФ право частной собственности охраняется законом. При этом в ч. 3 данной статьи гарантируется защита не только права собственности, но и таких имущественных прав частных лиц, как право постоянного (бессрочного) пользования или пожизненного наследуемого владения земельным участком. Подробнее об этом будет сказано ниже.

¹ См.: Писков И.П. К вопросу о понятии недвижимости в российском праве // Проблемы развития частного права. Сб. статей к юбилею Владимира Саурсевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011.

² СЗ РФ 2007. № 31. Ст. 4017.

³ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148.

⁴ СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

Согласно ст. 45 Конституции в Российской Федерации гарантируется государственная защита прав и свобод человека и гражданина. Исполнение государством соответствующей обязанности не только требует наличия необходимых социально-экономических и политических условий, обеспечивающих реализацию прав и свобод человека и гражданина, но и предполагает функционирование государственно-правового механизма, предназначенного для предупреждения нарушений в этой сфере, а также восстановления прав и свобод в случаях их нарушения¹.

Представляется логичным, что составляющими этого механизма как раз и должны являться кадастровый учет земельных участков и государственная регистрация прав на них.

Если государство гарантирует субъекту право собственности, то оно обязано определить его таким образом, чтобы его идентификация не составила особого труда².

В связи с частым внесением изменений в указанные выше федеральные законы возникает вопрос: являются ли кадастровый учет и государственная регистрация прав на земельные участки частью государственно-правового механизма, предназначенного для предупреждения нарушений в земельно-правовой сфере?

Одной из основных идей Закона «О государственном кадастре недвижимости» является вовлечение максимального количества земельных участков в гражданский оборот, в связи с чем была упрощена процедура учета, вплоть до отмены обязательности работ по установлению границ земельных участков на местности (ч. 11 ст. 45) по сравнению с ранее действовавшим Федеральным законом от 2 января 2000 г. № 28-ФЗ «О государственном земельном кадастре». Закон о государственной регистрации позволяет в ряде случаев регистрировать право на земельный участок без проведения кадастровых работ и фиксации границ участка в ГКН. Результатом применения указанных норм является то, что большая часть земельных участков, несмотря на то, что сведения о них имеются в ГКН, «учтены без привязки к координатам»³. Из-под налогообло-

¹ См.: Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.Д. Зорькина. 2-е изд. М., 2011.

² См.: *Анисимов А.П., Мелихов А.И.* Указ. соч. С. 138.

³ См.: Росреестр затрудняется найти на карте 2,5 млн земельных участков Подмосковья // URL:

жения выпали практически все объекты, права на которые оформлялись по «дачной амнистии»¹. Кроме того, получается, что для органов государственной власти неважно, где конкретно на местности располагается каждый земельный участок и соответствует ли он в точности сведениям о нем, имеющимся в ГКН.

Помимо этого, Закон «О государственном кадастре недвижимости» (ч. 3 ст. 20) предоставляет возможность не собственникам – обладателям права постоянного (бессрочного) пользования, пожизненного наследуемого владения земельным участком и арендаторам участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, в случае если договор заключен на срок более пяти лет, осуществлять без согласия собственника уточнение границ принадлежащих им земельных участков, в результате которого может измениться конфигурация и площадь этих участков. При этом внесение в кадастр сведений об изменении площади земельного участка вследствие корректировки местоположения его границ требует изменения соответствующих сведений о площади земельного участка в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним у всех его зарегистрированных правообладателей, включая собственника, т.е., по сути, представляет собой распоряжение этим участком, в результате которого право собственности и иные производные вещные права на участок в его прежнем виде, определяемом совокупностью уникальных характеристик, прекращаются².

Согласно ст. 8 Конституции РФ в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Но в указанном случае интересы государства как собственника земельных участков явно игнорируются. Ведь «надежная» охрана права на земельный участок теряет всякий смысл в случае, если с течением времени этот участок меняет форму и площадь без ведома его правообладателя.

<http://sif.ru/index.php?module=novosti&link=preview&id=7573> (дата обращения: 18.10.2012).

¹ URL: <http://www.rg.ru/2012/09/25/glava-site.html> (дата обращения: 27.09.2012).

² См.: постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 марта 2011 г. № 14765/10 по делу № А03-12409/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

В соответствии с ч. 3 ст. 36 Конституции РФ условия и порядок пользования землей определяются на основе федерального закона. Таким законом, представляется, должен быть ЗК РФ.

Основным условием использования (обязанностью правообладателя) земельного участка является необходимость его использования в соответствии с целевым назначением и принадлежностью к той или иной категории земель и его разрешенным использованием. Земельное законодательство обращается прежде всего к свойству земли – быть основным ресурсом хозяйственной деятельности. На это направлены ключевые положения о делении земель на категории и зонировании земель. Таким образом, по мнению Е.А. Галиновской, законодатель подчеркивает, что при регулировании земельных отношений нормами земельного законодательства объектом общественных отношений является земля со всем «набором» качеств, присущих этому материальному явлению¹.

Соответственно планирование использования земель и само использование должны осуществляться на основе правового регулирования, основным принципом которого является рациональное использование земель, учитывающее природные особенности и возможности земель и почв. К сожалению, в ЗК РФ, в отличие от ранее действовавшего ЗК РСФСР, принцип рационального использования не закреплен. Тем не менее согласно ст. 3 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» он относится к основным принципам охраны окружающей среды. Думается, данный принцип находит свое отражение в нормах земельного законодательства, регулирующих вопросы, связанные с делением земель на категории, и устанавливающих правовой режим земель каждой категории.

Что касается планирования использования земель, то эти вопросы регулируются градостроительным законодательством. В соответствии со ст. 2 Градостроительного кодекса РФ одним из принципов законодательства о градостроительной деятельности является обеспечение устойчивого развития территорий на основе территориального планирования и градостроительного зонирования. Однако нормы градостроительного законодательства, регули-

¹ См.: Галиновская Е.А. Особенности включения земли в правовые отношения в качестве объекта // Журнал российского права. 2012. № 8.

рующие указанные процедуры, и их реализация едва ли являются воплощением указанного принципа¹.

Помимо этого, в последние годы наметились тенденции к смещению акцентов в правовом регулировании земельных отношений от охраны земли как природного ресурса в сторону максимизации оборота земельных участков и использования их для строительной деятельности. В частности, настораживают в данной сфере следующие моменты:

вопросы территориального планирования и зонирования регулируются Градостроительным кодексом РФ, а не ЗК РФ;

несколько лет на государственном уровне обсуждается вопрос об отмене категорий земель;

в проекте федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» предусмотрено урегулирование отношения по поводу прав на земельные участки гражданским законодательством и признание утратившим силу п. 3 ст. 129 ГК РФ, согласно которому земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их

¹ Подробнее см.: *Землякова Г.Л.* Управление развитием территорий в аспекте новелл градостроительного законодательства // Местное самоуправление в России и ФРГ: исторический опыт и современные тенденции развития. Материалы международной научно-практической конференции (Волгоград, 7–8 апреля 2011 г.). Волгоград, 2011. С. 228–233; *она же*. Проблемы реализации принципов земельного законодательства в сфере управления земельными ресурсами // Актуальные проблемы современного права в научных исследованиях молодых ученых-юристов. Материалы науч.-практ. конф. аспирантов и соискателей (Москва, 27 мая 2011 г.) / Отв. ред. Б.В. Яценко. М., 2011. С. 98–102; *она же*. Территориальное планирование: совершенствование или упрощение? // Правовое обеспечение единой государственной экологической политики Российской Федерации. Сб. материалов круглого стола (Москва, 11 апреля 2011 г.) / Отв. ред. С.А. Боголюбов, Н.И. Хлуденева. М., 2011. С. 194–197; *она же*. Некоторые проблемы территориального планирования земель в России // Современные тенденции развития национального законодательства Украины. Сб. тезисов международной научно-практической конференции 19–20 мая 2011 г. Киев, 2011. С. 310–312.

оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах¹.

Указанные тенденции изменения законодательства ведут к невозможности учета природных особенностей земли при регулировании оборота земельных участков. Эти особенности учитываются земельным и иным природоресурсным законодательством. Бессистемное планирование и использование земли, не учитывающее экологические (в том числе почвенно-биоклиматический состав земель) и социальные факторы приводит к невосполнимому сокращению плодородных земель, сокращению лесных угодий, возведению объектов капитального строительства без учета особенностей недр, сосредоточению земель в руках ограниченного числа лиц без надлежащего использования² и другим негативным последствиям. Намечаемая отмена категорий земель³, обосновываемая инвестиционно-строительными мотивами, сопровождающаяся «растаскиванием» норм земельного права гражданским и градостроительным законодательством, предметом регулирования которых не являются отношения в сфере управления, использования и охраны земель как природного объекта и природного ресурса, средства производства в сельском и лесном хозяйстве, приведет к усугублению названных проблем и, в конечном счете, к нарушению конституционных прав граждан на землю.

§ 2. Защита прав граждан и юридических лиц при изъятии земельных участков

Согласно Конституции РФ (ст. 2, 18, ч. 2 и 3 ст. 55) человек, его права и свободы являются высшей ценностью в государстве. При принятии законов и их применении должны обеспечиваться

¹ Подробнее об этом см.: *Устюкова В.В.* Оборотоспособность земельных участков в свете проекта федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ // *Хозяйство и право.* 2012. № 8.

² См.: *Галиновская Е.А.* Указ. соч.

³ Подробнее см.: *Землякова Г.Л.* Роль категоризации земель в обеспечении публичного интереса в земельном праве // *Научные труды Российской академии юридических наук.* Вып. 11: В 2 т. Т. 2. М., 2011. С. 549–553; *она же.* Проблемы деэкологизации земельного законодательства // *Сб. статей науч.-практич. семинаров (круглых столов) по актуальным проблемам земельного и экологического права.* М., 2011. С. 23–33.

соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина, что относится в том числе и к правам граждан на землю.

Как отмечалось выше, земельные участки относятся гражданским законодательством к недвижимому имуществу, и на них в полной мере распространяется конституционное положение ч. 3 ст. 35 Конституции РФ о недопустимости произвольного прекращения прав на это имущество. В данной норме предусмотрено, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения.

Конкретный механизм изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд предусмотрен ГК РФ и ЗК РФ, иными правовыми актами. В связи с этим интерес вызывает вопрос о том, насколько этот правовой механизм соответствует конституционным положениям.

В ГК РФ и ЗК РФ закреплены основания и порядок изъятия (выкупа у собственника, далее – изъятия) земельных участков для государственных или муниципальных нужд. Согласно ст. 49 ЗК РФ изъятие земельных участков осуществляется в исключительных случаях, связанных с выполнением международных обязательств Российской Федерации или с размещением объектов государственного или муниципального значения. В статье содержится исчерпывающий перечень таких объектов, к которым, в частности, отнесены федеральные и региональные энергетические системы; объекты использования атомной энергии; автомобильные дороги и другие объекты.

В соответствии с указанной статьей при размещении объектов государственного или муниципального значения должны отсутствовать другие варианты возможного размещения этих объектов. Однако это положение нуждается в разъяснении. Как указывалось в литературе, такую альтернативу следует понимать достаточно широко: и как осуществление проекта за пределами данной административно-территориальной единицы, и как вовсе отказ от его осуществления. Вторая часть этого высказывания представляется неоспорной, однако с выводом автора, что если подобная альтерна-

тива существует, то жесткой необходимости в принудительном выкупе нет¹, можно согласиться.

Устанавливая порядок изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд, законодатель одновременно предусматривает гарантии прав на землю. Согласно ст. 63 ЗК РФ правообладатель не позднее чем за один год до предстоящего изъятия у него участка должен быть письменно уведомлен об этом исполнительным органом государственной власти или органом местного самоуправления, принявшим решение об изъятии. Изъятие земельного участка до истечения этого срока допускается только с согласия правообладателя. Изъятие земельных участков осуществляется после предоставления по желанию правообладателей равноценных земельных участков; возмещения стоимости жилых, производственных и иных зданий, строений, сооружений, находящихся на изымаемых участках; возмещения в полном объеме убытков, в том числе упущенной выгоды. Собственнику изымаемого земельного участка, кроме того, должна быть возмещена рыночная стоимость участка, если ему не предоставлен бесплатно в собственность равноценный земельный участок. Размер, сроки и другие условия возмещения определяются по соглашению с правообладателем участка (ст. 281 ГК РФ). Согласно ст. 55 ЗК РФ принудительное отчуждение земельного участка для государственных или муниципальных нужд может быть проведено только при условии предварительного и равноценного возмещения стоимости земельного участка на основании решения суда. Принудительное отчуждение земельного участка для государственных или муниципальных нужд может быть проведено только при условии предварительного и равноценного возмещения стоимости земельного участка, при этом закреплено, что осуществляется оно на основании решения суда. Все эти требования, направленные на защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц, должны соблюдаться во всех случаях изъятия земельных участков для публичных нужд.

Несомненно, правовое регулирование рассматриваемых отношений нуждается в дальнейшем совершенствовании в плане закрепления в законе самого понятия исключительных государственных и муниципальных нужд, определения порядка получения земельных участков вместо изымаемых участков, находящихся у лиц на правах постоян-

¹ См.: *Евсегнеев В.А.* Собственность на землю в фокусе интересов // Журнал российского права. 2004. № 8.

ного (бессрочного) пользования и пожизненного наследуемого владения; установления четкого порядка подготовки и принятия органами государственной власти и местного самоуправления решений об изъятии земельных участков, и т.д.¹ Тем не менее это правовое регулирование в целом соответствует положению ч. 3 ст. 35 Конституции РФ.

Вместе с тем следует отметить, что ЗК РФ, кроме случаев изъятия участков для выполнения международных обязательств РФ или размещения объектов государственного или муниципального значения, допускает возможность установления федеральными законами случаев изъятия участков по иным обстоятельствам (пп. 3 п. 1 ст. 49). Однако следует подчеркнуть, что закрепление в Кодексе возможности установления иных исключительных случаев изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд, не предполагает возможности установления иного порядка изъятия. Этот порядок должен быть, по нашему мнению, единым при изъятии участков для всех видов государственных или муниципальных нужд².

Однако в последнее время был принят ряд законодательных актов, положения которых, предусматривая упрощенную процедуру изъятия земель, существенным образом изменяют установленный общий порядок изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд: устанавливаются сокращенные сроки на заключение соглашения об условиях изъятия земельного участка и на подачу уполномоченным органом иска об изъятии земельного участка в суд, предусматривается немедленное исполнение решения суда об удовлетворении такого иска и т.п. Речь прежде всего идет

¹ Подробнее см.: *Землякова Г.Л., Мельников Н.Н., Самончик О.А., Устюкова В.В.* Правовое обеспечение публичного интереса при регулировании земельных отношений // Государство и право. 2011. № 9; *Устюкова В.В., Мельников Н.Н., Самончик О.А., Землякова Г.Л., Климов Д.Ф.* Современные проблемы реформирования Земельного законодательства // Аналитический вестник № 37 (480) «Земельная реформа в Российской Федерации: проблемы и перспективы». М., 2012.

² Подробнее об основаниях и порядке изъятия земель для государственных или муниципальных нужд см., например: *Самончик О.А.* Понятие «государственных и муниципальных нужд» в случае изъятия земельных участков // Аграрное и земельное право. 2011. № 10.

о так называемом «Олимпийском законе» и законе о проведении саммита АТЭС во Владивостоке¹.

Справедливости ради надо сказать и о некоторых положительных новациях этих законов – таких, как установление сроков возмещения стоимости земельного участка и понесенных убытков; определение порядка получения земельных участков вместо изымаемых участков, находящихся у лиц на правах постоянного (бессрочного) пользования и пожизненного наследуемого владения; определение порядка подготовки и принятия органами государственной власти и местного самоуправления решений об изъятии участков; и др. Представляется, что эти нормы должны получить развитие при регулировании общего порядка изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд.

Недавно аналогичный закон был принят в отношении изъятия земель на территории так называемой новой Москвы. В соответствии с ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 43-ФЗ «Об особенностях регулирования отдельных правоотношений в связи с присоединением к субъекту Российской Федерации – городу федерального значения Москве территорий и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»² (далее – Закон о присоединенных территориях) изъятие земельных участков и иных объектов недвижимого имущества будет осуществляться в целях размещения на присоединенных территориях объектов федерального и регионального значения, обеспечивающих реализацию государственных задач в области развития инженерной, транспортной и социальной инфраструктур, иных государственных задач и включенных в перечни, утверждаемые Правительством РФ (объекты федерального значения) или Правительством Москвы (объекты регионального значения). Из этой расплывча-

¹ См.: Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горно-климатического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6071; Федеральный закон от 8 мая 2009 г. № 93-ФЗ «Об организации проведения встречи глав государств и правительств стран – участников форума «Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество» в 2012 году, о развитии города Владивостока как центра международного сотрудничества в Азиатско-Тихоокеанском регионе и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 19. Ст. 2283.

² СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1651.

той формулировки трудно сделать однозначный вывод о том, насколько строительство таких объектов вызвано исключительными государственными нуждами. Здесь мы опять сталкиваемся с проблемой отсутствия в земельном законодательстве определения исключительных государственных нужд, о чем уже говорилось выше. Представляется также недопустимым при определении оснований принудительного изъятия земельных участков использовать такие неконкретные, допускающие широкое толкование формулировки, как «иные государственные задачи».

Но даже если предположить, что в перечни объектов федерального или регионального значения, подлежащих размещению на присоединенных территориях, будут включены объекты исключительной государственной важности, и другие варианты их возможного размещения, кроме как на изымаемых земельных участках, отсутствуют, то почему изъятие земельных участков в этих случаях не может происходить в соответствии с общей процедурой, почему она должна быть упрощена с отменой фактически многих установленных гарантий прав на землю?

Как вытекает из ст. 3 Закона о присоединенных территориях, упрощения действующего законодательства об изъятии и предоставлении земельных участков осуществляются в целях обеспечения устойчивого социального развития присоединенных территорий. Возникает вопрос: а до присоединения территорий к Москве условий: для их развития не было или существующее законодательное регулирование изъятия земель для государственных нужд является столь неблагоприятным для социального развития территорий?

Закон о присоединенных территориях сокращает фактически до пяти месяцев (ч. 7 ст. 10) установленный действующим законодательством годичный срок письменного уведомления собственников и других правообладателей земельных участков об их планировании изъятия (ст. 63 ЗК РФ, ст. 279 ГК РФ), что нельзя признать удачным решением.

Следует отметить, что в соответствии с ч. 4 ст. 9, ч. 1 ст. 26, ч. 10 ст. 45 Градостроительного кодекса РФ подготовка и утверждение документации по планировке территории осуществляется в соответствии с документами территориального планирования и правилами землепользования и застройки; по общему правилу решения о резервировании земель, об изъятии, в том числе путем вы-

купа, земельных участков для государственных или муниципальных нужд принимаются на основании документов территориального планирования. Однако в ч. 2 ст. 6 и ч. 2 ст. 7 Закона о присоединенных территориях установлено, что до 31 декабря 2015 г. для размещения объектов федерального или регионального значения допускается резервирование земель, а также изъятие земельных участков и иных объектов недвижимого имущества при отсутствии документов территориального планирования. Напомним, что ранее похожие положения были закреплены в «Олимпийском» законе (ч. 34 ст. 15) и в Законе о проведении саммита АТЭС во Владивостоке (ч. 11 ст. 4, ч. 30 ст. 6). К сожалению, «лазейка» для появления подобного рода норм содержится в самом Градостроительном кодексе (ч. 4 ст. 9).

Наметившаяся в юридической практике тенденция принятия специальных законов, которые во многом противоречат не только действующему законодательству,стораживает. Получается, что изъятий из общих правил по вопросам изъятия земельных участков (вот такой каламбур) с каждым разом становится все больше. Но ведь суть нормативного регулирования заключается в том, что оно рассчитано на многократное применение закона, а не на принятие законов по каждому отдельному случаю (Олимпиада, саммит АТЭС, развитие «новой Москвы» и т.п.). Кроме того, должно соблюдаться провозглашенное, но нарушаемое, на наш взгляд, нормами названных законов, положение ст. 19 Конституции РФ о равенстве граждан независимо от места жительства.

При рассмотрении проблемы обеспечения гарантий прав на землю нельзя обойти вниманием и Федеральный закон от 24 июля 2008 г. № 161-ФЗ «О содействии развитию жилищного строительства»¹ (далее – Закон о жилищном строительстве).

Согласно этому Закону в упрощенном порядке земельные участки могут быть изъяты у указанных организаций под жилищное строительство (прежде всего, имеется в виду индивидуальное жилищное строительство), комплексное освоение земельных участков в целях жилищного строительства, а также размещение объектов, предназначенных для производства строительных материалов для жилищного строительства, создание промышленных парков, технопарков и иное строительство. Полагаем, что данные

¹ СЗ РФ. 2008. № 30 (ч. 2). Ст. 3617.

цели, за исключением, может быть, многоквартирного жилищного строительства, вряд ли можно отнести к исключительным случаям государственных или муниципальных нужд, допускающим возможность изъятия земельных участков у добросовестных правообладателей, тем более в том упрощенном порядке, который установлен законодателем.

Следует также отметить, что в основном под изъятие в соответствии с данным Законом попадают земли сельскохозяйственного назначения вокруг крупных городов, а также земли сельскохозяйственного использования, расположенные на территории населенных пунктов, которые используются федеральными предприятиями и учреждениями для ведения сельскохозяйственного производства. Это создает реальную угрозу выбытия ценных сельскохозяйственных угодий из аграрного сектора экономики и затрагивает интересы большинства населения, т.е. действительно публичные интересы¹.

Механизм изъятия (прекращения права) фактически сводится к тому, что Правительственная комиссия по развитию жилищного строительства² на основании предложений Федерального фонда содействия развитию жилищного строительства³ принимает решения о прекращении права постоянного (бессрочного) пользования земельными участками в отношении этих организаций или об изъятии закрепленного за ними на праве хозяйственного ведения или оперативного управления иного имущества и о передаче их в собственность Фонда в качестве имущественного взноса Российской Федерации (ст. 12 Закона). Затем эти участки продаются (или передаются⁴) Фондом частным лицам для строительства. Таким обра-

¹ По этому вопросу подробнее см.: Самончик О.А. Указ. соч.; она же. К вопросу о сохранении земель сельскохозяйственного назначения, находящихся в федеральной собственности // Аграрное и земельное право. 2009. № 10; Землякова Г.Л., Мельников Н.Н., Самончик О.А., Устюкова В.В. Указ. соч.

² Правительственная комиссия по развитию жилищного строительства образована постановлением Правительства РФ от 22 августа 2008 г. № 632 «О Правительственной комиссии по развитию жилищного строительства (СЗ РФ. 2008. № 34. Ст. 3939). Этим же постановлением утверждено Положение о Правительственной комиссии.

³ Создание и особый правовой статус Фонда предусмотрены Законом о жилищном строительстве (ст. 1–10 и др.).

⁴ В соответствии с п. 6.3 ст. 3 Закона о жилищном строительстве Фонд в установленных решениями или поручениями Президента РФ случаях осуществля-

зом, строительные интересы отдельных лиц оправдываются государственными или муниципальными нуждами, что представляется несправедливым и непропорциональным. В соответствии с п. 18 Положения о Правительственной комиссии ее решения являются обязательными для органов государственной власти и организаций. В ст. 15 Закона предусмотрено, что право постоянного (бессрочного) пользования федеральных государственных учреждений и федеральных государственных унитарных предприятий на земельные участки прекращается без их согласия¹ и независимо от оснований, предусмотренных п. 2 ст. 45 ЗК РФ. Тем самым добросовестные правообладатели фактически лишены возможности защищать свои права, в том числе в судебном порядке. Таким образом, нарушается право на судебную защиту прав и свобод, гарантированное ст. 46 Конституции РФ.

Согласно п. 2 ст. 55 Конституции РФ в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина. Публичные интересы должны обеспечиваться лишь законными способами. Положения указанных законов игнорируют нормы ЗК РФ (п. 2 ст. 45, 55, 57, 63), ГК РФ (ст. 282, 283) и Конституции РФ (п. 3 ст. 35) о том, что принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только на основании решения суда и при условии предварительного и равноценного возмещения всех убытков,

ет безвозмездную передачу земельных участков Фонда (в том числе с расположенными на них объектами недвижимого имущества Фонда), а также иного имущества в собственность юридических лиц, определяемых распоряжениями Правительства РФ.

¹ Отметим, что теперь аналогичный порядок предусмотрен в Законе о присоединенных территориях. Так, согласно ч. 2 ст. 12 этого Закона если для размещения объекта федерального значения необходимо использовать земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности и предоставленный государственному или муниципальному учреждению, казенному предприятию на праве постоянного (бессрочного) пользования, это право прекращается на основании решения органа исполнительной власти об изъятии недвижимого имущества без согласия землепользователя. То же самое касается и прекращения права хозяйственного ведения или оперативного управления этих организаций на недвижимое имущество, расположенное на земельном участке (ч. 4). При этом принятие решения об изъятии недвижимого имущества и подписание соглашения об изъятии недвижимого имущества не требуются, возмещение убытков правообладателям недвижимого имущества не осуществляется.

связанных с изъятием земельных участков, и предоставления по желанию правообладателя взамен изымаемого нового земельного участка.

В связи с рассматриваемым вопросом интерес представляет определение Конституционного Суда РФ от 4 октября 2012 г. № 1911-О¹. Суд отказал в принятии к рассмотрению жалобы Пермской сельскохозяйственной академии, которой решением Арбитражного суда г. Москвы от 29 апреля 2011 г., оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, было отказано в удовлетворении заявления о признании недействительным распоряжения Росимущества о передаче в собственность Федерального фонда содействия развитию жилищного строительства земельного участка, ранее предоставленного академии на праве постоянного (бессрочного) пользования.

По мнению заявителя, оспариваемая им норма ст. 15 Закона о жилищном строительстве не соответствует, в частности, ст. 35 Конституции РФ, поскольку в ней предусмотрено внесудебное прекращение права постоянного (бессрочного) пользования земельными участками без предварительного равноценного возмещения за изымаемое имущество. Однако Конституционный Суд РФ не согласился с позицией заявителя. Он указал, что в п. 2 ст. 45 ЗК РФ установлены правовые основания для принудительного прекращения права постоянного (бессрочного) пользования земельными участками. В этом пункте также предусмотрена возможность расширения федеральным законодателем перечня таких оснований. Пункт 3 ст. 45, согласно которому решение о принудительном прекращении права постоянного (бессрочного) пользования земельными участками принимается судом, за исключением случаев, установленных федеральными законами, допускает тем самым возможность введения для таких случаев внесудебного порядка лишения данного права.

Полагаем, что данная позиция Конституционного Суда РФ не совсем верна по следующим соображениям. В п. 2 ст. 45 ЗК РФ указано много различных оснований, по которым право постоянного (бессрочного) пользования может быть прекращено, поэтому положение п. 3, допускающее возможность введения федеральными законами случаев внесудебного порядка лишения данного пра-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

ва, носит общий характер, и его надо рассматривать во взаимосвязи с правилами регулирования каждого конкретного основания. Кроме того, в п. 3 ст. 45 буквально говорится следующее: «Решение о прекращении прав на земельные участки в случаях, предусмотренных пунктом 2 статьи 45, принимается судом в соответствии со статьей 54 Кодекса, за исключением случаев, установленных федеральными законами». В ст. 54 ЗК РФ установлены условия и порядок принудительного прекращения прав на земельный участок лиц, не являющихся его собственниками, ввиду ненадлежащего использования земельного участка, в силу чего ее положения не могут быть применены к прекращению прав в связи с государственными и муниципальными нуждами. Следовательно, норма п. 3 ст. 45 имеет узко направленное действие и не может быть экстраполирована на случаи прекращения вещных прав на землю, в том числе права постоянного (бессрочного) пользования, для публичных нужд.

Необходимо также иметь в виду, что согласно пп. 5 п. 2 ст. 45 ЗК РФ прекращение права в случае изъятия земельного участка для государственных или муниципальных нужд осуществляется в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 55 ЗК РФ. В ст. 55 закреплено, что принудительное отчуждение земельного участка для государственных или муниципальных нужд может быть проведено только при условии предварительного и равноценного возмещения стоимости земельного участка на основании решения суда. Ни о каких исключениях из этого общего правила, предусмотренных другими федеральными законами, в данной статье речи не идет. Более того, положение п. 2 ст. 55 практически дословно повторяет норму ч. 3 ст. 35 Конституции РФ, изменить которую другие федеральные законы, согласно ст. 135 Конституции, не могут.

Неубедительной представляется также позиция Конституционного Суда РФ относительно конституционных гарантий защиты права постоянного (бессрочного) пользования земельным участком. Ранее в постановлении от 13 декабря 2001 г. № 16-П Конституционный Суд РФ указал, что «статьей 35 (часть 3) Конституции Российской Федерации гарантируется защита не только права собственности, но и таких имущественных прав, как право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком. Земельный участок является для землепользователя именно «своим имуще-

ством» (что должно признаваться всеми субъектами права) и как таковой не может быть изъят иначе как на основании судебного решения и лишь при условии предварительного и равноценного возмещения. Данная конституционная гарантия, адресованная прежде всего собственникам, во всяком случае не может толковаться как отрицающая государственную защиту других признанных имущественных прав граждан и умаляющая в какой-либо мере возможности такой защиты для законных землепользователей». Как видим, правовая позиция сформулирована здесь применительно к праву постоянного (бессрочного) пользования, принадлежащему любому субъекту-землепользователю, т.е. как гражданину, так и юридическому лицу, хотя само постановление принято по жалобе гражданина.

В определении от 4 октября 2012 г. № 1911-О приведенной выше правовой позиции придано ограничительное толкование, поскольку указано, что она, являясь справедливой в отношении граждан, «не может быть автоматически экстраполирована на отношения иной природы, складывающиеся между собственником определенного имущества и лицом, обладающим ограниченным вещным правом на это имущество, специфика которых определяется правовым положением участников этих отношений».

Каких-либо обоснований такого подхода Конституционный Суд РФ не привел. По нашему мнению, более правильной является позиция судьи М.И. Клеандрова, высказанная им в его особом мнении по данному определению: «Считать, что в применении права постоянного (бессрочного) пользования земельным участком существуют принципиальные – конституционно-правового значения – различия в зависимости от того, кто является землепользователем – физическое лицо... или юридическое лицо... оснований нет. Во всяком случае наличие таких принципиальных различий возможно было бы выявить лишь посредством принятия данного дела к рассмотрению Конституционным Судом Российской Федерации».

Не соглашаясь с позицией заявителя о противоречии ст. 15 Закона о жилищном строительстве нормам Конституции РФ, Конституционный Суд РФ в своем определении вынужден был признать, что этот Закон не отменяет действие защитных мер правового характера, предусмотренных ГК РФ, включая право землепользователей оспорить соответствующее решение об изъятии земельных участков в суде, что вытекает и из требований Конституции РФ

(ст. 45 и 46), предусматривающей гарантии судебной защиты не только для права собственности, но и для иных вещных прав. Такой подход следует признать неконструктивным, половинчатым. Он существенно затрудняет защиту прав юридических лиц на землю. Поэтому мы полностью разделяем точку зрения М.И. Клеандрова о том, что «дело следовало принять к производству в режиме статьи 47¹ Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» и, распространив на оспоренные законоположения (в системе норм) правовую позицию, сформулированную в Постановлении от 13 декабря 2001 года № 6-П, признать их не соответствующими Конституции Российской Федерации, прежде всего ее статье 35 (часть 3)».

§ 3. Влияние Конституции РФ на развитие аграрных отношений

Сельское хозяйство – одна из важнейших отраслей экономики, обеспечивающих продовольственную безопасность государства. В процессе многогранной деятельности сельскохозяйственных коммерческих организаций, их объединений и других участников производства сельскохозяйственной продукции, ее переработки и реализации в соответствии с уставной правоспособностью складываются различные по своей сущности и юридической природе правоотношения, которые в литературе называют аграрными правоотношениями¹. Принятие Конституции РФ дало существенный импульс развитию этих отношений в плане расширения круга субъектов и объектов этих отношений, а также уточнения их содержания (т.е. прав и обязанностей участников земельных, имущественных, трудовых и иных аграрных отношений).

В соответствии с Конституцией РФ государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от каких-либо обстоятельств, запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ст. 19). Следовательно, на граждан, занятых в аграрной сфере, в полной мере распро-

¹ Подробнее см.: *Козырь М.И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. М., 2008. С. 74–118.

страняются основные права и свободы человека, перечисленные в Конституции РФ, и другие общепризнанные права и свободы человека и гражданина. Вместе с тем, как отмечается в литературе по общей теории прав человека, «если реализация ряда гражданских и политических прав требует конкретных действий в основном от каждого индивида в отдельности, то социально-экономические права могут быть осуществлены главным образом путем проведения определенной и направленной политики со стороны государства»¹.

Со времени принятия Конституции РФ произошли существенные изменения аграрного законодательства. Только в сельском хозяйстве, например, функционируют такие формы организации производства, как сельскохозяйственные кооперативы, крестьянские (фермерские) хозяйства, личные подсобные хозяйства граждан. Именно в сельском хозяйстве земля используется не только как пространственно-территориальный базис, но и как средство производства. Регулированию указанных вопросов посвящены федеральные законы «О сельскохозяйственной кооперации», «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», «О личном подсобном хозяйстве», «О развитии сельского хозяйства», «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» и др. Вместе с тем в юридической литературе высказываются сомнения относительно «конституционной легитимности», например, Закона «О личном подсобном хозяйстве» на том основании, что он относится к сфере аграрного законодательства, вообще не упомянутого в Конституции РФ². А коль скоро аграрное законодательство не отнесено ни к предметам ведения Российской Федерации (ст. 71), ни к предметам совместного ведения Федерации и ее субъектов (ст. 72), то это якобы автоматически означает, что вопросы регулирования отношений по ведению личного подсобного хозяйства (далее – ЛПХ) относятся к исключительной компетенции субъектов РФ (ст. 76).

М.И. Козырь также обращал внимание на этот «пробел» действующей Конституции РФ. В частности, являясь сторонником разработки аграрного кодекса, он задавался вопросом: если будет

¹ *Карташкин В.А.* Международное право и защита прав человека в условиях перехода к рынку // *Социальное государство и защита прав человека.* М., 1994. С. 48.

² См.: *Анисимов А.П., Рыженков А.Я., Черноморец А.Е.* Некоторые проблемы правовой организации личного подсобного хозяйства // *Юрист.* 2007. № 1.

приниматься аграрный кодекс РФ, то к какому ведению он будет относиться – к ведению исключительно Российской Федерации или к совместному ведению Федерации и субъектов?¹ Сам М.И. Козырь на этот вопрос прямо не отвечал, но в то же время он не допускал мысли, что аграрное законодательство может быть исключительно предметом ведения субъектов РФ.

Для ответа на этот вопрос следует вспомнить, какие отношения регулирует названный Закон: это и определение самого личного подсобного хозяйства, и отношения по предоставлению ему земельных участков, и отношения собственности и др. Видно, что в основной своей массе эти отношения носят гражданско-правовой или земельно-правовой характер, а следовательно, подпадают под регулирование ст. 71 и 72 Конституции РФ.

Если встать на позицию А.П. Анисимова, А.Я. Рыженкова и А.Е. Черноморца, то придется допустить, что субъекты РФ могут произвольно (по своему усмотрению) устанавливать отношения собственности в ЛПХ, регулировать земельные отношения, не считаясь с федеральным законодательством и т.п. Очевидно, что это не так. Более того, сами авторы указывают, что разрешение коллизий в законах, регулирующих деятельность ЛПХ, в пользу законодательства субъектов РФ «пойдет во вред людям и не будет способствовать развитию личных подсобных хозяйств...»².

Можно отметить, что проблема отказа от регулирования отношений по ведению ЛПХ на уровне федерального закона уже поднималась при обсуждении Закона «О личном подсобном хозяйстве» в Государственной Думе, но уже тогда такой подход не нашел поддержки. Данный Закон является комплексным нормативным правовым актом, содержащим нормы различных отраслей права (законодательства), в том числе находящихся в ведении Российской Федерации и совместном ведении Федерации и ее субъектов. И если в этих сферах нормы, установленные субъектами РФ, будут противоречить федеральному законодательству, то приоритет должен быть отдан последнему³.

¹ См.: *Козырь М.И.* Указ. соч. С. 229; *он же.* Аграрное право России: проблемы становления и развития. М., 2003. С. 145.

² *Анисимов А.П., Рыженков А.Я., Черноморец А.Е.* Указ. соч. С. 6–7.

³ Подробнее об этом см.: *Устюкова В.В.* Правовое положение крестьянского (фермерского) и личного подсобного хозяйства в условиях аграрной реформы. М., 2000. С. 9–11.

Сказанное о Законе «О личном подсобном хозяйстве» в полной мере относится и к другим актам аграрного законодательства – Закону «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», «О сельскохозяйственной кооперации», «О развитии сельского хозяйства» и др., которые также носят комплексный характер.

И именно вследствие комплексного характера аграрного законодательства оно не упомянуто в ст. 71, 72 Конституции РФ. Правовое регулирование аграрных отношений включает в себя гражданские, административные, финансовые, экологические и иные требования, установление которых относится как к ведению Российской Федерации, к совместному ведению Федерации и ее субъектов, так и к собственному ведению субъектов РФ¹.

Конституция РФ была принята в период осуществления аграрной и земельной реформ, и ее положения во многом способствовали углублению аграрно-земельных преобразований. Одним из основных направлений аграрной реформы было изменение организационно-правовых форм хозяйствования, возрождение крестьянских (фермерских) хозяйств (далее – фермерских хозяйств или КФХ) как формы ведения сельскохозяйственного производства. Быстрое развитие фермерских хозяйств базировалось на конституционных нормах о праве граждан на занятие предпринимательской и иной не запрещенной экономической деятельностью (ст. 34), о праве на труд, который гражданин свободно выбирает или на который свободно соглашается (ст. 37), о праве собственности на землю и иное имущество (ст. 8, 9, 35, 36) и др.

Вместе с тем правовой статус фермерских хозяйств, закрепленный первоначально в Законе РСФСР от 22 ноября 1990 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», вызывал недоумение со стороны ученых и породил определенные трудности на практике. Положение названного Закона о том, что фермерское хозяйство является хозяйствующим субъектом с правами юридического лица, неоднократно подвергалось критике, поскольку данное хозяйство не отвечало признакам юридического лица (за ним не закреплялось имущество ни на каком праве, земельный участок принадлежал главе хозяйства и т.п.)². После принятия части первой ГК РФ веде-

¹ См.: *Боголюбов С.А.* Имеет ли право на существование аграрное законодательство // *Аграрное и земельное право.* 2007. № 12. С. 4.

² Подробнее см.: *Устюкова В.В.* Правосубъектность крестьянского хозяйства // *Сов. государство и право.* 1992. № 1. С. 54–61; *Мозолин В.П.* Право собствен-

ние крестьянских (фермерских) хозяйств признается предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, а его глава – предпринимателем (ст. 23). Такая же позиция закреплена и в действующем Федеральном законе «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», который вместе с тем «разрешает» хозяйствам, созданным как юридические лица, сохранить свой статус на определенный период¹. В результате в экономике страны функционировали как фермерские хозяйства – юридические лица (созданные до введения в действие ГК РФ), так и хозяйства, осуществляющие деятельность без образования юридического лица, что совершенно не учитывалось в ином законодательстве.

Как неудачная оценивалась и норма п. 2 ст. 23 ГК РФ, согласно которой глава фермерского хозяйства, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, признается предпринимателем. Значительное число юристов предлагали рассматривать фермерское хозяйство как особую форму предпринимательской деятельности (не юридическое лицо, но и не индивидуальный предприниматель)². Однако действующее законодательство совершенно не воспринимает эту форму как «особую» и, как правило, исходит из того, что лицом, осуществляющим хозяйственную деятельность, является только глава хозяйства, забывая, что крестьянское (фермерское) хозяйство основано на членстве со всеми вытекающими из этого последствиями (ущемление

ности Российской Федерации в период перехода к рыночной экономике. М., 1992. С. 45.

¹ Первоначально – до 1 января 2010 г., затем этот срок был продлен до 1 января 2013 г., а теперь – до 1 января 2021 г.

² Подробнее см.: *Устюкова В.В.* Правовое положение крестьянского (фермерского) и личного подсобного хозяйства в условиях аграрной реформы. С. 19–60; *Беляева З.С.* Крестьянское (фермерское) хозяйство: изменения правового статуса // Государство и право. 2006. № 6. С. 51–58; *Козырь М.И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. С. 201; *Мельников Н.Н.* Теоретические проблемы формирования правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2012. С. 12; *он же.* Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства по законодательству России и СНГ. М., 2010. С. 121; *Субъекты гражданского права / Отв. ред. Т.Е. Абова.* М., 2000. С. 5, 94 (авт. предисловия – Т.Е. Абова; статьи «Крестьянское (фермерское) хозяйство как субъект гражданского права» – З.С. Беляева).

прав членов хозяйства и самого главы, когда на него возлагается ответственность за деятельность хозяйства в целом).

К сожалению, Конституционный Суд РФ в одном из своих постановлений также указал, что употребление термина «крестьянское (фермерское) хозяйство» в Федеральном законе от 4 января 1999 г. «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» не согласуется с организационно-правовыми формами предпринимательской деятельности, предусмотренными в ГК РФ и Налоговом кодексе РФ¹. Такой подход к фермерским хозяйствам, непонимание их сути влечет нарушение прав граждан на ведение предпринимательской деятельности в форме фермерского хозяйства.

Стала складываться практика обращения взыскания судебными приставами-исполнителями на личное имущество главы фермерского хозяйства при недостаточности имущества хозяйства. Суды в ряде случаев признают такие действия законными, исходя из того, что глава крестьянского (фермерского) хозяйства признается индивидуальным предпринимателем и в соответствии со ст. 24 ГК РФ должен отвечать всем своим имуществом, на которое может быть обращено взыскание. Правда, вышестоящие судебные инстанции отменяли такие решения, но не потому, что данная статья к главе хозяйства в принципе неприменима², а потому, что хозяйство, в отношении которого было открыто исполнительное производство, является юридическим лицом, и данных о том, что глава хозяйства зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, не имеется, поэтому нет оснований для обращения взыскания на его личное имущество³.

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1999 г. № 18-П // СЗ РФ. 2000. № 3. Ст. 353.

² Подробнее об этом см.: *Устюкова В.В.* Правовое положение крестьянского (фермерского) и личного подсобного хозяйства в условиях аграрной реформы. С. 120–122.

³ См.: постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 11 января 2005 г. по делу № Ф09-4369/05-С6. В тексте документа, видимо, допущена опечатка: данное постановление принято 11 января 2006 г.

Другой суд мотивировал аналогичное решение тем, что у самого крестьянского (фермерского) хозяйства имеется имущество, достаточное для взыскания всей суммы долга, поэтому обращение взыскания на личные денежные средства главы хозяйства незаконно¹. Однако не исключено, что при других обстоятельствах суды признают правомерность обращения взыскания на личное имущество главы хозяйства по обязательствам хозяйства, хотя это не соответствует существу правоотношений, складывающихся в фермерском хозяйстве.

Представляется, что возложение ответственности по обязательствам, которые возникли в результате деятельности хозяйства, состоящего из нескольких членов, только на его главу, не вытекает и из Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», где о субсидиарной ответственности главы (равно как и других членов) при недостаточности имущества хозяйства не упоминается. Кроме того, как отмечает Н.Н. Мельников, глава хозяйства вправе отказаться от своих полномочий и перейти в состав рядовых членов хозяйства либо выйти из него, а «должность» главы в этом случае займет новый член хозяйства. Согласно ст. 18 Закона «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» смерть главы влечет выбор нового главы, а хозяйство продолжает свое существование. В указанных примерах новый глава хозяйства не может быть признан индивидуальным правопреемником или обязанным лицом по исполнению обязательств за период, когда он статусом предпринимателя не обладал². Однако поскольку в правоприменительной практике существуют неоднозначные подходы к решению этой проблемы, она требует более четкого законодательного решения.

В связи с реформированием гражданского законодательства появилась надежда, что правовой статус фермерского хозяйства и проблема ответственности членов по обязательствам хозяйства будут уточнены надлежащим образом. Однако после принятия Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» можно сказать, что эти надежды не оправдались. Более того, новая редакция ст. 23 ГК РФ ухудшила правовое

¹ См.: постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17 января 2006 г. по делу № Ф04-9575/2005 (18616-А03-28).

² См.: Мельников Н.Н. Теоретические проблемы формирования правового статуса крестьянского (фермерского) хозяйства. С. 28.

регулирование ведения фермерского хозяйства без образования юридического лица: если ранее государственной регистрации подлежало именно крестьянское (фермерское) хозяйство как объединение граждан, а глава признавался предпринимателем, то теперь п. 5 ст. 23 предусматривает, что регистрации подлежит не хозяйство, а его глава как индивидуальный предприниматель. Таким образом, само фермерское хозяйство оказалось «потерянным» и возник ряд новых вопросов: если глава хозяйства регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя и действует от своего имени, то при чем здесь крестьянское (фермерское) хозяйство? А если все же глава действует от имени хозяйства (граждан, объединившихся для ведения фермерского хозяйства на основе соглашения) и представляет его интересы, то почему не регистрируется само хозяйство (объединение граждан), каковы права и обязанности членов хозяйства, почему остались неурегулированными вопросы ответственности хозяйства по обязательствам? В данной статье есть и другие недостатки¹.

Не меньше проблем, вероятно, возникнет с определением правового статуса фермерского хозяйства, действующего в качестве юридического лица (ст. 86¹ ГК РФ). Судя по расположению данной статьи в Кодексе, законодатель рассматривает фермерское хозяйство как особую (третью) разновидность хозяйственного товарищества. Однако содержание этой статьи, в частности, нормы о том, что гражданин может быть членом только одного фермерского хозяйства, созданного в качестве юридического лица, и о том, что члены фермерского хозяйства несут по обязательствам хозяйства субсидиарную ответственность, позволяют усомниться в этом. Подобные требования предъявляются именно к полным товарищам, так как членом-вкладчиком можно быть в нескольких товариществах, и именно полные товарищи, а не члены-вкладчики несут субсидиарную ответственность. Однако возникает вопрос: если в фермерском хозяйстве все его члены – полные товарищи (хотя прямо это и не указано), то зачем выделять его в отдельную форму? Если оно – особая разновидность товарищества, то чем отличается от полного товарищества (равно как и товарищества на вере)?

¹ Подробнее см.: *Устюкова В.В.* Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства в свете изменений Гражданского кодекса РФ // Новая правовая мысль. 2012. № 5. С. 54.

Сколько полных товарищей в нем должно быть? Сколько вкладчиков (или как еще их можно назвать)?

На наш взгляд, включение в ГК РФ ст. 86¹ мало что дает фермерам, так как она «разрешает» им быть юридическими лицами в самой «невостребованной» организационно-правовой форме, и вряд ли такое правовое регулирование будет способствовать развитию фермерства¹.

Подводя итоги, можно согласиться с мнением З.С. Беляевой, высказанным почти 20 лет назад, которое до сих пор не утратило своей актуальности: «Для обеспечения прав совершенно недостаточно их провозглашения в законодательных актах. Необходимо четкое регламентирование содержания, порядка приобретения и защиты прав. Однако действующие нормативные правовые акты не создали еще полноценных гарантий экономических прав граждан, приобретаемых в процессе осуществления аграрной реформы»². Этот вывод в полной мере относится и к конституционному праву граждан на занятие предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью, которое по-прежнему недостаточно обеспечено юридически.

¹ О других недостатках ст. 86¹ ГК РФ (в законопроекте данная статья значилась под номером 81¹) см.: *Устюкова В.В.* Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства в свете изменений Гражданского кодекса РФ. С. 55–57.

² *Беляева З.С.* Права граждан в условиях осуществления аграрной реформы // Социальное государство и защита прав человека. М., 1994. С. 52.

Глава 10. Трудовое право

§ 1. Конституционное регулирование отрасли трудового права

В Конституции РФ закреплены правовые основы реализации прав и свобод человека и гражданина, являющихся высшей ценностью (ст. 2). Их признание, соблюдение и защита возложены на государство, которое «обязано обеспечивать равенство стартовых возможностей граждан, защищать социальные права в качестве основных и неотчуждаемых»¹.

Провозглашение России социальным государством (ст. 7 Конституции РФ) предопределяет направленность его политики на признание и гарантированность прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ (ч. 1 ст. 17). Причем обязанность обеспечить их реализацию возложена на полномочные органы государственной власти и управления, которые, исходя из охранительной функции государства, должны защищать права и свободы граждан, пресекать правонарушения, гарантируя равенство всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ).

Как следует из Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г., высшей правовой ценностью, на которую должны ориентироваться все страны – члены МОТ, являются право на труд и свобода труда.

Право на труд как общепризнанная международная норма находит свое отражение в основных международных документах о правах человека, где закреплены гарантии обеспечения его реализации.

Так, в п. 1 ст. 23 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. закреплён комплекс прав в сфере труда, центральное место среди которых занимает «право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы». Неразрывным образом с этими правами связаны и иные права, указанные в п. 2–4 данной статьи, а также в ст. 24, в частно-

¹ Конституция Российской Федерации: к 15-летию принятия Основного закона. Текст. Комментарий. М., 2009. С. 10.

сти, право на равную оплату за равный труд без какой-либо дискриминации; право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи и дополняемое при необходимости другими средствами социального обеспечения; право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов; право на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск.

В Европейской социальной хартии (пересмотренной в 1996 г.) названы конкретные обязательства сторон в целях эффективного осуществления права на труд: а) достижение и поддержание как можно более высокого и стабильного уровня занятости в целях достижения полной занятости; б) обеспечение эффективной защиты права работников зарабатывать себе на жизнь свободно выбираемым трудом; в) создание или развитие для всех работников бесплатных служб по трудоустройству; г) обеспечение или содействие развитию соответствующей профессиональной ориентации, профессиональной подготовки и переподготовки.

Причем право на труд действует не изолированно от других социальных прав (ст. 2–10 Хартии). Среди них – право на справедливые условия труда, на охрану и гигиену труда, на справедливое вознаграждение за труд, обеспечивающее работникам и их семьям достойный уровень жизни; право на коллективные переговоры; право работника на профессиональную ориентацию в целях оказания ему помощи в выборе профессии в соответствии с его личными способностями и интересами; право на профессиональную подготовку.

В ст. 6 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. право на труд определено как право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается.

Участвующие в Пакте государства в целях полного осуществления этого права должны принимать меры, включающие программы профессионально-технического обучения и подготовки, методы достижения неуклонного экономического, социального и культурного развития и полной производительной занятости в

условиях, гарантирующих основные политические и экономические свободы человека.

Таким образом, характеризуя право на труд, международно-правовые акты одновременно указывают на конкретные правомочия работника, которые должны обеспечивать реализацию этого права путем предоставления работнику различного рода гарантий.

Право на труд и гарантии его реализации предусматривались во всех конституциях советского периода развития нашего государства, начиная с Конституции СССР 1936 г.

В ч. 1 ст. 38 Конституции РСФСР 1978 г. (воспроизводившей текст ст. 40 Конституции СССР 1977 г.) закреплялось право граждан РСФСР на труд, т.е. на получение гарантированной работы с оплатой труда в соответствии с его количеством и качеством и не ниже установленного государством минимального размера. Указанное право включало также право на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии с призванием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием и с учетом общественных потребностей.

В ч. 2 указанной статьи говорилось об обеспечении этого права социалистической системой хозяйства, неуклонным ростом производительных сил, бесплатным профессиональным обучением, повышением трудовой квалификации и обучением новым специальностям, развитием систем профессиональной ориентации и трудоустройства.

Тем самым Конституция РСФСР 1978 г., как и Конституция СССР 1977 г., дополнив право на труд, закрепленное в ст. 118 Конституции СССР 1936 г., правом на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии с призванием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием, значительно расширили его содержание, указав и на гарантии его реализации. Более того, право на отдых было выделено в отдельную статью (ст. 119 Конституции СССР 1936 г., ст. 39 Конституции РСФСР 1978 г., ст. 41 Конституции СССР 1977 г.).

Нельзя не обратить внимания и на место, которое занимала статья о праве на труд в гл. 6 «Основные права, свободы и обязанности граждан РСФСР» Конституции РСФСР 1978 г.

Так, ст. 38 следовала сразу же вслед за статьей, наделявшей граждан РСФСР всей полнотой социально-экономических, политических и личных прав и свобод, провозглашенных и гарантируемых

Конституцией СССР, Конституцией РСФСР и советскими законами. Соответственно такое же положение содержалось и в Конституциях СССР 1936 г. и 1977 г.

Представляется, что данное обстоятельство наглядным образом свидетельствовало о значении права на труд в системе основных прав, свобод и обязанностей граждан РСФСР и СССР.

Говоря о современном периоде, приходится с сожалением констатировать, что Конституция РФ не содержит отдельной статьи о праве на труд.

Приоритет общепризнанных международно-правовых стандартов в сфере труда как составной части правовой системы РФ над национальным законодательством (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ) закреплен в ст. 10 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ).

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»¹, исходя из ч. 1 ст. 46 Конституции РФ, в соответствии с которой каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, а также из положений ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ст. 18 Конституции РФ, указал, что права и свободы человека согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам РФ являются непосредственно действующими в пределах юрисдикции Российской Федерации. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

Тем самым Верховный Суд РФ подчеркнул, что международные стандарты по труду имеют приоритет над национальным законодательством, если предусматривают более высокий уровень прав и гарантий для граждан по сравнению с нормативными правовыми актами РФ.

Однако Конституция РФ, установив правовые основы для осуществления гражданами трудовой и иной приносящей доход деятельности, не закрепила напрямую само право на труд, практически сузив его до права на свободу труда.

В ст. 34 Конституции РФ провозглашается право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Тем самым закрепляется свобода экономической деятельности.

В свою очередь, в ст. 37 провозглашается свобода труда и право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, с запрещением принудительного труда и дискриминации в труде. Закреплено право каждого на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда (МРОТ), а также право на защиту от безработицы.

Гарантии реализации прав, провозглашенных в указанных статьях, имеют различную отраслевую принадлежность. В основе реализации права, гарантированного ст. 34, лежит самостоятельный труд, регулируемый нормами гражданского права, посредством применения которых осуществляется предпринимательская деятельность. В основе реализации права, гарантированного ст. 37, лежит труд несамостоятельный, регулируемый нормами трудового права.

Россия, не подкрепив реализацию принципа свободы труда мерами, которые могли бы обеспечить полное его осуществление, как это предусмотрено в международных правовых актах, фактически отказалась от конституционного закрепления права на труд, признавая его лишь косвенно.

Конституция РФ упоминает в ст. 37 о праве на труд как о так называемом октроированном праве, т.е. праве на труд лишь в определенных условиях, устанавливаемых законодателем. Поэтому такое право на труд, по мнению ряда ученых, следует отнести к категории «условные трудовые права», позволяющие абстрактно требовать от законодателя защиты от чрезмерной эксплуатации труда, но не выдвигать конкретные требования» по реализации этого права¹.

Данная конституционная норма позволяет применять соответствующие нормы трудового законодательства РФ, устанавливающие права и свободы человека и гражданина в сфере труда, наиболее полно закрепленные в ТК РФ.

¹ См.: Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / Рук. авт. колл. и отв. ред. В.А. Четвернин. М., 1997. С. 161.

***Реализация в трудовом законодательстве и на практике
положений Конституции РФ***

При реализации трудовых прав и обязанностей субъектов отношений сферы трудового права применимы многие конституционные нормы, в которых сделан упор на праве человека свободно распоряжаться своими способностями к труду.

Так, отдельные элементы принципа свободы труда нашли отражение в различных институтах трудового права путем закрепления основных принципов правового регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений (ст. 2 ТК РФ).

Равенство прав и свобод человека и гражданина, а также запрет любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности, гарантированные в ст. 19 Конституции РФ, недопустимость дискриминации по перечисленным в этой статье признакам закреплены в ст. 3 и 4 ТК РФ.

При этом провозглашенное в ст. 19 равенство всех перед законом и судом не позволяет устанавливать различные подходы к регламентации трудовых отношений в зависимости от должностного положения. Так, работодатель не имеет права устанавливать различные коэффициенты и надбавки к заработной плате лицам, работающим в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, в зависимости от должностного положения работника (ст. 313 ТК РФ).

Гарантируемая в ст. 37 Конституции РФ свобода выбора занятий и трудоустройства в конечном итоге означает, что каждый может выбрать себе место и род занятия с учетом своих желаний и что нельзя принудить человека к тому или иному занятию, если он не выразил на это своего согласия.

Именно с таких позиций Конституционный Суд РФ рассматривает принцип свободы труда, который в трудовых отношениях проявляется, прежде всего, в договорном характере труда, обуславливая свободу трудового договора. Вместе с тем свобода труда предполагает обеспечение каждому возможности на равных с дру-

гими гражданами условиях и без какой-либо дискриминации вступать в трудовые отношения, реализуя свои способности к труду¹.

У гражданина, реализующего право на труд путем заключения трудового договора, в содержание этого права входит право на защиту со стороны государства от чрезмерной эксплуатации труда, гарантированное ст. 37 Конституции РФ. Причем формы и способы такой защиты и ее пределы определяет само государство.

Иными словами, права на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом МРОТ, на отдых возникают лишь на условиях, определяемых законодателем, и защищаются закрепленным им способом.

Так, разрешение индивидуальных и коллективных трудовых споров возможно с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку (гл. 60 и 61 ТК РФ). Право на защиту от безработицы реализуется в соответствии с нормами Закона РФ от 19 апреля 1991 № 1032-I «О занятости населения в Российской Федерации»².

Положения ст. 37 Конституции РФ, обуславливая свободу трудового договора правом работника и работодателя решать по соглашению сторон вопросы, связанные с возникновением, изменением и прекращением трудовых отношений, предопределяют и обязанность государства обеспечивать справедливые условия найма и увольнения.

Обязанности государства по отношению к гражданину в сфере труда находят отражение в соответствующих положениях ТК РФ, устанавливающих общие требования к порядку заключения трудового договора, его изменения и прекращения (ст. 63–84¹).

Например, никто не может ограничить право работника на выражение добровольного волеизъявления при расторжении трудового договора по инициативе самого работника (ст. 80 ТК РФ). Отсутствие подобного волеизъявления, подтвержденного предварительно поданным письменным заявлением работника об этом, не позволяет работодателю ни при каких обстоятельствах издать приказ о расторжении трудового договора по инициативе работника,

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 27 декабря 1999 г. № 19-П // СЗ РФ. 2000. № 3. Ст. 354.

² СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

поскольку отсутствует свободное распоряжение им своими способностями к труду.

Тем самым обеспечивается надлежащая защита прав и законных интересов работника как экономически более слабой стороны в трудовом правоотношении, что особенно важно при расторжении трудового договора по инициативе работодателя (ст. 81 ТК РФ).

Положения ст. 23 Конституции РФ о неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны, праве каждого на защиту своей чести и доброго имени нашли отражение в гл. 14 ТК РФ «Защита персональных данных работника».

Конституционный Суд РФ в ряде своих решений неоднократно подчеркивал, что в силу ст. 37 (ч. 1) Конституции РФ во взаимосвязи с ее ст. 7 (ч. 2) и 19 предполагается создание равных возможностей как при вступлении в трудовые отношения, так и в процессе трудовой деятельности¹.

Вместе с тем для отдельных категорий граждан, нуждающихся в особой социальной защите (например, для граждан – родителей малолетних детей), на законодательном уровне предусмотрен ряд гарантий и льгот (см. гл. 41 «Особенности регулирования труда женщин, лиц с семейными обязанностями» ТК РФ). Поэтому Конституционный Суд РФ особо указывал, что наличие гарантий и льгот должно позволить этим лицам наравне с другими гражданами реализовать свое конституционное право на труд без ущерба для надлежащего выполнения обязанности по воспитанию детей (ч. 2 ст. 38 Конституции РФ). Ведь согласно ч. 1 данной статьи материнство и детство, семья находятся под защитой государства².

Государственная поддержка инвалидов (ч. 2 ст. 7 Конституции РФ) обеспечивается предоставлением гарантий трудовой занятости федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов РФ, закрепляемых в ТК РФ (ст. 92, 94, 99, 113 и др.), Федеральным законом от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации»³. К числу таких гарантий относятся: обеспечение занятости

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2011 г. № 28-П // СЗ РФ. 2011. № 52. Ст. 7639; постановление Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1209.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 24 января 2002 г. № 3-П // СЗ РФ. 2002. № 7. Ст. 745.

³ СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563.

инвалидов путем повышения их конкурентоспособности на рынке труда; установления квоты для приема их на работу и создания специальных рабочих мест для трудоустройства; создания необходимых условий труда в соответствии с индивидуальной программой реабилитации инвалида; льготы при установлении условий труда (оплата труда, режим рабочего времени и времени отдыха, продолжительность ежегодного и дополнительного оплачиваемых отпусков и др.) и т.д.

Институт МРОТ по своей конституционно-правовой природе (ст. 37 Конституции РФ) предназначен для установления того минимума денежных средств, который должен быть гарантирован работнику в качестве вознаграждения за выполнение трудовых обязанностей с учетом прожиточного минимума¹.

Реализуя конституционные положения, ТК РФ (ст. 133) предусматривает, что федеральным законом устанавливается гарантированный МРОТ. Однако, к сожалению, до сих пор не реализуется положение ч. 1 указанной статьи, согласно которой минимальный размер оплаты труда не может быть ниже величины прожиточного минимума трудоспособного населения.

В соответствии со ст. 421 ТК РФ порядок и сроки поэтапного повышения МРОТ до размера, предусмотренного ч. 1 ст. 133 Кодекса, устанавливаются федеральным законом, который пока не принят. Поэтому в качестве одной из важнейших задач трудового законодательства РФ остается установление этого размера в соответствии с концепцией достойного труда, предложенной МОТ в июне 1999 г.²

В определенной мере эти вопросы могут быть решены на уровне субъектов РФ путем реализации положений ст. 133¹ ТК. Субъектам РФ предоставлена возможность в региональном соглашении о минимальной заработной плате устанавливать ее размер не ниже МРОТ, установленного федеральным законом для всей территории РФ³.

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 27 ноября 2008 г. № 11-П // СЗ РФ. 2008. № 51. Ст. 6205.

² Подробнее см.: *Шебанова А.И.* Достойный труд: признаки, содержание и гарантии его обеспечения // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3.

³ С 1 января 2013 г. федеральный МРОТ установлен в размере 5205 руб. в месяц. См.: Федеральный закон от 3 декабря 2012 г. № 232-ФЗ «О внесении изменения в статью 1 Федерального закона «О минимальном размере оплаты

Такого рода полномочие субъектов РФ базируется на Конституции РФ, устанавливающей предметы ведения Российской Федерации и ее субъектов. Трудовое законодательство находится в совместном ведении Федерации и субъектов РФ (п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) при отнесении к ведению Российской Федерации первичного конституционно-правового регулирования прав и свобод человека и гражданина, установления их единых федеральных стандартов, способов и средств их защиты (п. «в» ст. 71).

Субъекты РФ реализуют свои полномочия в сфере социально-трудовых отношений, конкретизируя и уточняя условия и порядок реализации указанных прав. Тем самым Российской Федерацией и ее субъектами обеспечивается защита прав и свобод человека и гражданина (п. «б» ч. 1 ст. 72) в сфере действия норм трудового права, что нашло законодательное закрепление в ст. 6 ТК РФ. Субъекты РФ могут устанавливать более высокий уровень трудовых прав и гарантий работникам по сравнению с федеральным, но только с обеспечением их реализации за счет средств бюджета соответствующего субъекта РФ.

На практике реализуются и иные положения Конституции РФ, касающиеся трудовых прав и свобод граждан.

Так, в ч. 3 ст. 15 Конституции РФ закреплено правило, согласно которому любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. Это требование в полной мере применимо ко всем без исключения нормативным актам, действующим в сфере трудового права, в том числе и локальным (ст. 5–13 ТК РФ).

Конституция РФ (ч. 3 ст. 35) запрещает лишение имущества, в том числе и заработной платы, без вынесения судебного решения: право частной собственности охраняется законом. В свою очередь, ТК РФ ограничивает случаи удержаний из заработной платы (ст. 137) и размеры таких удержаний (ст. 138).

труда» // СЗ РФ. 2012. № 50 (ч. 5). Ст. 6955. С 1 июля 2013 г. МРОТ в г. Москве устанавливается в сумме 12 200 руб. См.: Соглашение от 12 декабря 2012 г. о минимальной заработной плате в городе Москве на 2013 год между Правительством Москвы, московскими объединениями профсоюзов и московскими объединениями работодателей // Тверская, 13. 2012. 20 дек.

Согласно ч. 3 ст. 41 Конституции РФ сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей, является основанием для правомерного отказа работников от работы, непосредственно угрожающей их жизни и здоровью (ст. 379 ТК РФ).

Работодатели не вправе препятствовать работникам в осуществлении самозащиты. Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждому предоставлено право защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, в том числе и путем обращения в суд¹. Причем перечень способов защиты работниками трудовых прав и свобод, содержащийся в ст. 352 ТК РФ, не является исчерпывающим.

Правовые основания для предъявления работниками требований о возмещении причиненных работодателем материального и морального вреда, в том числе и в случае повреждения здоровья, содержатся, в частности, в ст. 227–231 ТК РФ.

Согласно ст. 43 Конституции РФ каждый имеет право на образование, которое реализуется обучающимися работниками посредством получения льгот в связи с обучением (гл. 26 ТК РФ). Отказ работодателей предоставить работникам соответствующие гарантии и компенсации следует рассматривать и как нарушение конституционного права на образование.

Сказанное выше позволяет сделать вывод о том, что политика российского государства в сфере труда в основном согласуется с целями правового регулирования труда в Российской Федерации как в социальном правовом государстве (см. ч. 1 ст. 1, ст. 2 и 7 Конституции РФ). Вместе с тем, учитывая возрастающие в условиях перехода России к рыночным отношениям требования к законодательству о труде и практике его применения, необходимо совершенствование ряда его норм.

¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

Развитие теории трудового права

Несмотря на некоторые положительные моменты в реализации многих норм Конституции РФ в сфере труда, приходится констатировать, что в ряде случаев нормы трудового законодательства РФ не в полной мере соответствуют конституционным положениям. Кроме того, теоретические разработки в области трудового права во многом направлены лишь на комментирование норм законодательства о труде и возможное их приспособление к современным реалиям.

Представляется, что провозглашение России в ст. 7 Конституции РФ социальным государством с направленностью его политики на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, охрану труда и здоровья людей по многим вопросам социально-трудовых отношений – пока всего лишь конституционный идеал.

Поэтому и положения ст. 7 Конституции РФ продолжают оставаться во многом декларативными.

Данному обстоятельству способствует в определенной мере и состояние законодательства о труде, на что неоднократно обращали внимание ученые-трудовики, работавшие в разные годы и работающие сейчас в секторе трудового права и права социального обеспечения Института государства и права РАН.

Так, в 1990-е гг. действовали Основы законодательства РФ об охране труда, утвержденные постановлением Верховного Совета РФ от 6 августа 1993 г. № 5600-1. На смену им пришел Федеральный закон от 17 июля 1999 г. № 181-ФЗ «Об основах охраны труда в Российской Федерации»¹. И хотя считается, что данный Закон применяется в части, не противоречащей ТК РФ, вступившему в силу с 1 февраля 2002 г., фактически он утратил силу.

Отсутствие на федеральном уровне специального закона, посвященного правовому регулированию института охраны труда, привело к ослаблению защитной (охранительной) функции трудового права. На необходимость ее укрепления указывал заведующий сектором трудового права ИГП РАН С.А. Иванов, который считал,

¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3702.

что трудовое право вообще зародилось как право охраны труда, что охрана труда представляет основной институт отрасли¹.

Вряд ли стоит сводить задачи трудового права только к охране труда, но вместе с тем нельзя отрицать роль и значение последней в соблюдении трудовых прав работников. Так, отсутствие в последние годы в стране на должном уровне охраны труда и здоровья людей приводит к увеличению травматизма на производстве, в том числе со смертельным исходом².

Говоря о том, что именно трудовой договор является юридической формой свободы труда рабочих и служащих, старший научный сотрудник сектора трудового права Р.З. Лившиц призывал не забывать о служебной роли трудового законодательства, об обязанности общества в целом помочь каждому проявить себя, сочетая собственные интересы и интересы производства³.

Вследствие пассивности государственных структур в создании условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, не уменьшается число безработных граждан⁴, несмотря на проводимые в последние годы мероприятия по снижению напряженности на рынке труда в субъектах РФ⁵.

¹ См.: *Иванов С.А.* Трудовое право переходного периода: проблемы использования зарубежного опыта // Государство и право. 1995. № 3. С. 33.

² За шесть месяцев (январь – июнь 2012 г.) число погибших в результате несчастных случаев на производстве в отраслях экономики составило 1361 человек, увеличившись по сравнению с аналогичным периодом 2011 г. на 54 человека. См.: Оперативные данные о количестве погибших в результате несчастных случаев на производстве в отраслях экономики Российской Федерации за шесть месяцев (январь – июнь) 2012 года и аналогичный период предыдущего года // URL: <http://www.gostrud.ru> (дата обращения: 19.03.2013).

³ См.: *Лившиц Р.З., Чубайс Б.М.* Трудовой договор. М., 1986. С. 4–6.

⁴ По данным Федеральной службы государственной статистики, общий уровень безработицы в России в феврале 2013 г. составил 5,8% экономически активного населения страны. Число безработных сократилось на 3,1% – до 4,337 млн человек. См.: Безработица в России 2011–2012: статистика, мониторинг численности безработных // URL: <http://www.abird.ru/articles/unemployment> (дата обращения: 20.03.2013).

⁵ См.: постановление Правительства РФ от 15 декабря 2012 г. № 1307 «О предоставлении и распределении в 2013 году субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на реализацию дополнительных мероприятий, направленных на снижение напряженности на рынке труда субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 51. Ст. 6316.

Государство должно гарантировать гражданам создание рабочих мест, обучение новым профессиям, содействие трудоустройству и т.д. Проводимая же российским государством политика в этой области лишь способствует занятости населения. Но, как известно, ее эффективность зависит не столько от законодательства, сколько от экономического состояния общества, а развитость трудового законодательства – один из показателей развитости индустриального общества.

Российское государство устанавливает лишь правовые, экономические и организационные основы государственной политики содействия занятости населения, определяя тем самым общие условия для нормального функционирования хозяйственного механизма и его эффективности. Свидетельством этому может служить принятие государственной программы РФ «Содействие занятости населения», утвержденной распоряжением Правительства РФ от 22 ноября 2012 г. № 2149-р¹.

Целью данной программы, принятой впервые за последние 10 лет на длительный период времени (2013 – 2020 гг.), является создание правовых, экономических и институциональных условий, способствующих эффективному развитию рынка труда. В качестве задач программы (без выделения этапов ее реализации) поставлены: 1) предотвращение роста напряженности на рынке труда; 2) привлечение иностранных работников в соответствии с потребностями экономики; 3) содействие поддержанию высокой квалификации и охранению здоровья работников, обеспечение защиты трудовых прав граждан.

Таким образом, в ближайшей перспективе российское государство не планирует обеспечить реализацию принципа свободы труда теми мерами, что предусмотрены в международных правовых актах.

Государство практически самоустраняется от активного участия в регулировании отношений по труду, перекладывая бремя обеспечения права на труд и гарантий его реализации на социальных партнеров, оставляя за собой определение лишь общих правил их поведения в сфере труда, основанных на договорных началах. При этом декларируется опора граждан на собственные силы при незначительном участии в этом процессе государства, предостав-

¹ СЗ РФ. 2012. № 48. Ст. 6736.

ляющего в установленных законом случаях минимальный уровень гарантий в сфере труда и социальную защиту при наступлении ряда социальных рисков (безработица, нетрудоспособность, несчастный случай на производстве или профессиональное заболевание и др.). Поэтому трудно не согласиться с утверждениями о том, что содержащаяся в ст. 37 Конституции РФ норма носит декларативный характер¹. В связи с этим не потеряло своей актуальности и мнение, высказанное более 20 лет назад Р.З. Лившицем и В.И. Никитинским, об утрате нашим трудовым законодательством, бывшим когда-то лучшим в мире, своих преимуществ².

Основным вопросам в трудовом праве – предмету и методу, социальному назначению трудового права и его функциям, дифференциации в трудовом праве – была посвящена фундаментальная монография, в написании которой приняли участие известные ученые-трудовики – научные сотрудники ИГП РАН С.А. Иванов, Р.З. Лившиц, Ю.П. Орловский³. В данной работе дан обстоятельный анализ трудового законодательства и практики его применения с позиций общей теории права и реализации трудовых прав граждан.

Конституция РФ служит правовой основой для установления объективно обусловленных различий в правовом статусе лиц, вступающих в трудовые отношения, поскольку все равны перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ), с использованием факторов дифференциации по объективным и субъективным основаниям.

Вопросам дифференциации в трудовом праве был посвящен ряд работ Г.С. Скачковой, в том числе монографий и научно-практических пособий, а также статей⁴. Можно назвать также ряд

¹ См.: *Гейхман В.Л.* Свобода труда и право на труд в России (в постсоветский период) // *Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения: материалы Международной научно-практической конференции* / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2007. С. 156.

² См.: *Лившиц Р.З., Никитинский В.И.* Проблемы перестройки законодательства о труде // *Советское законодательство: пути перестройки* / Отв. ред. А.В. Мицкевич, А.С. Пиголкин. М., 1989. С. 319.

³ См.: *Советское трудовое право: вопросы теории* / Отв. ред. С.А. Иванов. М., 1978.

⁴ См., например: *Скачкова Г.С.* Договоры (контракты) о труде в различных сферах деятельности. М., 2001; *она же.* Расширение сферы действия трудового права и дифференциации его норм. М., 2003; *она же.* Договоры о труде в

работ А.А. Шугаева, в которых нашли свое отражении вопросы защиты трудовых прав работников, деятельность органов по надзору и контролю за соблюдением законодательства о труде¹.

В последние годы основные направления научных исследований сектора связаны с проблемами совершенствования правового регулирования отношений в сфере трудового права и права социального обеспечения. Этим вопросам были посвящены проведенные в 2007–2012 гг. научно-практические конференции, по итогам которых под ред. Г.С. Скачковой изданы сборники статей². Нельзя не отметить и издание в 2012 г. сборника «Трудовое право России и стран Евросоюза», в котором опубликованы статьи не только российских, но и зарубежных авторов (Германия, Италия, Испания и др.).

Основные направления развития трудового права

В последние годы основные направления развития трудового права изменяются с учетом перемен, происходящих в российском обществе.

Так, справедливо указывается на необходимость большего взаимодействия представителей смежных наук – не только гуманитарных, но и естественных, технических и технологических³, что смогло бы поднять на новый уровень исследование проблем трудо-

сфере кооперации: Учеб. пособие. М., 2003; *она же*. Регулирование труда лиц гражданского персонала федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации, выполняющих задачи в области обороны, правоохранительной деятельности и безопасности государства: Науч.-практ. пособие. М., 2005.

¹ См., например: *Шугаев А.А.* Правовые проблемы участия профсоюзов в разрешении коллективных трудовых споров. М., 2001; *он же*. Социальная политика и трудовое право. М., 2004; *он же*. Надзор и контроль профсоюзов за исполнением трудового законодательства. М., 2008; *Шугаев А.А., Кистеров Д.Д.* Трудовые кодексы Чешской Республики и Российской Федерации: сравнительно-правовой анализ. М., 2010.

² См., например: Проблемы ответственности в сфере труда. М., 2007; Трудовые кодексы России и Чехии. М., 2008; Пробелы в трудовом праве и праве социального обеспечения. М., 2009; Занятость и трудоустройство в современной России: проблемы правового регулирования. М., 2011; Трудовое право России и стран Евросоюза. Сб. статей / Под ред. Г.С. Скачковой. М., 2012.

³ См.: *Лебедев В.М.* Современные проблемы трудового права // Современное состояние законодательства и науки трудового права и права социального обеспечения: материалы 6-й Международной научно-практической конференции / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2010. С. 6.

вого права, особенно в части, касающейся реализации конституционных прав граждан.

Требуют своего законодательного решения вопросы, связанные с совершенствованием ТК РФ, в частности, используемой законодателем юридической техники и терминологии, поскольку неоднозначность последней нередко приводит к различному пониманию смысла терминов, деформированию используемого в трудовом праве понятийного аппарата.

Большинство вопросов в теории трудового права возникает относительно его общей части, необходимости углубленного изучения новых функций и задач трудового права в условиях перехода России к рынку.

Провозглашая необходимость развития и совершенствования защитной функции трудового права, ее нельзя рассматривать в отрыве от экономической (производственной) функции, поскольку основой любого общества является не труд сам по себе, а труд качественный. Поэтому требуется активизация реализации федеральных и региональных программ, направленных на повышение качества рабочей силы на основе требований, предъявляемых к современным работникам в условиях инновационного развития России.

Дифференцированный подход к регулированию трудовых отношений некоторых категорий работников нашел свое отражение как в ряде отдельных правовых норм (общих и специальных), так и в целом в разд. XII «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников» ТК РФ. В нем закреплены особые правила, касающиеся регулирования отдельных сторон трудовых отношений некоторых категорий работников, исходя из оправданности и обоснованности различий в правовой природе заключаемых с ними трудовых договоров. Введение таких особых правил должно соответствовать конституционно значимым целям.

Однако в указанном разделе при использовании отраслевого фактора дифференциации почему-то не названы научные работники, хотя при разработке проектов ТК РФ высказывались предложения включить в него нормы об особенностях правового регулирования условий труда и таких лиц. В некоторых вариантах проекта такие нормы содержались. Однако затем в ходе дальнейшей разработки (уже на завершающем этапе принятия Кодекса) они из него исчезли.

По нашему мнению, вопросы, связанные с особенностями правового регулирования труда научных работников, должны получить законодательное закрепление в ТК РФ.

В частности, разд. XII Кодекса следует дополнить новой главой, в которой были бы законодательно закреплены основные принципиальные положения об особенностях регулирования трудовых отношений научных работников. В числе таких особенностей должны быть указаны: конкурсный порядок замещения должностей научных работников, обязательность наличия для замещения определенных должностей ученой степени доктора и кандидата наук, периодичность прохождения научными работниками обязательной аттестации.

При этом вряд ли можно признать целесообразным расширение в научных организациях практики заключения с сотрудниками срочных трудовых договоров и расценивать в связи с этим их заключение как одну из особенностей правового регулирования условий их труда.

На наш взгляд, срочные трудовые договоры должны заключаться на условиях, установленных ТК РФ, например, при временном характере выполнения работ (при получении грантов, научных стипендий, целевого выделения бюджетных средств на конкретные научные исследования и т. д.).

Представляется, что в области оплаты труда работников науки необходимо провести унификацию всего того нормативного материала, который был принят в последние годы. В новой главе разд. XII ТК РФ должны содержаться нормы, в которых были бы закреплены принципиальные основы, определяющие условия и порядок оплаты труда работников в сфере науки. Необходимо также четко определить компетенцию в области оплаты труда работников науки соответствующего федерального органа исполнительной власти, на который возложена координация научной и (или) научно-технической деятельности, указав, в каких случаях и по каким именно вопросам возможно принятие этим органом соответствующих нормативных правовых актов в области оплаты труда работников науки.

При характеристике направлений в развитии трудового права нельзя проигнорировать те моменты, которые отмечены в докладе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за

2012 г.¹ По мнению Уполномоченного по правам человека, примером неэффективности законодательства о труде является медленное принятие необходимых подзаконных актов, например, о предоставлении компенсаций лицам, занятым на тяжелых работах или работах с вредными и (или) опасными и иными особыми условиями труда.

Требует своего решения проблема оплаты труда лиц, осужденных к лишению свободы, которые либо вообще ничего не получают за свой труд, либо получают ниже МРОТ, хотя их труд должен оплачиваться в соответствии с законодательством о труде.

В законодательстве РФ имеет место несостыковка ограничений, установленных ст. 351¹ ТК РФ относительно запрета допуска лиц, имеющих или имевших судимость за преступления в сфере нравственности, с деятельностью, связанной с воспитанием молодежи. На практике под такой запрет попадают и лица, не имеющие непосредственного отношения к воспитательной работе с детьми (например, технические работники, уборщицы).

В докладе Уполномоченного по правам человека говорится также о необходимости законодательного закрепления конкретных мер поддержки инвалидов путем возмещения работодателям затрат на оборудование им специальных рабочих мест.

Положения действующего российского законодательства должны в полной мере соответствовать ратифицированным Россией международным актам о защите прав работников в случае банкротства работодателя. В этой связи Уполномоченный по правам человека предложил создать систему гарантийных учреждений, принимающих на себя удовлетворение требований работников в случае неспособности работодателя их выполнить.

§ 2. Конституционное регулирование отрасли права социального обеспечения

В Конституции РФ закреплены правовые основы реализации прав и свобод человека и гражданина и в области социальной защиты.

¹ См.: Российская газета. 2013. 29 марта.

Согласно ч. 1 ст. 39 «каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом». В соответствии с ч. 2 данной статьи «государственные пенсии и социальные пособия устанавливаются законом».

Нельзя также не обратить внимания и на ст. 41, закрепляющую право на охрану здоровья и медицинскую помощь.

Провозглашение России социальным государством предопределяет направленность политики последнего на признание и гарантированность прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ (ч. 1 ст. 17). Причем обязанность обеспечить реализацию социально-трудовых прав возложена на полномочные органы государственной власти и управления, которые, исходя из охранительной функции государства, должны защищать права и свободы граждан, пресекать правонарушения, гарантируя равенство всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19).

Как будет показано далее, многие из рассмотренных ранее конституционных положений применительно к трудовому праву нашли свое отражение и в законодательстве по праву социального обеспечения.

Права граждан на социальное обеспечение, гарантированные Конституцией РФ, находят свое отражение в основных международных документах о правах человека, с указанием гарантий обеспечения реализации этого права.

В Европейской социальной хартии закрепляется ряд прав в области социальной защиты различных категорий граждан. Среди таких прав: право работающих женщин на охрану материнства (ст. 8); право в целом на охрану здоровья (ст. 11); право на социальное обеспечение (ст. 12); право на социальную и медицинскую помощь (ст. 13); право на получение услуг со стороны социальных служб (ст. 14); право лиц с физическими и умственными недостатками на независимость, социальную интеграцию и на участие в жизни общества (ст. 15); право семьи на социальную, правовую и экономическую защиту (ст. 16); право матери и детей на социальную и экономическую защиту (ст. 17).

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. признал право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное

питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни (ст. 11), право на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья (ст. 12).

Участвующие в Пакте государства в целях полного осуществления этого права должны принимать меры, включая мероприятия, необходимые, в частности, для: обеспечения сокращения смертности и детской смертности и здорового развития ребенка; предупреждения и лечения профессиональных и иных болезней и борьбы с ними; создания условий, которые обеспечивали бы всем медицинскую помощь и медицинский уход в случае болезни.

Сравнительный анализ положений Конституции РФ и указанных международных актов свидетельствует о некоторой «усеченности» прав россиян в области социальной защиты, сокращении их содержания. В определенной степени это «роднит» Конституцию РФ с Конституцией СССР 1936 г., весьма скупо характеризовавшей социальную защиту граждан.

Так, в ст. 120 Конституции СССР 1936 г. говорилось о праве граждан на материальное обеспечение в старости, а также в случае болезни и потери трудоспособности. Это право обеспечивалось широким развитием социального страхования рабочих и служащих за счет государства, бесплатной медицинской помощью трудящимся, предоставлением в пользование трудящимся широкой сети курортов. В то же время в Конституции СССР 1936 г. содержалась отдельная статья (122) о правах женщин, согласно которой женщине предоставлялись равные права с мужчиной во всех областях хозяйственной, государственной, культурной и общественно-политической жизни.

Возможность осуществления этих прав обеспечивалась предоставлением женщине равного с мужчиной права на труд, оплату труда, отдых, социальное страхование и образование, государственной охраной интересов матери и ребенка, предоставлением женщине при беременности отпусков с сохранением содержания, широкой сетью родильных домов, детских яслей и садов.

Последние советские конституции содержали нормы, предоставлявшие гражданам в целом более широкий объем прав в области социальной защиты.

Так, в ст. 42 Конституции СССР 1977 г. (и соответственно в ст. 40 Конституции РСФСР 1978 г.) содержание права на охрану здоровья включало не только оказание бесплатной квалифициро-

ванной медицинской помощи государственными учреждениями здравоохранения, но и указание на конкретные гарантии обеспечения реализации этого права.

Реализация данного права обеспечивалась путем расширения сети учреждений для лечения и укрепления здоровья граждан; развития и совершенствования техники безопасности и производственной санитарии; проведения широких профилактических мероприятий; мерами по оздоровлению окружающей среды; особой заботой о здоровье подрастающего поколения, включая запрещение детского труда, не связанного с обучением и трудовым воспитанием; развертыванием научных исследований, направленных на предупреждение и снижение заболеваемости, на обеспечение долголетней активной жизни граждан.

В ст. 43 Конституции СССР 1977 г. закреплялось право на материальное обеспечение в старости, в случае болезни, полной или частичной утраты трудоспособности, а также потери кормильца. Это право гарантировалось социальным страхованием рабочих, служащих и колхозников, пособиями по временной нетрудоспособности; выплатой за счет государства и колхозов пенсий по возрасту, инвалидности и по случаю потери кормильца; трудоустройством граждан, частично утративших трудоспособность; заботой о престарелых гражданах и об инвалидах; другими формами социального обеспечения.

В Конституции РСФСР 1978 г. ст. 56 была более краткой по своему содержанию, но объем закрепляемых прав был несколько расширен, предусматривался более высокий уровень гарантий их реализации. Закреплялось право на социальное обеспечение не только по возрасту, в случае утраты трудоспособности, потери кормильца, но и в иных установленных законом случаях.

Указывалось, что пенсии, пособия и другие виды социальной помощи должны были обеспечивать уровень жизни не ниже установленного законом прожиточного минимума. Говорилось также о развитии государством системы социального страхования и обеспечения, поощрении создания общественных фондов социального обеспечения и благотворительности.

Закрепление в ч. 1 ст. 35 Конституции СССР 1977 г. равенства прав женщины и мужчины дополнялось в ч. 2 гарантиями реализации этих прав: «Осуществление этих прав обеспечивается предоставлением женщинам равных с мужчинами возможностей в полу-

чении образования и профессиональной подготовки, в труде, вознаграждении за него и продвижении по работе, в общественно-политической и культурной деятельности, а также специальными мерами по охране труда и здоровья женщин; созданием условий, позволяющих женщинам сочетать труд с материнством; правовой защитой, материальной и моральной поддержкой материнства и детства, включая предоставление оплачиваемых отпусков и других льгот беременным женщинам и матерям, постепенное сокращение рабочего времени женщин, имеющих малолетних детей».

В Конституции РСФСР 1978 г. равенство прав и свобод женщин (ст. 34) дополнялось указанием на обеспечение государством защиты «материнства и младенчества, прав детей, инвалидов, умственно отсталых лиц, а также граждан, отбывших наказание в местах лишения свободы и нуждающихся в социальной поддержке» (ст. 59).

Нельзя не заметить, что Конституция СССР 1977 г., закрепляя права граждан в области социальной защиты, связывала их воедино с трудовыми правами. В то же время право граждан на охрану здоровья было гораздо шире по своему содержанию, чем право на материальное обеспечение в случае болезни или утраты трудоспособности¹.

Реализация в праве социального обеспечения и на практике положений Конституции РФ

Для права социального обеспечения характерно то, что данная отрасль не кодифицирована: нет единого закона в виде единых основ законодательства или кодекса, в которых было бы заложено правовое регулирование отношений в сфере социальной защиты населения.

Особое значение в регулировании отношений, возникающих в сфере охраны здоровья граждан в Российской Федерации, имеет Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»², который закрепляет, в частности: а) правовые, организационные и экономические основы охраны здоровья граждан; б) права и обязанности че-

¹ Подробнее см.: Конституция СССР. Политико-правовой комментарий. М., 1982.

² СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

ловека и гражданина, отдельных групп населения в сфере охраны здоровья, гарантии реализации этих прав.

Нельзя не назвать также Федеральный закон от 16 июля 1999 г. № 165-ФЗ «Об основах обязательного социального страхования»¹.

Обязательное социальное страхование – часть государственной системы социальной защиты населения, спецификой которой является осуществляемое в соответствии с федеральным законом страхование работающих граждан от возможного изменения материального и (или) социального положения, в том числе по не зависящим от них обстоятельствам.

Причем каждому случаю в системе обязательного социального страхования соответствует свой федеральный закон.

Так, согласно ст. 8 Закона «Об основах обязательного социального страхования» страховым обеспечением по отдельным видам обязательного социального страхования являются: 1) оплата медицинскому учреждению расходов, связанных с предоставлением застрахованному лицу необходимой медицинской помощи²; 2) пенсии по старости, по инвалидности, по случаю потери кормильца³; 3) пособия по временной нетрудоспособности, по беременности и родам, ежемесячное пособие по уходу за ребенком и др.⁴; 4) страховые выплаты в связи с несчастным случаем на производстве и профессиональным заболеванием, оплата дополнительных расходов на медицинскую, социальную и профессиональную

¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3686.

² См.: Федеральный закон от 29 ноября 2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422; Федеральный закон от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4832; Федеральный закон от 1 апреля 1996 г. № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования» // СЗ РФ. 1996. № 14. Ст. 1401.

³ См.: Федеральный закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4920.

⁴ См.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию» // СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 18.

реабилитацию¹; 5) иные виды страхового обеспечения, установленные федеральными законами о конкретных видах обязательного социального страхования².

При реализации права некоторых категорий граждан на пенсии, финансируемые за счет средств федерального бюджета, правовые основы их назначения устанавливаются федеральными законами³. Социальная защита граждан пожилого возраста и инвалидов осуществляется на основе ряда специальных законов⁴.

После принятия так называемого Закона о монетизации льгот⁵ серьезно ухудшилось правовое положение граждан, нуждающихся

¹ См.: Федеральный закон от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803.

² См., например: Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 146. Данный Закон регулирует отношения, связанные с погребением умерших, а также с выплатой социального пособия на погребение за счет средств не только Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования РФ, но и бюджетов субъектов РФ.

³ См., например: Федеральный закон от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4831; Закон РФ от 12 февраля 1993 г. № 4468-1 «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, и их семей» // Ведомости РФ. 1993. № 9. Ст. 328.

⁴ См.: Федеральный закон от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563; Федеральный закон от 2 августа 1995 г. № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» // СЗ РФ. 1995. № 32. Ст. 3198; Федеральный закон от 10 декабря 1995 г. № 195-ФЗ «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4872.

⁵ См.: Федеральный закон от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

в социальной защите, поскольку снижение уровня обеспечения их прав произошло практически во всех сферах (образование, здравоохранение, социальная защита, реабилитация и т.д.). Тем самым были во многом нарушены конституционные и общепризнанные международные принципы и нормы о социальной защите.

Обязательное обеспечение государством прав и законных интересов определенных категорий граждан подменено юридически зачастую неопределенными и не имеющими четких критериев видами государственной «поддержки» нуждающихся в ней граждан. Так, все чаще нормой становится лишь частичная, а не полная материальная поддержка. Имеются факты, когда нуждающимся гражданам оказывается лишь моральная поддержка, без наполнения ее материальным содержанием со ссылкой на отсутствие бюджетных средств.

После внесения Законом о монетизации льгот изменений в Федеральный закон от 17 июля 1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи»¹ законодатель соединил в понятие «государственная социальная помощь» фактически два разноплановых вида социального обеспечения, имеющих различную правовую природу.

Согласно ст. 1 данного Закона под государственной социальной помощью в широком смысле понимается предоставление малоимущим семьям, малоимущим одиноко проживающим гражданам, а также иным установленным Законом категориям граждан социальных пособий, социальных доплат к пенсии, субсидий, социальных услуг и жизненно необходимых товаров.

Закон предусматривает большое количество денежных выплат (социальные пособия, субсидии, компенсации и др. выплаты), которые могут расходоваться их получателями как по своему усмотрению, так и в соответствии с теми целями, на которые они предоставлены. Государственная социальная помощь может оказываться и в натуральном виде (продукты питания, одежда, обувь, медикаменты, топливо и др.).

Источниками оказания государственной социальной помощи могут быть средства бюджетов всех уровней.

¹ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3699.

При реализации прав граждан в сфере социального обеспечения применимы многие рассмотренные выше конституционные нормы (ст. 2, 7, 15, 17, 18, 19, 23, 35, 38, 41, 46, 45 Конституции РФ).

Так, для права социального обеспечения характерна его всеобщность и гарантированность, т.е. она распространяется на всех граждан, нуждающихся в социальной защите в силу обстоятельств, признаваемых законом значимыми (старость, инвалидность, временная нетрудоспособность, потеря работы и заработка, утрата кормильца, рождение детей, вынужденное переселение, смерть человека и др.). Предоставление различных видов социального обеспечения имеет дифференцированный характер с учетом трудового вклада, причин нуждаемости и иных социально значимых факторов.

Существует множество видов социального обеспечения (пенсии, пособия, социальные услуги, компенсационные выплаты и т.д.), предоставляемых за счет как средств бюджета, так и страховых платежей.

В сфере судебной защиты прав граждан на трудовые пенсии особое значение имеет постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11 декабря 2012 г. № 30 «О практике рассмотрения судами дел, связанных с реализацией прав граждан на трудовые пенсии»¹. Одним из важнейших направлений деятельности Конституционного Суда РФ является защита конституционных прав граждан в области социального обеспечения²: большинство решений Суда посвящено именно этим вопросам.

Для правового регулирования отношений в праве социального обеспечения характерны четкость и детализация многих его положений, а также возможность повысить уровень социальных гарантий за счет различных источников финансирования, в том числе и негосударственных. Особенно это касается пенсионного обеспечения³.

Координация вопросов здравоохранения, защиты семьи, материнства, отцовства и детства, социальной защиты, включая соци-

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 2.

² Подробнее см.: Социальные права и практика Конституционного Суда Российской Федерации. Сб. материалов научной конференции 5–7 июня 2007 г. / Сост. В.В. Коробченко. СПб., 2008.

³ См.: Федеральный закон от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» // СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2071.

альное обеспечение, относится к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) при отнесении к ведению Федерации первичного конституционно-правового регулирования прав и свобод человека и гражданина, установления их единых федеральных стандартов, способов и средств защиты (п. «в» ст. 71).

Субъекты РФ, реализуя свои полномочия в сфере права социального обеспечения (п. «б» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ), конкретизируют и уточняют условия и порядок реализации предоставляемых им прав, обеспечивая дополнительную социальную защиту граждан и их семей. Так, субъекты РФ могут устанавливать более высокий уровень прав и гарантий в сфере социального обеспечения по сравнению с федеральным уровнем, но только за счет средств регионального бюджета. Например, устанавливается более высокий, чем на федеральном уровне¹, размер пособий (единовременных и ежемесячных) для семей, имеющих детей. Дополнительно к установленному на федеральном уровне материнскому (семейному капиталу) для семей, в которых с 1 января 2007 г. появился второй ребенок (либо третий ребенок или последующие дети, если при рождении второго ребенка право на получение этих средств не оформлялось)², в субъектах РФ вводится региональный материнский (семейный) капитал за счет средств бюджетов РФ и местных бюджетов³.

В последние годы во многих субъектах РФ наряду с устоявшимися формами социальной поддержки, предусматриваемыми Федеральным законом «О государственной социальной помощи»,

¹ См.: Федеральный закон от 19 мая 1995 г. № 81-ФЗ «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей» // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1929.

² См.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 19.

³ См., например: Закон Воронежской области от 13 июля 2009 г. № 94-ОЗ «О внесении изменений в Закон Воронежской области «О социальной поддержке отдельных категорий граждан в Воронежской области» // Собрание законодательства Воронежской области. 2009. № 7. Ст. 322; Закон Новосибирской области от 30 сентября 2011 г. № 125-ОЗ «О дополнительных мерах социальной поддержки многодетных семей на территории Новосибирской области» // Ведомости Законодательного Собрания Новосибирской области. 2011. 21 окт.

стал заключаться социальный контракт в целях оказания гражданину или семье адресной социальной поддержки.

Социальный контракт – это договор между малоимущим гражданином и органом соцзащиты о предоставлении этому гражданину или его семье государственной помощи в виде денежных выплат, социальных услуг или натуральной помощи. Помощь по контракту можно получить в виде денежных выплат (ежемесячное пособие или единовременно), социальных услуг или необходимых товаров (топливо, продукты, одежда, обувь, лекарства и т.д.). Полученная денежная сумма может быть использована только на цели, предусмотренные социальным контрактом. Срок действия контракта – от трех до шести месяцев, возможно его продление до одного года.

Органы государственной власти субъектов РФ принимают соответствующие акты, определяющие размер, условия и порядок назначения и выплаты социальной помощи по различным основаниям. В частности, выплаты могут производиться реабилитированным лицам и лицам, признанным пострадавшими от политических репрессий, и иным категориям граждан, предусмотренным Федеральным законом «О государственной социальной помощи».

Реализуются также государственные региональные программы по оказанию гражданам, проживающим на территории субъекта РФ, государственной социальной помощи в виде набора социальных услуг, социальных пособий и субсидий.

Определенной компетенцией в области социального обеспечения обладают и органы местного самоуправления. Положения о дополнительных социальных выплатах за счет средств работодателя нередко содержат нормативные условия коллективных договоров и соглашений.

Развитие теории отрасли права социального обеспечения

Право социального обеспечения как самостоятельная отрасль сформировалось в общей системе российского права относительно недавно.

Основоположником учения о праве социального обеспечения как о самостоятельной отрасли является выдающийся ученый В.С. Андреев, сформулировавший в середине 1960-х гг. понятие предмета и метода, принципов права социального обеспечения. В дальнейшем идеи В.С. Андреева получили развитие в работах

таких известных ученых, как К.С. Батыгин, А.Д. Зайкин, А.Е. Пашерстник, В.А. Тарасова, Р.И. Иванова и др.

Авторами первого учебника по праву социального обеспечения России, сформировавшемуся практически заново в 1990–2001 гг., были Э.Г. Тучкова и М.Л. Захаров¹.

Предметом права социального обеспечения как самостоятельной отрасли российского права являются, прежде всего, отношения материального характера, так называемые собственно обеспечительные отношения, возникающие между гражданами и уполномоченными органами по поводу реализации прав граждан на тот или иной вид социального обеспечения (пенсию, пособие, услугу и т.д.). Производными от материальных отношений являются носящие вспомогательный характер отношения процедурные (по установлению юридических фактов) и процессуальные (по рассмотрению споров).

Метод права социального обеспечения основан на сочетании централизованного (федерального), регионального (на уровне субъектов РФ), муниципального (на уровне муниципальных образований), локального (на уровне работодателя), нормативного и договорного способов установления прав и обязанностей субъектов с учетом специфики юридических фактов, влекущих возникновение, изменение и прекращение правоотношений, а также способов защиты субъективных прав и обеспечения исполнения обязанностей.

Как и в других отраслях права, система права социального обеспечения состоит из Общей и Особенной частей, включающих ряд институтов. В российской науке права социального обеспечения нет единства мнений ученых относительно места в системе отрасли (Общей или Особенной ее частей) института трудового (страхового) стажа. В данный правовой институт входят нормы о страховом стаже (общем и специальном), общем трудовом стаже, выслуге лет военнослужащих и других лиц, проходящих военную либо иную службу с присвоением воинских (специальных) званий, стаже государственной гражданской службы.

К Общей части права социального обеспечения, находящейся пока в стадии формирования, относятся нормы, закрепляющие основополагающие положения данной отрасли и определяющие ее

¹ См.: Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России: Учебник. М., 2004.

предмет и метод, задачи, отраслевые принципы, правовой статус субъектов, виды социальных рисков, при наступлении которых предоставляется социальное обеспечение.

К Особенной части права социального обеспечения относятся нормы, определяющие условия предоставления отдельных видов обеспечения и образующие институты (либо комплексные институты) отрасли права.

Одним из центральных комплексных институтов Особенной части является институт пенсионного обеспечения, состоящий из ряда самостоятельных институтов. Нормы данных институтов регулируют отдельные виды пенсионного обеспечения: пенсий по старости, по инвалидности, по случаю потери кормильца, за выслугу лет, социальные пенсии.

В свою очередь, среди норм, регулирующих отдельные виды пенсий, можно выделить как общие, так и специальные, закрепляющие пенсионное обеспечение в особых условиях. В качестве примера можно привести обеспечение пенсией по старости с учетом вредности и тяжести условий труда, природно-климатических условий труда, за выслугу лет и т.д.

Относительно пособий как одного из видов денежного обеспечения существует столько институтов, сколько видов пособий предусмотрено действующим законодательством РФ. В рамках каждого из таких правовых институтов можно выделить обеспечение различными видами пособий – по временной нетрудоспособности, по беременности и родам, иными видами пособий для лиц с семейными обязанностями, пособием по безработице, на погребение и т.д.

Получает свое развитие институт компенсационных выплат, в рамках которого производятся денежные выплаты или натуральные блага в виде мер социальной поддержки в дополнение к основным видам социального обеспечения (пенсиям, пособиям). Правовые нормы, регулирующие условия и порядок предоставления малоимущим гражданам денежных выплат и помощи в натуральном виде, образуют институт государственной социальной помощи.

Особое место в системе права социального обеспечения занимают такие институты, как обеспечение по страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, по медицинской помощи и лечению, по социальному обслуживанию.

Вклад сектора трудового права и права социального обеспечения ИГП РАН в развитие теории права социального обеспечения ограничивается отдельными статьями профессора Г.С. Скачковой¹ и кандидата юридических наук Д.Г. Вихрова².

**Основные направления развития
права социального обеспечения**

Законодательство о социальном обеспечении постоянно меняется. При этом изменения, затрагивающие принципиальные вопросы материального обеспечения граждан (круг обеспечиваемых лиц и предоставляемых им благ, источники финансирования и т.д.), в основном не оказывают принципиального влияния на благосостояние граждан и решение кардинальных проблем в обществе. Исключение может составить, пожалуй, введение материнского (семейного) капитала – сначала на федеральном, а затем и на региональном уровне.

Уровень пенсионного обеспечения не гарантирует достойных условий жизни. Проблема заключается и в низкой оплате труда большинства работающих граждан в России при игнорировании общепризнанного международного принципа: «равная оплата за равный труд без какой-либо дискриминации». Значительный разрыв в оплате труда лиц, занимающихся одинаковыми видами труда, не позволяет формировать действенную пенсионную систему.

¹ См., например, статьи по пособиям (на погребение, по безработице, по беременности и родам, по временной нетрудоспособности, пособия на детей), по пенсиям (за выслугу лет, по инвалидности, по случаю потери кормильца, по старости (по возрасту), при неполном стаже, социальная пенсия) // Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. М., 2001.

² См., например: *Вихров Д.Г.* Социальная защита населения в современных условиях // Проблемы методологии правовых научных исследований и экспертиз: материалы научно-практической конференции. М., 2010; *он же.* Социальная защита безработных в рамках отношений по оказанию услуг, связанных с профессиональным обучением: некоторые проблемы // Занятость и трудоустройство в современной России: проблемы правового регулирования. Материалы научно-практической конференции (Москва, 3 ноября 2010 г.) / Отв. ред. Г.С. Скачкова. М., 2011; *он же.* Институт судебной защиты прав граждан в сфере социального обеспечения как неотъемлемый элемент гражданского общества // Гражданское общество в эпоху глобальной информатизации. Доклады и материалы III Международной научной конференции. Ч. 1. Правовые и социокультурные основы формирования гражданского общества / Под ред. Т.А. Сошниковой. М., 2011.

Реформирование пенсионной системы продолжается уже более 20 лет после принятия Закона РФ от 20 ноября 1990 г. «О государственных пенсиях в Российской Федерации», который, по отзывам специалистов, был работающим законом, осуществляя дифференцированное пенсионное обеспечение на основе трудового вклада гражданина.

Принятие новых пенсионных законов в декабре 2001 г. знаменовало собой отход от принципиальных основ обязательного пенсионного страхования с введением принудительной накопительной системы, доказавшей свою нежизнеспособность. Несовершенство пенсионной системы привело к назначению необоснованно низких пенсий, не способных обеспечить достойный уровень жизни российского пенсионера.

В настоящее время пенсионная система реформируется на принципиально иной основе. Распоряжением Правительства РФ от 25 декабря 2012 г. № 2524-р утверждена Стратегия долгосрочного развития новой пенсионной системы до 2030 года¹, определившая социальные приоритеты и ориентиры, а также механизмы государственной политики в сфере пенсионного обеспечения на отдельных этапах ее реализации.

Запланирована целая сеть мероприятий, задача которых – усовершенствовать тарифно-бюджетную политику, установить единые тарифы страховых взносов в отношении всех категорий работодателей.

Кроме того, предполагается реформировать институты досрочных пенсий с возложением на работодателей дополнительных страховых взносов при использовании ими труда работников во вредных и опасных производствах, т.е. в особых условиях труда, тем самым стимулируя работодателей к улучшению условий труда и оптимизации таких рабочих мест.

Предлагается также использовать разные подходы к реформированию досрочных пенсий с учетом различий в приобретенных правах на эту пенсию.

Признано необходимым развивать корпоративное пенсионное обеспечение, предоставлять гражданам дифференцированное пенсионное обеспечение с учетом личного участия в государственной пенсионной системе солидарного характера, производить расчет трудовой

¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 8029.

пенсии исходя из нормативного стажа и т.д. На размер пенсии будут влиять количество отработанных лет и индивидуальный заработок в течение всей трудовой жизни. Коэффициент замещения трудовой пенсией по старости должен составить до 40% утраченного заработка при нормативном страховом стаже и средней заработной плате. При этом продолжительность такого стажа может увеличиться до 35 лет. Предполагается, что в итоге средний размер трудовой пенсии по старости должен быть на уровне 2,5–3 прожиточных минимума.

В докладе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2012 г. уделено внимание и вопросам реализации права на социальное обеспечение. В частности, речь идет о необходимости усовершенствовать механизм выплат за счет пенсионных накоплений. Требуется решить проблему, связанную с установлением инвалидности детям с синдромом Дауна, не дожидаясь появления у таких детей сопутствующих заболеваний, а также с обеспечением инвалидов всех групп техническими средствами реабилитации. Особо отмечается несовершенство в ряде случаев нормативно-правовой базы по лекарственному обеспечению, не позволяющее получить своевременно качественную лекарственную помощь. Так что и в этом направлении ряд документов Минтруда России нуждается в серьезной проверке.

Глава 11. Уголовное и уголовно-процессуальное право

§ 1. Конституционное регулирование отрасли уголовного права *Общие и частные проблемы взаимосвязи конституционного и уголовного законодательства*

Согласно ч. 2 ст. 1 УК РФ последний основывается на Конституции РФ и общепризнанных принципах и нормах международного права. Однако эта формула, выражающая правовую подчиненность, производность уголовного законодательства от конституционного, не исчерпывает всей сложности взаимосвязи и взаимозависимости Конституции РФ и УК РФ, который был принят спустя 2,5 года (13 июня 1996 г.) после вступления в силу Основного закона нашей страны. Эта взаимосвязь раскрывается в задачах УК РФ и принципах, на которых он базируется, в системе охраняемых от преступных посягательств социальных ценностей и системе наказаний, которые могут быть применены к лицам, признанным виновными в совершении преступлений, в структуре Общей и Особенной частей УК РФ, во множестве иных положений Кодекса.

Новейшая предыстория

В действующем уголовном законе получили отражение многие теоретические положения, разработанные учеными в области уголовного права на базе УК РСФСР 1960 г., действовавшего до распада СССР общесоюзного уголовного законодательства (прежде всего Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик).

УК РФ 1996 г. стал пятым кодифицированным уголовным законом России из числа принятых в XX в. (1903 г., 1922 г., 1926 г., 1960 г.). При этом, однако, необходимо учитывать, что Уголовное уложение 1903 г. так и не вступило в силу в полном объеме до начала Октябрьской революции 1917 г., а в 1919 г. были приняты Руководящие начала по уголовному праву РСФСР, которые нельзя без существенных оговорок считать собственно уголовным кодексом.

УК РСФСР 1960 г. «задержался» в XX в. дольше своих предшественников, хотя в течение 35 лет он был поправлен законода-

телем 105 раз¹. В новейшей истории России трудно найти другой законодательный акт, разработка которого по длительности и драматизму могла бы сравниться с подготовкой нового уголовного закона.

Работа над его официальным проектом началась сразу же после принятия Конституции СССР 1977 г. одновременно с подготовкой проекта новых Основ уголовного законодательства СССР и республик. В конце 1980-х гг. эта работа заметно оживилась в связи с очевидно обозначившимся кризисом реального социализма в нашей стране. Нельзя также не учитывать общего духа правового реформаторства, охватившего не только парламентариев, но и ученых, которым судьба подарила редкий шанс воплотить свои взгляды в нормы права. Это влияние оказалось настолько сильным, что возможности эволюционного развития уголовного законодательства всерьез даже не обсуждались. Такая мысль появляется лишь после того, как выявилась довольно опасная тенденция в законодательстве, когда чуть ли не за каждым выборами в федеральный парламент (а несколько позже – за выборами Президента СССР и Президента России) следовала тотальная реформа всей правовой системы государства. Новый импульс развитию уголовного законодательства России придал распад СССР и последовавшее за ним разрушение базовой политической системы, отказ от господства коммунистической идеологии. Одновременно был утрачен ряд традиционных институтов уголовно-политической системы (например, Верховный Суд СССР, имевший право принимать обязательные для всех правоприменителей руководящие разъяснения по применению уголовного законодательства, или Верховный Совет СССР, Президиум которого имел право издавать указы, содержащие уголовно-правовые нормы, подлежащие обязательному включению в УК всех республик, входивших в состав СССР).

¹ Общее количество положений УК РСФСР, которые претерпели изменения в результате этих поправок, трудно подсчитать, поскольку каждое изменение положений Общей части уголовного закона ведет к тому, что весь его «свитер» (по образному выражению Л.Д. Гаухмана) «распускается».

***О роли В.Н. Кудрявцева и Института государства и права РАН
в разработке теоретических основ действующего УК РФ***

Особое место в создании теоретических основ УК РФ занимает монография «Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования», выпущенная издательством «Наука» в 1987 г. Хотя эта монография является коллективной, инициатором ее создания и руководителем авторского коллектива был В.Н. Кудрявцев. Он выдвинул идею ее подготовки и придумал ее название – «модель». На Ученом Совете ИГП АН СССР, где был сделан доклад на эту тему, пожалуй, более всего вызвали возражение термины «модель» и «моделирование». Модель – это не проект закона, а скорее его идея, научное обоснование и прогноз дальнейшего развития.

Помимо сотрудников сектора уголовного права и криминологии ИГП АН СССР, в состав авторского коллектива были приглашены ученые, много лет занимавшиеся определенной темой и защитившие по ней диссертации, т.е. имели по этой теме готовое законодательное решение (к сожалению, многих из них уже нет с нами).

Нельзя также не отметить, что вышеназванная монография – единственный случай, по крайней мере, в истории нашей страны, когда научная работа в основном была воспринята законодателем. Сначала это были Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., которые не вступили в силу в связи с распадом СССР. Затем это научное сочинение легло в основу Общей части УК РФ 1996 г.

Многие идеи и положения, сформулированные в Теоретической модели, приняты практикой и нашли свое дальнейшее развитие.

Оправдало себя включение в УК РФ статей, посвященных принципам законности, равенства граждан перед законом, вины, справедливости и гуманизма, а также принципа наличия состава преступления в совершенном деянии как единственного основания уголовной ответственности. Формулирование таких статей в УК РФ позволило перевести в законодательный текст важнейшие идеи и положения, ранее содержащиеся только в теоретических работах, в том числе о недопустимости аналогии и объективного вменения, о запрете дважды нести уголовную ответственность за одно и то же преступление и другие.

На принципы, сформулированные в статьях Общей части УК РФ, стал ссылаться в своих решениях Верховный Суд РФ – на принцип гуманизма¹, принцип справедливости², запрет двойного осуждения за одно и то же преступление³.

В то же время следует сказать, что законодатель, приняв основные принципы, предложенные Теоретической моделью, не включил в УК РФ принципы неотвратимости ответственности и демократизма, посчитав, что они скорее характеризуют сферу уголовно-процессуальной деятельности. Не был включен в УК РФ и принцип личной ответственности, хотя он и не был «потерян», а нашел свое отражение в ст. 19 «Общие условия уголовной ответственности»: «Уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного настоящим Кодексом».

Многие авторы, вслед за В.Н. Кудрявцевым, полагают возможным и необходимым расширить круг субъектов уголовной ответственности, положительно решив проблему уголовной ответственности юридических лиц.

Активизация проектирования нового УК РФ после принятия Конституции РФ

Принятие в 1993 г. новой Конституции РФ привело к заметному обострению политической потребности в новом уголовном законе. Многим казалось, что УК РСФСР безнадежно устарел и уже никак не может обеспечить адекватную и эффективную защиту нового конституционного устройства и провозглашенных социальных ценностей. Несмотря на значительные усилия различных центров политической и научной активности (среди них особое место занимал Институт государства и права воссозданной после длительного перерыва Российской академии наук)⁴, проектирование нового УК РФ вплоть до его принятия в июне 1996 г. продолжало заметно отставать от темпов политико-экономических реформ. Именно в данный период в полной мере проявился такой негатив-

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 6. С. 16.

² См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 7. С. 7; 2008. № 4. С. 32.

³ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 7. С. 13; 2008. № 3. С. 20.

⁴ Только в период с 1993 г. по 1996 г. было подготовлено около десяти официальных и неофициальных проектов нового уголовного закона.

ный психологический феномен, как «ожидание нового УК». Одним из следствий этого феномена стала почти полная утрата интереса правоохранительных органов к применению действовавшего в то время уголовного законодательства. Никакие «конъюнктурные» поправки уже не могли исправить положение, поскольку в сознании судьи, прокурора и следователя УК РСФСР «умер» с момента опубликования в 1994 г. первого официального проекта нового кодекса.

Быстрому принятию нового уголовного закона мешали не только необходимость глубокого и всестороннего осознания тех перемен, которые должны претерпеть правовые основы нашего общества вследствие принятия Конституции РФ, но и напряженная политическая борьба между формирующимися ветвями государственной власти, наличие значительного числа конкурирующих научных школ, а также необыкновенная спешка законодателя и, как следствие, небрежность, проникшая даже в текст официального проекта УК РФ и вызвавшая общее разочарование не только среди юристов. Например, уже после опубликования первого официального его проекта обнаружилось, что основы института уголовной ответственности юридических лиц (гл. 16 проекта УК) не имеют продолжения в Особенной части Кодекса.

Одновременно весьма двусмысленную позицию занимал высший законодательный орган страны, который параллельно «вялой» работе над проектом наращивал темпы текущих поправок в УК РСФСР. К удивлению специалистов, многие из числа этих поправок не нашли отражения в УК РФ 1996 г. Например, в него не вошла ни одна из шести статей, обеспечивающих охрану интересов России на континентальном шельфе, которыми УК РСФСР был дополнен за месяц (!) до принятия нового Кодекса. То же произошло и с уголовно-правовой охраной своевременной выплаты заработной платы (ст. 138 УК РСФСР), которая была введена в июле 1995 г. в связи с принятием Россией соответствующих международно-правовых обязательств. В дальнейшем законодатель был вынужден поспешно исправлять эту ошибку, как и многие другие.

О реализации конституционной иерархии социальных ценностей в уголовном законе

В Конституции РФ закреплён ряд сформулированных в общем виде универсальных ценностей общества и государства, положённых в основу экономических, политических, нравственных, правовых и иных общественных отношений.

Признаваемые Конституцией РФ ценности представляют собой определённые приоритеты, которые должны найти отражение в российском законодательстве, включая уголовный закон. В силу ч. 1 ст. 15 Конституции РФ последняя имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в РФ, не должны противоречить Конституции РФ.

При этом следует отметить, что иерархия в системе конституционных ценностей имеет относительный характер. Такое положение вещей связано с невозможностью нормативного закрепления каких-либо конституционных ценностей в качестве ценностей более высокого порядка по отношению к другим. Тем не менее субъективно иерархия конституционных ценностей выделяется, и в общем виде она может быть определена как «человек – общество – государство».

«Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства», – гласит ст. 2 Конституции РФ. Такое конституционное понимание прав и свобод предопределило соответствующую иерархию задач уголовного законодательства, закреплённую в УК РФ, структуру его Особенной части и изменение подхода к законодательному регулированию многих институтов уголовного права.

Так, в ч. 1 ст. 2 УК РФ «Задачи Уголовного кодекса Российской Федерации» задача охраны прав и свобод человека и гражданина поставлена на первое место и только потом названа задача охраны общества и государства. Кроме того, Особенную часть УК РФ открывает разд. VII «Преступления против личности», включающий главы о преступлениях, посягающих на права и свободы человека и гражданина, чем подтверждается особая значимость личности и ее прав среди всех объектов уголовно-правовой охраны. Таким образом, можно сделать общий вывод, что иерархия консти-

туционных ценностей предопределила саму структуру Особенной части Кодекса.

В уголовно-правовой литературе не раз отмечалось, что в УК РФ впервые зафиксирован приоритет личности среди объектов преступных посягательств¹. Действительно, уголовное законодательство как досоветского, так и советского периода никогда не закрепляло нормы об ответственности за преступные посягательства на личность перед нормами, предусматривающими ответственность за преступления против государственной власти или общественного строя.

Для реализации задач, предусмотренных в ч. 1 ст. 2 УК РФ, и прежде всего согласно конституционной иерархии ценностей, задачи защиты личности и ее прав, законодатель сформулировал принципы уголовного права, большинство из которых являются также конституционными.

Например, в ст. 3 УК РФ сформулирован принцип законности, реализующий положения ч. 2 ст. 15 Конституции РФ: «Органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы».

В ст. 4 УК РФ закреплен принцип равенства граждан перед законом, вытекающий из положений ст. 19 Конституции РФ о равенстве всех перед законом и судом, о гарантированности государством равенства прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств и о запрете любых форм ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.

Принцип справедливости (ст. 6 УК РФ) отражает положения ч. 1 ст. 50 Конституции РФ о том, что никто не может быть повторно осужден за одно и то же преступление.

Вместе с тем в целях реализации конституционной иерархии социальных ценностей законодатель ввел в УК РФ ряд новелл. В частности, гл. 19 называется «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина». В главе УК РСФСР о

¹ См., например: *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Курс лекций. 4-е изд. М., 2007. С. 34.

преступлениях против прав и свобод не упоминалось о человеке, говорилось только о гражданине. Таким образом, УК РФ расширил число субъектов – носителей прав и свобод, защищаемых уголовным законодательством.

Кроме того, в диспозициях ряда статей УК РФ определена «первичность» и «вторичность» потерпевших от преступных посягательств: личность поставлена на первое место (например, в ч. 1 ст. 171 «Незаконное предпринимательство»).

Также в базовых положениях УК РФ в отличие от УК РСФСР (в его первоначальной редакции) предусматривается равная ответственность за посягательства на собственность независимо от ее формы. Тем самым реализуется конституционное положение ч. 2 ст. 8 Конституции РФ о равенстве всех форм собственности. Вместе с тем нельзя не обратить внимания на то, что у данного правила есть исключения. Согласно примечанию 2 к ст. 158 УК РФ «Кража» значительный ущерб гражданину в статьях гл. 21 определяется с учетом его имущественного положения. При этом такой ущерб не может составлять менее 2500 руб. Соответствующее деяние наказывается по ч. 2 ст. 158 лишением свободы на срок до пяти лет с ограничением свободы на срок до одного года или без такового. Из анализа этого положения следует, что причинение имущественного ущерба в результате кражи на сумму 2500 руб. государству или организации может квалифицироваться лишь по ч. 1 ст. 158, максимальное наказание по которой составляет два года лишения свободы.

***Реализация конституционных гарантий
уголовно-правового противодействия организованной
преступности***

Действующим УК РФ общие формы организованного соучастия¹ определены в ч. 3 и 4 ст. 35 – совершение преступления организованной группой и преступным сообществом (преступной организацией).

И если дефиниция, содержащаяся в ч. 3 ст. 35 и определяющая совершение преступления организованной группой, практически ничем не отличается от содержавшейся ранее в ст. 17¹ УК РСФСР, то признаки преступного сообщества (преступной организации) стали новеллой уголовного законодательства РФ.

¹ См.: Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. М., 2003. С. 200–201.

Новеллой является и введение уголовной ответственности собственно за организацию преступного сообщества (преступной организации) или участие в нем (в ней) (ст. 210). В 2009 г. указанная статья претерпела существенные изменения, внесенные Федеральным законом от 3 ноября 2009 г. № 245-ФЗ¹.

В результате этой поправки впервые в ч. 4 ст. 210 была установлена уголовная ответственность за деяния, предусмотренные ч. 1 данной статьи, совершенные лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии.

Поддерживая вполне оправданное стремление государства к усилению уголовно-правового контроля над организованной преступностью, нельзя не обратить внимания на то, что данная новелла представляет собой едва ли не единственный пример в новейшей истории страны, когда повышенная уголовная ответственность была установлена для определенной категории лиц, обладающих негативным социальным статусом, например членов неформальных преступных объединений, не только за совершение конкретных преступлений, но и за внесение определенной суммы в «общак» (общую денежную кассу преступного сообщества). Конституционная шаткость данного положения, на наш взгляд, очевидна и требует корректировки с использованием стандартной уголовно-правовой терминологии, с тем чтобы в будущем исключить ситуации, когда приговоры в отношении наиболее опасных преступников будут отменяться на основании решения полномочного международного суда.

Смертная казнь: правовой и криминологический взгляды

Правовые реалии. Конституция РФ, признавая право каждого на жизнь (ч. 1 ст. 20), допускает возможность применения смертной казни в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при двух условиях (ч. 2 ст. 20). Это уголовное наказание может устанавливаться только федеральным законом, и обвиняемому должно быть предоставлено право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. При этом смертная казнь рассматривается в Конституции РФ как

¹ СЗ РФ. 2009. № 45. Ст. 5263.

временная мера, на что в ч. 2 ст. 20 указывают слова «впредь до ее отмены».

Законодатель включил смертную казнь в систему наказаний (ст. 44 УК РФ) и предусмотрел дополнительные условия, еще больше сокращающие возможности назначения этого наказания. В соответствии со ст. 59 УК РФ смертная казнь не назначается женщинам, лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения приговора 65-летнего возраста. Кроме того, смертная казнь не назначается лицу, выданному РФ иностранным государством для уголовного преследования, если в соответствии с законодательством этого иностранного государства за совершенное лицом преступление смертная казнь не предусмотрена, либо неприменение смертной казни являлось условием выдачи, либо смертная казнь не может быть назначена выданному лицу по иным основаниям (ч. 2¹ ст. 59).

В 1996 г. Россия вступила в Совет Европы и приняла на себя определенные обязательства в отношении смертной казни, отмена которой предполагается в связи с Протоколом № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В этой связи 16 мая 1996 г. был издан Указ Президента РФ № 724 «О поэтапном сокращении применения смертной казни в связи с вхождением России в Совет Европы»¹, а 27 февраля 1997 г. принято распоряжение Президента РФ «О подписании Протокола № 6 (относительно отмены смертной казни) от 28 апреля 1983 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.»². 16 апреля 1997 г. Россия подписала Протокол № 6, но при присоединении к Конвенции сделала оговорку о поэтапном присоединении к этому Протоколу, который до сих пор не ратифицирован.

Однако смертная казнь в Российской Федерации не может назначаться и применяться в связи с решениями Конституционного Суда РФ.

Первоначально Конституционный Суд РФ обратился к этому вопросу в постановлении от 2 февраля 1999 г. № 3-П по делу о проверке конституционности положений ст. 41 и ч. 3 ст. 42 УПК РСФСР, п. 1 и 2 постановления Верховного Совета РФ от 16 июля 1993 г. «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР

¹ СЗ РФ. 1996. № 21. Ст. 2468.

² СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1092.

«О судоустройстве РСФСР», Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан»¹. Предметом рассмотрения в этом деле стали законодательные положения, позволявшие отказать обвиняемым в преступлениях, за совершение которых установлено наказание в виде смертной казни, в рассмотрении их дел судом с участием присяжных заседателей, в случаях, если такие суды на соответствующих территориях не созданы.

Признав неконституционность ряда оспариваемых законодательных норм, Конституционный Суд РФ постановил, что «с момента вступления в силу настоящего Постановления и до введения в действие соответствующего федерального закона, обеспечивающего на всей территории Российской Федерации каждому обвиняемому в преступлении, за совершение которого федеральным законом в качестве исключительной меры наказания установлена смертная казнь, право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей, наказание в виде смертной казни назначаться не может независимо от того, рассматривается ли дело судом с участием присяжных заседателей, коллегией в составе трех профессиональных судей или судом в составе судьи и двух народных заседателей».

Следующим значимым для судьбы смертной казни решением Конституционного Суда РФ стало определение от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р о разъяснении п. 5 постановления Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П². С 1 января 2010 г. вводились суды присяжных в Чеченской Республике – единственном субъекте РФ, где они еще не были созданы, и в этой связи имелась возможность выносить приговоры к смертной казни.

В соответствии с решением Конституционного Суда РФ в стране «в результате длительного моратория на применение смертной казни сформировались устойчивые гарантии права человека не быть подвергнутым смертной казни и сложился конституционно-правовой режим, в рамках которого происходит необратимый процесс, направленный на отмену смертной казни». В этой связи положения п. 5 резолютивной части постановления Конституционно-

¹ СЗ РФ. 1999. № 6. Ст. 867.

² СЗ РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

го Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П «означают, что исполнение данного Постановления в части, касающейся введения суда с участием присяжных заседателей на всей территории Российской Федерации, не открывает возможность применения смертной казни, в том числе по обвинительному приговору, вынесенному на основании вердикта присяжных заседателей». Аргументируя свое решение, Суд указал, что «тот факт, что Протокол № 6 до сих пор не ратифицирован, в контексте сложившихся правовых реалий не препятствует признанию его существенным элементом правового регулирования права на жизнь». По мнению Суда, в этой связи необходимо учитывать требования ст. 18 Венской конвенции о праве международных договоров не предпринимать действий, которые лишили бы подписанный Россией Протокол его объекта и цели. Поэтому со дня подписания Протокола № 6 смертная казнь в России «применяться не может, т.е. наказание в виде смертной казни не должно ни назначаться, ни исполняться».

Таким образом, смертная казнь в Российской Федерации законодательно не отменена и предусмотрена в УК РФ за пять видов преступлений, где жизнь человека является непосредственным объектом посягательства – как единственным, так и обязательным дополнительным: убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 105), посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля (ст. 277), посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование (ст. 295), посягательство на жизнь сотрудника правоохранительного органа (ст. 317) и геноцид (ст. 357).

Фактически это наказание не назначается и не применяется с 1996 г. Однако вопрос о судьбе смертной казни должен быть решен на законодательном уровне.

Криминологические реалии. На бытовом уровне в советское время мы могли слышать от преступников: «На мокрое дело не пойду, там – вышка». Ныне, когда смертная казнь не применяется, слышим другое: «Смертной казни нет, а тюрьма мне не страшна». Это не придуманные слова. Это имеет прямое отношение к эффективности борьбы с тяжкими преступлениями. От этого смертная казнь не становится моральной. Но данная оценка в строгом смысле слова не имеет отношения к науке. С нравственной точки зрения разработка любых средств уничтожения людей (в чем человечество особо преуспело) глубоко аморальна. Но их всюду разрабаты-

вают, производят, ими торгуют, их неустанно совершенствуют, ими пугают и хвастаются руководители великих государств. Существует даже практичная и эффективная мировая теория ядерного сдерживания. Она строится на угрозе взаимного уничтожения. Частная и общая превенция смертной казни тоже строится на этом. Поэт В.А. Жуковский писал: «Смертная казнь, ...как страх возможной гибели, как привидение, преследующее преступника, ужасна своим невидимым присутствием, и мысль о ней, конечно, сдерживает многих от злодейства»¹. И в этом плане она в той или иной мере результативна.

Для большего усиления позиций аболиционизма многие политики, которым намного выгоднее слыть либералами, утверждают, что смертная казнь якобы не сдерживает людей от совершения особо тяжких деяний. И приводят (источник до сих пор не найден) якобы исторические средневековые факты: во время публичной казни преступников больше совершалось преступлений. И это, в принципе, вполне возможно. Преступники – люди практичные. Они используют состояние увлечения толпы. *Смертная казнь недопустима только по моральным основаниям.* И этого достаточно. Но забота о безопасности людей, необходимость предупредить угрозой смертной казни растущие тяжкие посягательства и желание правового удовлетворения потерпевших за зверские убийства близких (феномен декана социологического факультета МГУ профессора В.И. Добренькова, у которого беспричинно убили дочь и ее жениха) вновь и вновь актуализируют вопрос о применении смертной казни, особенно в странах массового преступного насилия, к которым относится Россия.

Обратимся к некоторым реалиям. За 2001–2010 гг., например, было официально зарегистрировано 263 889 убийств. Примем это число за 100%. Было выявлено виновных лиц – 86,3%, а осуждено только 67,5%. За этот же период в стране пропало без вести 1,2 млн человек. Примем и это число за 100%. Не разысканными осталось 38,2%, но зато выявлен почти миллион (974 672) неопознанных трупов со следами насильственной смерти, в статистику убийств это, естественно, не попало. Сколько не выявленных, однако, мы не знаем, но очевидно, что их немало. Таким образом, можно предполагать, что ежегодно в среднем уходят только по

¹ Жуковский В.А. Соч. Т. XI. СПб., 1857. С. 117.

учету от уголовной ответственности до 100 тыс. убийц. Мы не касаемся здесь порочности отечественной квалификации и учета убийств (не по лицам, а по событиям), а также убийств, которые квалифицируются по статьям УК РФ, предусматривающим ответственность за посягательства на жизнь человека, и убийств, замаскированных под естественную смерть, несчастный случай и т.д. Но и при этом есть основания полагать, что в нашей стране на воле остаются тысячи убийц и миллионы других преступников, избежавших уголовной ответственности.

По неполным данным ООН, в России убивают больше людей, чем в США. А «страна по имени США, по мнению проф. О. Сэрэтома, склонна к насильственным методам решения проблем»¹. Но мы ее обогнали.

Даже по очень неполным учетным данным, умышленные убийства в России в расчете на 100 тыс. населения совершаются в 15–20 раз больше, чем в западноевропейских странах (Великобритании, Франции, Германии, Италии), и в 40 раз, чем в Японии. А если учесть особенности не совсем объективного и добросовестного российского учета умышленных убийств, лиц, без вести пропавших, и соотносимых с ними неопознанных трупов, а также убийств, замаскированных под естественную смерть, то есть основания говорить о 60–80-кратном превышении коэффициента умышленных убийств по сравнению с западноевропейскими странами. Ежегодно в России не своей смертью умирает около 500 тыс. граждан² (345 смертей на 100 тыс. населения). И вот при таком беспрецедентном различии криминологической обстановки в России и в Западной Европе наши политизированные законодательные, исполнительные и судебные власти пытаются бороться с абсолютно безграничным насилием абсолютно неадекватными методами, но которые вполне приемлемы и разумны в Западной Европе.

Автор этих строк (профессор В.В. Лунеев) не является сторонником смертной казни. Нравственные, политические и международные потери ее применения очевидны. Но как исследователь фактической, а не писаной или демагогической реальности, он

¹ Почему убивают американцы? // URL:

http://ews.bbc.co.uk/hi/russian/news/newsid_1388000/1388711.stm (дата обращения: 03.04.2013).

² См.: Демографический ежегодник России. Официальное издание. М., 2002. С. 214.

склонен соотносить фактическую криминологическую обстановку в той или иной стране с реальным социально-правовым контролем насильственной преступности, составной частью которого в определенных условиях является применение смертной казни.

Отказ от применения смертной казни, совершаемой от имени государства по приговору суда и на законных основаниях, для определенной категории преступников является особо криминальным.

Можно прогнозировать, что власти вынуждены будут принять то или иное решение, либо открыто противопоставить себя общественному мнению народа и криминальным реалиям, либо оставить этот вопрос в подвешенном состоянии, как и сейчас, до «греческих календ». Но тогда они должны хотя бы доказать, что в состоянии контролировать беспрецедентный криминал. А таких доказательств пока нет. И вряд ли их можно ожидать в ближайшем будущем.

О влиянии решений Конституционного Суда РФ на уголовную политику

В ч. 1 ст. 11 Конституции РФ говорится, что власть в стране осуществляется в том числе судами РФ. Безусловно, из этого следует, что судебная власть оказывает большое влияние на формирование и реализацию уголовной политики. Особое место в этом процессе принадлежит Конституционному Суду РФ. За время своего существования им было принято более 400 решений, касающихся проблем уголовно-правового, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства. Принятые Судом решения, выработанные правовые позиции потребовали теоретического анализа динамично изменяющегося уголовного законодательства, выявили пробелы в праве, значительно повлияли на правоприменительную практику, поставили перед обществом и государством задачи о соответствии уголовной политики современным требованиям.

Конституционный Суд РФ нечасто обращается к проблемам материального уголовного права, указывает профессор А.Э. Жалинский, но любое его решение формирует важные правовые позиции, которые, если отвлечься от теоретических споров об источниках уголовного права, обогащают предписания ч. 2 ст. 1 УК РФ,

отражающие, в свою очередь, принцип верховенства Конституции РФ в системе российского законодательства.

На этом основании правовые позиции и решения, принимаемые Конституционным Судом РФ, должны осваиваться уголовно-правовой доктриной и соответственно практикой, прежде всего в сфере понимания наиболее общих институтов уголовного права и отдельных его предписаний¹.

Поддерживая идею А.Э. Жалинского о необходимости использования решений Конституционного Суда РФ, следует обратить внимание на сложность теоретического и практического порядка. Дело в том, что в российской юридической науке существует мнение о прецедентном характере решений Конституционного Суда РФ. Это означает, что его решения о несоответствии отдельных норм уголовного права могут распространяться не только на рассматриваемый случай, но и на аналогичные ситуации, которые должны быть учтены судами в силу обязательности исполнения данных решений, т.е. применены по аналогии, а УК РФ аналогии не допускает. Не будет ли в данном случае нарушен важный принцип уголовного законодательства?

В этой связи методологически важной представляется позиция Председателя Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькина: «...В ч. 5 ст. 125 Конституции сказано лишь, что Конституционный Суд дает толкование Конституции (здесь не говорится об обязательном характере такого толкования). Поэтому и применительно к решениям Конституционного Суда я бы предпочел говорить не о прецеденте в строго юридическом смысле слова (как обязывающем прецеденте, являющемся источником права), а о прецедентном значении решений Конституционного Суда»².

Конституция РФ и перспективы развития уголовного законодательства России

В связи с рассматриваемой проблемой существует по меньшей мере две модели развития уголовного законодательства РФ:

¹ См.: Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд. М., 2009. С. 324.

² Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 155–156.

«консервативная» модель, предполагающая сохранение рамок существующего конституционно-правового поля, и «авангардная» модель, перспективы реализации которой предполагают внесение изменений в Конституцию РФ.

Наиболее важной краткосрочной целью для *консервативной модели развития национального уголовного законодательства*, на наш взгляд, является повышение единообразия и эффективности правоприменения. Недопустимо, чтобы в одном российском регионе существенным признавался вред на сумму в 5 тыс. руб. а в другом – и на 5 млн таковым не считался. Число неопределенных и оценочных понятий, которыми пользуются следователи и судьи, должно быть предельно минимизировано. Также необходимо ввести в текст уголовного закона наиболее важные правила квалификации преступлений, чтобы дисциплинировать правоприменителя, прекратить практику частых глубоких изменений уголовного закона, нарушающих его систему, и сосредоточить усилия на «ювелирном шлифовании» терминологии и правоприменительных практик. Разумеется, это не отменяет обязанности государства и научного сообщества уже сегодня думать о концепции нового уголовного закона для нравственно развитого общества и высокопрофессионального правоприменения. Законодатель сегодня «бежит» впереди уголовного права и криминологии, а должно быть, наоборот.

В консервативную модель развития уголовного законодательства вполне укладывается принятие в отдаленной перспективе (через 10–15 лет) нового УК РФ. В этой связи задачей академической науки следует считать разработку Теоретической модели нового уголовного закона. Подобным опытом, как уже отмечалось, располагает Институт государства и права РАН.

По нашему мнению, разработка такой модели должна осуществляться с участием не только юристов, но и философов, социологов, экономистов, психологов, специалистов в области медицины, возможно, генетики. Основой модели должен стать критический анализ истории и современных реалий национальной уголовной политики, зарубежного опыта и комплексный долгосрочный прогноз развития социума и государства в части факторов, оказывающих наиболее существенное влияние на обоснованность и эффективность уголовно-правовой охраны, а возможно, и регулирования общественных отношений.

В рамках разработки Теоретической модели нового УК РФ, на наш взгляд, должны быть обсуждены все «плюсы» и «минусы» следующих идей:

1) идея «*большого УК*», Особенная часть которого содержит наиболее целесообразную с криминологической и криминалистической точек зрения дифференциацию составов преступлений по способам, месту, орудиям их совершения, статусу лиц, совершивших общественно опасные деяния. Вполне возможно, что целесообразно на какое-то время (короткое в историческом измерении) вернуться к подобию Уложения о наказаниях уголовных исправительных 1845 г., в котором было более 2 тыс. статей;

2) идея отдельного *военно-уголовного кодекса*. Необходимость его разработки была predetermined при принятии действующего УК РФ (согласно ч. 3 ст. 331 «уголовная ответственность за преступления против военной службы, совершенные в военное время либо в боевой обстановке, определяется законодательством Российской Федерации военного времени»), но не реализована до настоящего времени. И наш собственный исторический опыт (Артикул воинский 1716 г.), и реалии новейшего времени (многочисленные масштабные вооруженные конфликты, в которых принимают участие российские военнослужащие) заставляют более чем серьезно отнестись к научной проработке этой идеи;

3) идея федерального *кодекса уголовных проступков*, который может быть «внедрен» в структуру единого кодифицированного акта. Потребность в таком «кодексе в кодексе» обострилась до такой степени, что без решения данной проблемы почти невозможно депенализировать (прежде всего, в части наказаний, связанных с изоляцией от общества) составы наиболее распространенных видов преступлений против собственности;

4) идея *установления уголовной ответственности для юридических лиц*. Одна из причин, по которой законодатель не может приступить к реализации этой идеи (несмотря на активные и заслуживающие внимания усилия ряда ведомств, и прежде всего Следственного комитета РФ), заключается в поверхностной теоретической и нормотворческой проработке всех средств и правовых последствий введения этого института с учетом реалий российской правовой системы. Копирование чужого нормативного опыта представляется малополезным. Нужно создавать межотраслевую модель, долго ее обсуждать и «примерять» к нашей действительности.

А она сегодня такова, что даже сам по себе факт возбуждения уголовного дела в отношении юридического лица может привести к его банкротству или оставлению рыночных позиций к радости конкурентов;

5) идея *законодательного определения в рамках отдельной главы Общей части УК РФ группы основных оценочных понятий*. Даже если в новый уголовный закон будет введена глава «Определения основных понятий», вряд ли это само по себе решит проблемы упорядочения правоприменительной практики по уголовным делам и минимизации коррупциогенного влияния путем устранения неопределенности (некоего проявления энтропии) уголовно-правовых установлений. На наш взгляд, параллельно должна вестись работа над теоретическими основами судебного прецедента;

6) идея *закрепления в уголовном законе общих и специальных правил квалификации преступлений*, альтернативой которому является почти невысказанное сегодня обучение и воспитание большого числа правоприменителей, владеющих навыками квалификации преступлений как искусством;

7) идея *окончательного «переноса» в Общую часть санкций всех уголовно-правовых норм, закрепленных ныне в статьях его Особенной части*¹. Одной из возможных выгод такого решения может стать создание более прозрачной и понятной всем заинтересованным сторонам системы назначения наказаний. Недобросовестному правоприменителю станет труднее манипулировать невежеством присяжных, потерпевших и обвиняемых, а законодателю – труднее предлагать абсурдные решения вне лестницы наказаний, у которых нет другой почвы кроме конъюнктуры;

8) идея *замены относительно определенных наказаний с множественностью альтернативных наказаний абсолютно определенными с единственной альтернативой*, подобно тому, как это сделал законодатель Швеции («десять лет лишения свободы или штраф в размере трехкратной стоимости похищенного имущества»). Сегодня, как уже отмечалось, законодатель решил пойти в противоположном направлении, исключив предусмотренные во многих статьях Особенной части УК РФ нижние пределы наказаний за преступления. Таким образом, значительно расширятся пределы судейского

¹ О целесообразности данной меры еще в конце XX в. говорил Л.Д. Гаухман.

усмотрения, а следовательно, и возможности коррупционного давления на суд;

9) идея *составов преступлений с административной преюдицией*. При разработке проекта действующего УК РФ и предыдущий нормотворческий опыт, и сама эта идея были отвергнуты как антилиберальные на основе формально правильного вывода о том, что совершение одним и тем же лицом любого числа административных правонарушений не может превращать вновь совершенное административное правонарушение в преступление. При этом юристы, насколько известно, не обсуждали верность этой посылки с философами и психологами. Сегодня УК РФ уже содержит несколько отступлений от этого правила (например, ст. 178 в части ответственности за злоупотребление доминирующим положением).

Вместе с тем важно понимать, что создание Теоретической модели (лучше – моделей) нового УК РФ само по себе послужит лишь предпосылкой для определения параметров государственного задания (например, в форме «Дорожной карты» совершенствования уголовной политики Российской Федерации) на разработку проекта нового уголовного закона на основе лучшей модели.

Актуализация потребности в *«авангардной» модели развития уголовного законодательства*, на наш взгляд, связана с более отдаленными перспективами изменений, прежде всего, в политическом устройстве страны, соотношения полномочий Федерации и ее субъектов, содержания функций ветвей государственной власти и с возможным обособлением новых ветвей власти, которые не имеют развитого правового статуса в Конституции РФ.

Уже сегодня в связи с образованием Таможенного союза более отчетливыми кажутся перспективы появления полноценного федеративного или конфедеративного государства, для которого будет целесообразно иметь общее уголовное законодательство, например в виде Основ уголовного законодательства Таможенного союза.

Идея *выделения института уголовных проступков*, реализуемая в унитарных государствах, как правило, в рамках единого уголовного кодекса, применительно к России имеет еще один вариант ее решения: кодексы уголовных проступков субъектов РФ. В пользу такого решения говорит этноконфессиональная специфика многих российских регионов. Однако реализовать его, не изменив рас-

пределения полномочий Федерации и ее субъектов и федеративных договоров, невозможно.

Одной из перспективных идей *конституционного процесса*, на наш взгляд, является обособление контрольной ветви власти, которая представлена в Конституции РФ лишь «спящими» нормами (например, положениями о статусе органов прокуратуры). Вполне возможно, что реализация этой идеи повлечет за собой и формирование конституционного статуса следственных органов, которые в силу понятных причин не могут быть отнесены ни к органам законодательной, ни к органам судебной, ни к органам исполнительной ветвей власти.

Мировая и отечественного практика ограниченного смешения полномочий органов, принадлежащих к различным ветвям власти, позволяет в некоторых случаях находить альтернативу неизбежным частым изменениям уголовного законодательства. В качестве одного из вариантов может являться обязательное для всех правоприменителей судебное толкование уголовного закона, исходящее от высшей судебной инстанции по уголовным делам. Придать силу закона вырабатываемым профессиональными командами постановлениям Пленума Верховного Суда РФ без внесения изменений в ст. 126 Конституции РФ также невозможно¹.

Все перечисленные выше идеи (включая впервые сформулированные) вне зависимости от их принадлежности к «консервативной» или «авангардной» модели реформирования уголовного законодательства должны рассматриваться в контексте общих закономерностей развития права и государства в обозримой перспективе. К числу таких закономерностей, на наш взгляд, следует отнести естественную тягу права к сверхкодификации. Применительно к нашей стране речь может идти о Своде законов, но не как о лишь тематически и хронологически систематизированном их собрании, а как о «кодексе кодексов». Решение этой крупной (и в теоретическом, и в практическом аспекте) задачи позволило бы не только преодолеть или уменьшить системные противоречия отраслевого и межотраслевого законодательства, сжать непомерно разросшийся объем законодательного материала, но и снизить уровень «право-

¹ См., например: Мониторинг уголовно-правовой политики Российской Федерации. Общие проблемы / Отв. ред. С.В. Максимов. М., 2009. С. 112.

вого шума», порождаемого произвольным толкованием закона самими правоприменителями.

§ 2. Конституционное регулирование правосудия по уголовным делам

Характер угроз правам и свободам человека, вовлеченного в сферу уголовно-процессуальных отношений, таков, что с учетом положений ст. 2 гл. 1 Конституции РФ было признано необходимым закрепление именно на конституционном уровне основных параметров надлежащей процессуальной процедуры, соответствующей в том числе общепризнанным принципам и нормам международного права в области прав человека, имеющим непосредственное отношение к правосудию по уголовным делам. В результате, впервые конституционно-правовой статус приобрели такие важнейшие элементы процедуры, как состязательность, презумпция невиновности, право граждан на суд присяжных, предоставление обвиняемому права на квалифицированную юридическую помощь, судебный контроль за ограничением предусмотренных ст. 22, 23, 25 Конституции РФ прав и свобод, право обжалования в суд любых действий и решений органов, осуществляющих уголовное преследование, способных причинить ущерб конституционным правам и свободам, право осужденного на пересмотр приговора вышестоящим судом и право на реабилитацию незаконно привлеченного к уголовной ответственности и осужденного, право на возмещение причиненного ущерба, свидетельский иммунитет и запрет использования доказательств, полученных с нарушением закона. Таким образом, можно констатировать беспрецедентную конституционализацию уголовно-процессуальных правовых отношений.

Правозащитный потенциал уголовно-процессуальной процедуры отражен как в ст. 6 УПК РФ, определяющей назначение уголовного судопроизводства, так и в таких принципах уголовного кодекса, как:

1) уважение чести и достоинства личности, запрет осуществления действий и принятия решений, унижающих честь участника процесса, а также обращения, унижающего человеческое достоинство либо создающего опасность для его чести и здоровья (ст. 9 УПК РФ);

2) обязанность всех должностных лиц, ответственных за ход и результат процесса, разъяснить участникам процесса их права и обеспечивать возможность их осуществления (ст. 11 УПК РФ);

3) запрет без судебного решения ограничивать неприкосновенность жилища, тайну переписки, телесных и иных переговоров (ст. 12, 13);

4) презумпция невиновности (ст. 14);

5) состязательность сторон; обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту (ст. 16);

6) право обжалования действий и решений (ст. 19 УПК РФ).

Сказанное, естественно, не означает отсутствие достаточных возможностей для эффективного уголовного преследования виновных и назначения им справедливого наказания. В этом плане если и существуют проблемы, то они имеют отношение преимущественно к реализации принципа состязательности, существенно ограничивающего возможности суда влиять на эффективность уголовного преследования, о чем речь пойдет ниже.

Судебная защита конституционных прав граждан на стадии предварительного следствия оформилась в институт судебного контроля, который существует в двух формах: предварительного и последующего.

Предварительный судебный контроль, непосредственно вытекающий из требований ст. 22, 23 и 25 Конституции РФ, был существенно расширен законодателем, который распространил его на ряд других решений, связанных с ограничением конституционных прав граждан: о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности, о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах в банках и других кредитных организациях, о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящееся на счетах и на вкладах или на хранении в банках или иных кредитных организациях, о получении информации о соединениях между абонентами или абонентными устройствами (ст. 29 УПК РФ).

К сожалению, предварительный судебный контроль в виде необходимости получения санкций на совершение указанных действий органами, осуществляющими уголовное преследование, пока не оправдал ожиданий. Статистика свидетельствует о том, что судьи практически не отказывают им в этом. Особую озабочен-

ность вызывает санкционированность содержания под стражей, которое имеет место в 95,5% случаях. Эта тема не сходит со страниц юридической печати и не раз была предметом рассмотрения Пленумом Верховного Суда РФ. Однако существенного влияния на практику это не оказало.

Последующий судебный контроль осуществляется в рамках обжалования в суд действий и решений, принимаемых на досудебной стадии процесса, т.е. в целях реализации ст. 46 (ч. 2) Конституции РФ. Основания и процедуры обжалования установлены ст. 125 УПК РФ. Участники процесса достаточно активно используют указанные права. Ежегодно судьями рассматриваются свыше 100 тыс. жалоб на действия и решения органов, осуществляющих уголовное преследование. Из них удовлетворяется около 8%.

Введение как предварительного, так и последующего судебного контроля заслуженно оценивается как большое достижение судебной реформы. Однако то, что такой досудебный контроль осуществляется теми же судьями, которые впоследствии будут рассматривать уголовные дела по существу, существенно снижает его правозащитный потенциал, поскольку существует реальная угроза влияния на объективность и беспристрастность судьи при разрешении вопроса о виновности в стадии судебного разбирательства. Многие видят выход в том, чтобы ввести в уголовный процесс фигуру следственного суда. Достаточно радикальное предложение выдвинул А.В. Смирнов, который предложил следователей Следственного комитета РФ превратить в следственных судей, а право собирать доказательства передать сторонам, т.е. защите и органам дознания под руководством прокуратуры. По его мнению, тем самым будет решена и проблема реализации принципа состязательности на стадии предварительного следствия¹. Однако такое коренное преобразование предварительного следствия маловероятно.

* * *

Реализация конституционных принципов в правосудии по уголовным делам фактически началась в 1993 г. поэтапным введением суда присяжных. Авторы концепции указывали на такие преимущества суда присяжных, как более широкая коллегиальность; бесспорная независимость; меньший риск злоупотреблений и су-

¹ См.: *Смирнов А.В.* К вопросу о продолжении судебной реформы в России // Правовая реформа России: восемь лет спустя. М., 2013. С. 254.

дебных ошибок; привнесение в атмосферу казенной юстиции житейского здравого смысла и народного правосознания¹.

Поэтапность введения суда присяжных, безусловно, была оправдана организационными, материально-техническими соображениями, а также необходимостью научно-методического обеспечения этой новой формы отправления правосудия. Однако с юридической точки зрения такая поэтапность была упречной, поскольку нарушала равенство всех граждан перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ). Это особенно ярко проявилось в ситуации, когда лица, обвиняемые в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, за которые законом предусматривалась смертная казнь, были лишены права на рассмотрение их дела судом присяжных, поскольку на территории их совершения такой суд не функционировал, а возможность передачи дела в другой суд не была предусмотрена законом. В результате нарушалась и ст. 20 (ч. 1) Конституции РФ.

Такая правонарушающая, антиконституционная практика продолжалась на протяжении шести лет. В 1999 г. Конституционный Суд РФ по запросу судов и жалобам граждан рассмотрел указанную проблему и пришел к выводу, что законодатель на недопустимо долгое время затянул введение суда присяжных на всей территории РФ, а потому существующее временное неравенство далее не может служить основанием для отказа обвиняемому в преступлении, за совершение которого федеральным законом установлено наказание в виде смертной казни, в удовлетворении ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей². Как уже указывалось выше, пока законодатель не обеспечит функционирование суда присяжных на всей территории РФ, смертная казнь применяться не может независимо от того, каким составом суда рассматривается дело.

УПК РФ к ведению суда присяжных отнес категорию уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, отнесенных к подсудности областных и приравненных к ним судов. Несмотря на то что суд присяжных действует уже почти 20 лет, однозначно сказать, оправдал ли он связанные с ним надежды, сложно. С одной стороны, присяжные почти по 15% рассмотренных дел выносят

¹ См.: Концепция судебной реформы. М., 1992. С. 79.

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П.

оправдательные вердикты, тогда как в профессиональном суде оправдательные приговоры не превышают 1%. С другой стороны, обвиняемые, имеющие право на рассмотрение их дела судом присяжных, заявляют такие ходатайства чрезвычайно редко (около 15%). Каких-либо внятных обоснований такому парадоксальному положению дел обнаружить не удалось. Возможно, это объясняется достаточно сложной процедурой, требующей высокого профессионализма от сторон и суда, который далеко не всегда соответствует необходимым стандартам, что приводит к отмене приговоров вышестоящим судом по причине нарушения процессуальной процедуры. Достаточно сказать, что в среднем ежегодно отменялось 40,2% оправдательных приговоров, постановленных на основании вердикта присяжных заседателей¹.

Деятельность судов присяжных тщательно изучается в рамках программы «Клуб присяжных». Основатель указанного клуба, куда входят видные процессуалисты страны, обращает внимание на то, что главная причина снижения эффективности указанной формы правосудия заключается в том, что граждане, получающие повестки, призывающие к выполнению гражданского долга в качестве присяжных, просто не являются в суд. Это свидетельствует о том, что «значительное количество граждан страны прогуливают уроки в школе гражданственности»².

Всплеск интереса к функционированию суда присяжных возник в связи с проектом закона, ограничивающего и так достаточно скромную подсудность дел суду присяжных. Из ведения этого суда исключались девять составов преступлений экстремистской направленности. Это вызвало крайнюю обеспокоенность судьбой суда присяжных, на который возлагали большие надежды как на суд «правый и милостивый».

По этому поводу было опубликовано открытое письмо Президенту РФ³, в котором говорилось, что указанный проект полностью игнорирует политический и перспективный социальный аспект суда присяжных, заключающийся в том, что граждане РФ, прошедшие школу коллегий присяжных, становятся граждански более зрелыми и ответственными, так как под углом зрения этого опыта они

¹ См.: Статистическая справка о работе судов общей юрисдикции за 2008 г. // Российская юстиция. 2009. № 3. С. 64.

² Там же. С. 6.

³ См.: Новая газета. 2008. 15 дек.

иначе относятся и к суду, и к государству в целом. Проект, тем не менее, в декабре 2008 г. приобрел силу закона.

Одновременно стали разрабатываться проекты внесения изменений в УПК РФ, направленных на повышение эффективности процедуры рассмотрения дел с участием присяжных заседателей и расширению компетенции такого суда за счет передачи ряда составов преступлений, подсудных районному суду, к подсудности областного и приравненного ему суда. Надо отметить, что последнее предложение вряд ли приведет к успеху, поскольку в связи с введением апелляционного порядка пересмотра приговора, постановленного районным судом, нагрузка на суды областного уровня существенно возросла. Поэтому сомнительно, что законодатель пойдет на ее увеличение за счет отнесения к его ведению дополнительных составов преступлений, рассматриваемых с участием присяжных заседателей.

Предлагаются и другие меры, направленные на обеспечение явки граждан в суд, изменению территориальной подсудности уголовных дел в случаях, когда не удастся сформировать объективную коллегию присяжных и др.

* * *

Наиболее сложной в теоретическом плане оказалась проблема уяснения конституционно-правового смысла и содержания установленной в ч. 3 ст. 123 Конституции РФ состязательной формы судопроизводства применительно к процедуре разрешения публичного по своему характеру уголовно-правового конфликта. Естественно, что изменение процессуальной формы стало центральной проблемой судебной реформы в сфере правосудия по уголовным делам.

Состязательная форма предполагает наличие сторон, их процессуальное равенство и независимость отделенного от сторон суда. Поэтому идея состязательного процесса, сформулированная в ст. 123 (ч. 3) Конституции РФ, нашла конкретизацию в таких конституционных предписаниях, как право обвиняемого на защиту, предоставление ему квалифицированной юридической помощи, презумпция невиновности, независимость суда (ст. 48, 49, 120 Конституции РФ).

В целях реализации принципа состязательности законодатель существенно расширил возможности защиты на всех стадиях уголовного процесса, начиная с возбуждения уголовного дела и закан-

чивая стадией исполнения приговора. Квалифицированная юридическая помощь предоставляется во всех случаях, если обвиняемый (подозреваемый, осужденный) от нее официально не отказался. Предусмотрены и случаи обязательного участия адвоката независимо от волеизъявления обвиняемого.

Принцип презумпции невиновности обвиняемого конкретизирован в УПК РФ путем указания на то, что бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях (ст. 14).

Непосредственно принцип состязательности сформулирован в УПК РФ следующим образом. 1. Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон. 2. Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. 3. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. 4. Стороны обвинения и защиты равноправны перед судом (ст. 13).

Принцип равенства прав участников судебного разбирательства был предусмотрен и в УПК РСФСР (ст. 245). Однако он не исключал активной роли суда в установлении фактических обстоятельств дела. Принцип публичности, который лежал в основе деятельности всех органов государственной власти, обязывал, в том числе и суд, принять все предусмотренные в законе меры к всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств в целях установления истины по делу. К числу таких мер относилось и право суда вернуть уголовное дело прокурору для проведения дополнительного расследования во всех случаях, когда недостатки расследования препятствовали суду в установлении истины и постановлению законного, объективного и справедливого приговора. Кроме того, суд был вправе постановить приговор, основываясь исключительно на собственной оценке исследованных в суде доказательств, несмотря на то, что в ходе судебного разбирательства прокурор изменил предъявленное подсудимому обвинение в лучшую для него сторону или даже полностью отказывался от обвине-

ния. Именно этот комплекс полномочий суда стал пробным камнем, на котором испытывалась приемлемая для отечественного правосудия модель состязательности. Не удивительно, что она стала предметом неоднократного обращения в Конституционный Суд РФ.

В постановлении от 20 апреля 1999 г. № 7-П¹ Конституционный Суд РФ сформулировал следующие правовые позиции.

1. Конституционный принцип состязательности и равноправия сторон означает, прежде всего, строгое разграничение судебной функции разрешения дела и функции обвинения, которые, таким образом, осуществляются разными субъектами.

2. Возвращение судом по собственной инициативе уголовного дела для производства дополнительного расследования в случае его неполноты, а также при наличии оснований для предъявления обвиняемому более тяжкого обвинения означает выполнение судом несвойственной ему функции обвинения.

3. При наличии указанных недостатков обвинительной деятельности суд обязан следовать презумпции невиновности обвиняемого, а потому, если органы уголовного преследования не смогли доказать виновность обвиняемого в полном объеме и, тем более, если прокурор и потерпевший отказались от поддержания обвинения в суде (полностью или частично), то это должно приводить к постановлению в отношении обвиняемого оправдательного приговора или обвинительного приговора, констатирующего виновность обвиняемого в менее тяжком преступном деянии.

Несмотря на то что Конституционный Суд РФ признал неконституционными полномочия суда, связанные с возвращением уголовного дела на дополнительное расследование по причине его неполноты или необходимости предъявления обвиняемому более тяжкого обвинения, только при отсутствии о том ходатайства прокурора или потерпевшего, законодатель решил полностью отказаться от такой возможности и по существу ликвидировал указанный институт. Что же касается ситуации изменения прокурором обвинения в лучшую для подсудимого сторону или полного отказа от обвинения, то, несмотря на позицию потерпевшего по этому вопросу, а также не зависимо от того, к какому выводу придет сам суд в результате исследования доказательств и собственной их

¹ СЗ РФ. 1999. № 17. Ст. 2205.

оценки по внутреннему убеждению, законодатель предписал суду либо прекратить уголовное дело, либо признать подсудимого виновным в менее тяжком преступлении в соответствии с позицией прокурора.

Исключив возможность возвращения уголовного дела прокурору для проведения дополнительного расследования по такому основанию, как его неполнота, законодатель, тем не менее, оставил за судом право в ходе судебного разбирательства, в том числе и по собственной инициативе, восполнять при необходимости доказательственную базу, необходимую для обоснования выводов, которые ему предстояло сделать в приговоре. Поскольку это не соответствовало позиции Конституционного Суда РФ, согласно которой в силу презумпции невиновности все сомнения в доказанности вины подсудимого должны устраняться исключительно стороной обвинения, после вступления в действие УПК РФ заинтересованные лица стали обращаться в Конституционный Суд РФ на предмет проверки конституционности активных полномочий суда по собиранию дополнительных доказательств.

Конституционный Суд РФ вынес по этому вопросу несколько определений, в которых разъяснил, что осуществление судом в публичном по своему характеру функции правосудия не исключает наличия у него права в рамках предъявленного подсудимому обвинения истребовать и исследовать доказательства, необходимые для проверки приводимых сторонами доводов для правильного разрешения уголовного дела. Иное не обеспечивало бы независимость суда при осуществлении правосудия¹.

Таким образом, оказывается, что, когда суд по существу выполняет неполноту предварительного следствия собственными силами, он действует в интересах правосудия, и это свидетельствует о его независимости; когда же он обязывает прокурора восполнить необходимую полноту доказательственной базы, он действует исключительно в интересах обвинения, и это несовместимо с его независимым статусом, как это вытекало из постановления Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999 г. № 7. Нелогичность такого рода интерпретаций очевидна, и она свидетельствует об ограниченных возможностях реализации строгого разграничения процес-

¹ См.: определения Конституционного Суда РФ от 23 января 2001 г. № 21-О, от 20 ноября 2003 г. № 451-О, от 18 июня 2004 г. № 204-О (документы не опубликованы).

суальных функций в публичном по своему характеру уголовном процессе, требующем полного, всестороннего и объективного установления фактических обстоятельств, значимых для правильного применения уголовного закона.

Кроме того, от результатов судебного разбирательства зависит не только реальность осуществления государством своей обязанности по защите прав и свобод такого участника уголовного процесса как обвиняемый, но и такого его участника, как потерпевший. Необходимость защиты гарантированных ст. 52 Конституции РФ прав и свобод лиц, ставших жертвами преступлений, неизбежно вносит коррективы в классическую модель состязательности, которая традиционно формировалась применительно к разрешению конфликта между государством и лицом, обвиняемым в совершении преступления. Поэтому традиционно проблема состязательности непременно увязывалась с уровнем защиты прав обвиняемого. Именно этот аспект правосудия по уголовным делам наряду с принципом независимости суда находился в центре внимания процессуалистов, которые в советское время отстаивали идею состязательности. К их числу прежде всего следует отнести члена-корреспондента Академии наук СССР, профессора М.С. Строговича, возглавлявшего сектор уголовно-процессуального права Института государства и права Академии наук СССР.

Поскольку независимость суда в указанный период под сомнение не ставилось, то основное внимание было сосредоточено на уровне защиты прав и свобод лица, обвиняемого в совершении преступления, которое и свидетельствовало о том, что социалистическое правосудие основано на принципе состязательности. Естественно, этот аспект правосудия является центральным и в настоящее время. Однако то обстоятельство, что качество правосудия, уровень его демократичности оценивались исключительно с точки зрения защищенности прав и свобод обвиняемого, оставляло вне поля зрения защиту прав потерпевшего.

В 1980-х гг. в международном праве на это обращалось особое внимание, в результате чего как членами Генеральной Ассамблеи ООН, так и Кабинетом Министров Совета Европы было рекомендовано государствам пересмотреть их законодательство и практику с учетом того, что основной целью уголовной юстиции является обеспечение нужд и интересов потерпевшего.

Очевидно, не без влияния новых подходов к защите прав жертв преступлений со стороны международного права, в России указанные права впервые приобрели конституционно-правовой статус (ст. 52 Конституции РФ). Конституционный Суд РФ не раз обращался к анализу конституционно-правового смысла указанной статьи, увязывая ее со ст. 21, обязывающей государство защищать достоинство личности. Говоря о защите и восстановлении достоинства личности потерпевшего, Суд вкладывал в это понятие «установление истины по делу, изобличение преступника и справедливое воздаяние за содеянное»¹. Однако когда вопрос касается конкретных полномочий суда, связанных с защитой прав потерпевшего, позиции Конституционного Суда РФ, а вслед за ним и законодателя оказываются непоследовательными и противоречивыми. И это понятно, поскольку появление на правовом поле центрального уголовно-процессуального правоотношения между государством и лицом, обвиняемым в совершении преступления, фигуры потерпевшего, который также нуждается в судебной защите, неизбежно ломает классическую форму состязательности и заставляет искать приемлемый баланс в защите противоречивых интересов таких участников процесса, как обвиняемый и потерпевший. Сразу же отметим, что поиски такого баланса пока не увенчались успехом.

В постановлении от 8 декабря 2003 г. № 180-П² Конституционный Суд РФ в очередной раз подчеркнул, что правосудие по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно отвечает требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах. «В рамках уголовного судопроизводства это предполагает, по меньшей мере, установление на основе исследованных обстоятельств происшествия, в связи с которым было возбуждено уголовное дело, его правильную, правовую оценку, выявление конкретного вреда, причиненного обществу и отдельным лицам и действительную степень вины лица в совершении инкриминируемого ему деяния». Далее Конституционный Суд РФ сослался на ст. 46–52, 118 и 123 Конституции РФ и констатировал, что если возникают препятствия для реализации указанных прав, то суд должен быть наделен соответствующими полномочиями по устранению таковых. В качестве препятствий в реали-

¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 10 декабря 1998 г. № 27-П // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6341.

² СЗ РФ. 2003. № 51. Ст. 5026.

зации указанного назначения правосудия Суд признал нарушения в ходе досудебного производства гарантируемых законом прав таких участников процесса, как обвиняемый и потерпевший, поскольку это может лишить их эффективной судебной защиты. Однако при этом он подчеркнул, что речь идет о таких нарушениях уголовно-процессуального закона, которые не касаются ни фактических обстоятельств дела, ни вопросов квалификации действий и обоснованности вины обвиняемых, а их устранение не предполагает дополнения ранее предъявленного обвинения. Из сказанного следует, что восстановление утраченного по УПК РФ права суда вернуть уголовное дело прокурору ввиду нарушения на стадии предварительного следствия процессуальных прав потерпевшего и обвиняемого если и имеет смысл, то исключительно для обвиняемого.

Указанная проблема актуализировалась в 2007 г. Несмотря на то что вопрос, который был поставлен перед Конституционным Судом РФ, непосредственно касался отсутствия у суда права принять решение в пользу потерпевшего даже по вновь открывшимся обстоятельствам, сформулированная Судом позиция имеет более общее значение и выходит за рамки вновь открывшихся обстоятельств. В постановлении от 16 мая 2007 г. № 6-П¹ Конституционный Суд РФ констатировал, что «решение суда по уголовному делу, которое определяется не деянием и личностью подсудимого, а факторами, по существу, не связанными с основаниями уголовной ответственности, не согласуется с закрепленными в ст. 19 (ч. 1) Конституции РФ равенством всех перед законом и судом». Факторы, препятствующие суду принять такое решение, связаны с интерпретацией полномочий суда, направленных на возможное ухудшение положения обвиняемого, как несовместимые с ролью суда в состязательном процессе.

Несмотря на то что с момента принятия указанного постановления прошло шесть лет, законодатель не внес изменений в нормы УПК РФ, регулирующих полномочия судами в стадии подготовки к судебному заседанию, ни в ходе судебного разбирательства, если они так или иначе могут привести к ухудшению положения обвиняемого.

Не трудно заметить, что анализируемая проблема имеет прямое отношение к проблеме установления истины по делу. Установ-

¹ СЗ РФ. 2007. № 22. Ст. 2686.

ление истины как цели доказывания было четко сформулировано в ст. 20 УПК РСФСР, которая возлагала на все органы государственной власти, ответственные за ход и результат уголовного процесса, принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявлять как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность обстоятельства. Статья 243 УПК РСФСР, адресованная непосредственно к председательствующему в судебном заседании, обязывала его к тому же «в целях установления истины». Обе нормы в теории уголовно-процессуального права рассматривались в контексте публичного характера этого вида правосудия и в советское время никем под сомнение не ставились.

Законодатель исключил из УПК РФ указанные нормы, которые, по мнению многих процессуалистов, несовместимы с принципом состязательности. Однако в результате системного анализа конституционных норм Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что отсутствие у суда возможности постановить законный, обоснованный и справедливый приговор, основанный на действительной степени вины обвиняемого, противоречит как Конституции РФ, так и международным нормам в области защиты прав человека и основных свобод, предъявляющих к правосудию требование справедливости и обеспечения эффективного восстановления в правах не только обвиняемого, но и жертвы преступления.

В 2012 г. Следственный комитет РФ внес в Государственную Думу законопроект, направленный на восстановление в УПК РФ требования установления истины по делу. Указанная инициатива вызвала бурную научную дискуссию, которая достаточно ярко обнаружила расхождения в позициях процессуалистов относительно состязательной модели правосудия по уголовным делам, которая различным образом реализуется в европейском континентальном и англо-американском процессе. Все различия так или иначе связаны со степенью активности суда в установлении фактических обстоятельств уголовного дела и его возможности оказывать влияние на эффективность деятельности органов, осуществляющих предварительное расследование, от которого зависит качество правосудия, в том числе и в интерпретации его Конституционным Судом РФ. Поэтому следует согласиться с позицией Л.В. Головки, который, подводя итог развернувшейся дискуссии, констатировал, что спор по

существу идет о том, должен ли уголовный процесс России в обязательном порядке переходить на англо-американские «рельсы» или ему удастся сохранить присущую ему континентальную инфраструктуру¹.

Законодатель пока не отреагировал на инициативу Следственного комитета РФ. Если же законопроект будет принят к рассмотрению, то законодателю, по всей вероятности, придется найти компромиссное решение, частично возвращающее суду утраченные им полномочия, по крайней мере, в ситуации, когда о необходимости их использования будут ходатайствовать стороны.

* * *

Право осужденного на пересмотр приговора вышестоящим судом – важная составляющая права на справедливое правосудие, которая нашла свое отражение в п. 3 ст. 50 Конституции РФ, ст. 14 (ч. 5) Международного пакта о гражданских и политических правах и Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ч. 1 ст. 2 Протокола № 7).

Сложности практического и теоретического характера возникли в связи с пересмотром вступившего в законную силу приговора в порядке надзора. Они обусловлены тем, что в данном случае переплелись принципиально различные, но внешне схожие правовые принципы. Суть первого принципа состоит в необходимости сохранения правовой определенности. Коль скоро речь идет о вступившем в законную силу и исполняемом приговоре суда, то пересмотр такого приговора, если и может иметь место, то в исключительных случаях. Суть второго принципа состоит в запрете дважды судить за одно и то же (ч. 1 ст. 50 Конституции РФ), который не имеет исключений. Проблема состояла в том, чтобы адекватно определить процессуальную составляющую запрета дважды нести уголовную ответственность за одно и то же (ст. 6 УК РФ). Необходимо отметить, что до принятия Конституции РФ процессуальный аспект запрета на повторное осуждение вообще не возникал и не обсуждался. Он возник в силу того, что как в Конституции РФ (ст. 50), так и в Протоколе № 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод запрет на повторное осуждение и возможность пересмотра приговора вышестоящим судом сформулированы

¹ См.: *Головки Л.В.* Теоретические основы модернизации учения о материальной истине в уголовном процессе // Библиотека криминалиста. 2012. № 4(5). С. 77.

в одной и той же статье (ст. 4 Протокола № 7). Отсюда и возникла идея, что между запретом на повторное осуждение (*non bis in idem*) и правом осужденного на пересмотр приговора вышестоящим судом должна существовать логическая связь и зависимость. Указанная проблема в силу своей неординарности неоднократно была предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. Однако Суд, с одной стороны, неоднократно подтверждал право осужденного на пересмотр приговора вышестоящим судом, даже если таким судом являлся Президиум Верховного Суда РФ, с другой стороны, так ни разу и не ответил, в чем состоит конституционно-правовой смысл запрета на повторное осуждение. Из решения, принятого 3 июля 1997 г.¹, можно сделать вывод, что пересмотр вступившего в законную силу приговора всегда возможен, если он осуществляется в лучшую для осужденного сторону. В других случаях такой пересмотр недопустим. Законодатель именно так и поступил, закрепив в ст. 405 УПК РФ отмену вступившего в законную силу приговора по ухудшающим для осужденного основаниям. Тем не менее проблема повторного осуждения при этом не исчезла и стала предметом рассмотрения Европейским судом по правам человека. Рассмотрев жалобу Никитина против России, он четко разграничил смысл окончательного приговора в контексте повторного осуждения (*res indicato*)². Из разъяснений Европейского суда вытекало, что если национальный процессуальный режим предусматривает возможность отмены даже вступившего в законную силу приговора, то повторное рассмотрение дела в принципе не порождает проблемы повторного осуждения.

Вместе с тем отмена вступившего в законную силу приговора может порождать проблему правовой определенности и нарушения справедливого баланса между интересами осужденных (оправданных) и необходимостью гарантировать эффективность системы правосудия по уголовным делам.

Принимая во внимание требование правовой определенности, стабильности вступившего в законную силу приговора, в постановлении от 17 июля 2002 г. № 13-П³ Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что по смыслу п. 2 ст. 4 Протокола № 7 Конвенции о защите прав человека и основных свобод основанием для отмены

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 5.

² См.: СПС «КонсультантПлюс».

³ СЗ РФ. 2002. № 31. Ст. 3160.

вступившего в законную силу приговора могут быть только: а) новые или вновь открывшиеся обстоятельства; б) существенные нарушения (т.е. имеющие фундаментальный, принципиальный характер), повлиявшие на исход дела.

В целях реализации принятого постановления Конституционный Суд РФ предписал законодателю сформулировать точные и четкие критерии и основания отмены приговора в порядке надзора. Законодатель только через семь лет внес в ст. 405 УПК РФ соответствующие изменения, однако ни четкости, ни определенности в измененной формулировке не просматривается.

С 1 января 2012 г. изменена процедура пересмотра судебных решений. Предусмотрен апелляционный порядок пересмотра всех судебных решений. В результате приговор, постановленный судом первой инстанции, вступает в законную силу после его пересмотра в апелляционном порядке. Соответственно в апелляционном порядке суд может принять любые решения, как улучшающие, так и ухудшающие положение осужденного. Что же касается кассационного и надзорного порядка пересмотра, то применительно поворота к худшему сказано, что таковой допустим в течение одного года со дня вступления приговора в законную силу, если в ходе судебного разбирательства были допущены нарушения закона, повлиявшие на исход дела, искажающего суть и смысл судебного решения как акта правосудия (ст. 401⁵ УПК РФ). Когда же речь идет об отмене приговора в лучшую для осужденного сторону, законодатель употребляет термин «существенное» нарушение (ст. 401¹⁵ и ст. 412⁹ УПК РФ). Таким образом, науке и практике придется определиться в вопросе о том, какие нарушения уголовно-процессуального закона необходимо отнести к существенным, а какие к фундаментальным, искажающим саму суть правосудия и смысл приговора как акта правосудия. Хотя с теоретической точки зрения такие попытки вряд ли будут плодотворны, поскольку и те и другие могут приниматься во внимание только в том случае, если повлияли или могли повлиять на исход дела.

* * *

Сотрудники сектора проблем правосудия на всем протяжении судебной реформы принимали активное участие как в разработке ее концепции в соответствии с Конституцией РФ (И.Б. Михайловская), так и в рабочей группе Государственной Думы Федерального Собрания РФ по подготовке проекта УПК РФ (профессор

И.Л. Петрухин, профессор Л.Б. Алексеева). После принятия УПК РФ в целях осмысления его теоретических основ и дальнейшего развития законодательства сотрудниками сектора подготовлен и издан ряд работ¹.

И.Б. Михайловская, проанализировав изменения, внесенные в УПК РФ в течение 10 лет его применения, пришла к обоснованному выводу о том, что законодательная модель уголовного судопроизводства не может быть признана устоявшейся, а ее формирование – завершенным², о чем свидетельствует развернувшаяся дискуссия по вопросам цели правосудия, путей и способов ее достижения.

Анализ решений Конституционного Суда РФ, позволяющий сформировать конституционно-правовое видение надлежащей процессуальной процедуры, свидетельствует о том, что установленная в УПК РФ форма разрешения публичного по своему характеру уголовно-правового конфликта нуждается в корректировке. Разграничение процессуальных функций, основанное в том числе на конституционном принципе разделения властей, не должно приводить к такому сокращению полномочий судебной власти, которое ограничивало бы ее возможность постановить законный обоснованный и справедливый приговор, соответствующий действительной степени вины обвиняемого. Это, в свою очередь, означает неизбежное возвращение в уголовный процесс исключенного из него принципа

¹ См.: Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003; Восстановительное правосудие / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003; *Петрухин И.Л.* Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. В 2 ч. М., 2004; *он же.* Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М., 2008; *он же.* Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2007; *Михайловская И.Б.* Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства. М., 2003; *она же.* Уголовное судопроизводство в мировом суде. М., 2003; *она же.* Социально-правовое регулирование независимости суда. М., 2007; *она же.* Суды и судьи: независимость и управляемость. М., 2008; *она же.* Процессы управления в судебной системе М., 2010; *Мельникова Э.Б.* Международное сотрудничество уголовной юстиции. М., 2003; *Карнозова Л.М.* Гуманитарные начала в деятельности судьи в уголовном процессе. М., 2004; *она же.* Уголовная юстиция и гражданское общество. М., 2009; *Касаткина С.А.* Публичность и позитивность в российском уголовном процессе. М., 2006; *она же.* Признание обвиняемого. М., 2007; *Хазиев Ш.Н.* Международное судебно-экспертные организации. М., 2010.

² См.: *Михайловская И.Б.* Уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации 2001–2011 гг.. М., 2012.

пиального требования полного, объективного и всестороннего исследования обстоятельств уголовного дела, адресованное всем должностным лицам, ответственным за ход и результат процесса, независимо от того, какую процессуальную функцию они выполняют. Только при таких условиях правосудие по уголовным делам может выполнить свое правозащитное конституционное предназначение.

Глава 12. Международное право

Конституция РФ заложила основу международно-правовых обязательств России и создала базу внешних сношений Российской Федерации. По объему норм, относящихся к внешним сношениям и международным обязательствам, она принципиально отличается от конституций СССР, в которых международное право не занимало существенного места.

Столь серьезное отношение законодателя к международному праву складывалось постепенно и изначально было достаточно критичным. Всему миру известны слова В.И. Ленина: «Мы не связываем себя договорами. Мы не дадим себя опутать договорами. Мы отвергаем все пункты о грабежах и насилиях, но все пункты, где заключены условия добрососедские и соглашения экономические, мы радушно примем, мы их не можем отвергать»¹. Характерным в этом отношении может также считаться мнение А.Я. Вышинского о необходимости раскрыть «классово-хищническую природу современных международно-правовых норм как норм, отражающих собой борьбу господствующих в буржуазном обществе классов за долю созданных трудящимися и угнетенными классами ценностей»². Подобные высказывания демонстрировали не столько нигилистическое отношение к международному праву, сколько идеологический, изоляционистский подход новой советской России к международному праву³.

Не случайно в Конституции РСФСР 1918 г. содержалась скорее пропагандистская, чем юридическая норма: «Выражая непреклонную решимость вырвать человечество из когтей финансового капитала и империализма, заливших землю кровью в настоящей преступнейшей из всех войн, III Всероссийский съезд Советов всецело присоединяется к проводимой Советской властью политике разрыва тайных договоров, организации самого широкого братания с рабочими и крестьянами воюющих ныне между собой армий и достижения во что бы то ни стало революционными мерами демо-

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 35. С. 20.

² Вышинский А.Я. Предисловие // Международное право. 1925. № 1.

³ См.: Gennady M. Danilenko. The New Russian Constitution and International Law // 88 American Journal of International Law. 1994. P. 458.

кратического мира трудящихся без аннексий и контрибуций, на основе свободного самоопределения наций».

В первом разделе Конституции СССР 1924 г. прослеживалась та же мысль: «Со времени образования советских республик, государства мира раскололись на два лагеря: лагерь капитализма и лагерь социализма. Там, в лагере капитализма, национальная вражда и неравенство, колониальное рабство и шовинизм, национальное угнетение и погромы, империалистические зверства и войны. Здесь, в лагере социализма, взаимное доверие и мир, национальная свобода и равенство, мирное сожительство и братское сотрудничество народов».

Конституция СССР 1936 г., в которую были включены нормы о распределении полномочий в области внешних сношений, отошла от «идеологических» положений.

Конституция СССР 1977 г. существенно сменила акценты на принципы международного права как основы межгосударственных отношений: «Отношения СССР с другими государствами строятся на основе соблюдения принципов суверенного равенства; взаимного отказа от применения силы или угрозы силой; нерушимости границ; территориальной целостности государств; мирного урегулирования споров; невмешательства во внутренние дела; уважения прав человека и основных свобод; равноправия и права народов распоряжаться своей судьбой; сотрудничества между государствами; добросовестного выполнения обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права, из заключенных СССР международных договоров» (ст. 29).

Конституция РФ по сравнению с предшествовавшими конституциями содержит большое количество норм о регулировании правовых отношений внутри страны, прямо или косвенно отсылающих к международному праву.

Особое внимание в Конституции РФ уделено международно-правовым аспектам прав и свобод человека и гражданина. В гл. 2 содержатся также положения, отражающие международные стандарты по правам человека (например, ст. 56 о чрезвычайном положении и ограничении в связи с этим прав и свобод человека; ч. 2 ст. 61 об обязательстве Российской Федерации гарантировать своим гражданам защиту и покровительство за пределами территории Российской Федерации). В свою очередь, в ст. 17, 63 и 69 имеются прямые ссылки на общепризнанные принципы и нормы междуна-

родного права, а ст. 46, 63 и 69 указывают на заключенные Россией международные договоры.

Серьезным достижением Конституции РФ является признание важности международных институтов, которые не только играют все большую роль в международных отношениях, но и получают многие полномочия, традиционно относящиеся к сфере суверенных прав государств. Статья 79 предусматривает право Российской Федерации участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами, если это не ограничивает права и свободы человека и гражданина.

Конституция РФ стала одной из первых конституций современных государств, указывающей на возможность передачи части своих полномочий международным объединениям и организациям. Тем самым отмечается и признается тенденция передачи части суверенных полномочий межгосударственным организациям, но указывается на два ограничения: обязательность обеспечения прав свобод человека и гражданина и соответствие основам конституционного строя Российской Федерации.

Большое внимание международному праву уделено в главах о федеративном устройстве (согласно ч. 2 ст. 67 Российская Федерация обладает суверенными правами и осуществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне в порядке, определяемом федеральным законом и нормами международного права) и о Президенте РФ, многие действия которого должны соответствовать принципам и нормам международного права.

Новая роль международного права как основы для развития внутригосударственного права на современном этапе требует включения в процесс реализации внешнеполитического курса Российской Федерации государственных органов, наделенных Конституцией РФ полномочиями по участию в процессе взаимодействия международного и внутригосударственного права, играющих на сегодняшний день малозначительную роль. Это – Федеральное Собрание РФ и Конституционный Суд РФ, которые в первую очередь обеспечивают взаимодействие международного и национального внутригосударственного права, осуществлять обеспечение всего правореализационного процесса норм международного права.

В целом уместен вывод не только о включении и активном использовании принципов и норм международного права в Конституцию РФ, но и о создании комплекса норм, которые определяют и регулируют право внешних сношений Российской Федерации, основой которого является Конституция. Не случайно в Концепции внешней политики Российской Федерации, утвержденной Президентом РФ 12 февраля 2013 г.¹, говорится о ее правовой основе, которую «составляют Конституция Российской Федерации, федеральные законы, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации...».

Учитывая большой объем конституционных норм, имеющих значение для международного права, в настоящей главе акцент будет сделан на:

- а) роли общепризнанных принципов международного права и международных договоров РФ в российской правовой системе;
- б) вопросах суверенитета в свете международного права;
- в) международных стандартах прав человека;
- г) отдельных вопросах правомерного применения вооруженной силы в международных отношениях в свете норм Конституции РФ;
- д) вкладе Института государства и права РАН в развитие теории международного права в свете норм Конституции.

Российская правовая система и международные договоры РФ

Оживленное обсуждение среди отечественных юристов-международников вызвала ч. 4 ст. 15 Конституции РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Возникает вопрос о понятии правовой системы. Входят ли общепризнанные принципы и нормы международного права в правовую систему РФ? Иными словами, становятся ли они частью российского права,

¹ СПС «КонсультантПлюс».

сохраняя при этом одновременно и свое качество регуляторов межгосударственных отношений?

То, что они в межгосударственной сфере продолжают играть роль регулятора межгосударственных отношений, сомнений ни у кого не вызывает. Логично считать, что эти принципы и нормы составляют часть российского права. Вряд ли можно согласиться с С.Ю. Марочкиным в том, что нормы международного права «пополняют» нормативный массив правовой системы России, но не становятся частью российского права¹. В то же время С.Ю. Марочкин прав, указывая, что «многие общепризнанные нормы существуют в форме обычных норм» международного права и что поэтому можно говорить об упоминании в Конституции РФ такого источника, как международный обычай². К этому следует добавить, что не многие, а все общепризнанные принципы и нормы существуют в форме обычных норм наряду с их закреплением в тех или иных договорах. Прав С.Ю. Марочкин и в том, что Конституция РФ не устанавливает соотношение их юридической силы и внутренних актов. Но можно поспорить с тем, что их судьба неопределенна³. Предложение закрепить *de lege ferenda* приоритет над законодательством РФ норм *jus cogens* выглядит обоснованным, но можно без этого обойтись.

Нормы международного права бывают двух категорий: нормы императивные (*jus cogens*) и нормы диспозитивные (*jus dispositivum*). Если Россия заключит договор, противоречащий диспозитивным нормам, будут применяться правила, установленные ч. 4 ст. 15 Конституции РФ (не касаясь пока иерархии международных договоров, инкорпорированных в российское право и, возможно, в законодательство). Не слишком убедительна позиция авторов, которые полагают, что международные договоры РФ составляют часть российского права, но не законодательства. Так, И.И. Лукашук указывает: «... Договор может быть частью права страны, но не может быть отнесен к законодательству. Международные нормы занимают особое место в праве страны... А если договор расходится с постановлением правительства или иного органа? Ответ как бы презюмируется: если договор обладает прио-

¹ См.: Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998. С. 32.

² См.: там же. С. 34.

³ См.: там же. С. 40.

ритетом применения в отношении законов, то тем более это относится к иным правовым актам. Поэтому было бы предпочтительно говорить не о законе, а о праве государства. Следует также учитывать, что не в малом числе государств существенная роль принадлежит таким источникам права, как обычай и судебный прецедент, которые охватываются понятием “внутреннее право”¹.

Но в Конституции РФ закреплен приоритет правил международного договора в отношении правил, установленных именно законом. А в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»² указывается: «Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в отношении законов Российской Федерации.

Правила действующего международного договора, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом, заключившим данный договор...».

Из этого вытекает, что международные договоры РФ неизбежно являются источником российского права и одновременно должны рассматриваться как часть российского законодательства. Международный договор, ратифицированный Россией, становится во внутренней сфере России таким же законом, как и обычный закон, принятый Федеральным Собранием и утвержденный Президентом РФ. Закон может носить наименование и закона, и кодекса, и положения, и т.д. Вопрос о том, какой закон имеет приоритет при его применении, решается по усмотрению законодателя в соответствии с Конституцией РФ. Естественно, это относится и к подзаконным актам.

Что касается общепризнанных принципов и норм международного права, то здесь наблюдается их переход в сферу внутригосударственного права РФ, поскольку они не нуждаются в оформлении в виде законов и действительно составляют часть российского права, но не законодательства.

¹ Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. С. 97–98.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

Следует также согласиться с Е.Т. Усенко в том, что в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ смешиваются разнопорядковые категории – «нормы как правила поведения и международные договоры, являющиеся источниками международного права»¹.

Требует разъяснения и то, что следует понимать под российской правовой системой (и вообще правовой системой). Высказывается мнение о том, что правовая система включает правосознание, нормы права и правоприменение. В.В. Гаврилов определяет национальную правовую систему «как характерную для данного государства целостную совокупность действующих на его территории правовых норм, а также юридических органов, учреждений, организаций и правовой идеологии, обеспечивающих в процессе юридической практики, опосредованной правовой психологией, урегулирование общественных отношений в соответствии с объективными закономерностями развития общества»².

С.Ю. Марочкин в правовую систему РФ включает право России, нормы международного права и действующие в России с санкции государства нормы иностранного права, правовую деятельность (всех органов, учреждений и иных субъектов по созданию и (или) реализации действующих в стране правовых норм) и правовые идеи, представления, теории, взгляды, доктрины (правосознание в широком смысле)³.

С этим контрастирует точка зрения Е.Т. Усенко, который считал, что правовая система – научное понятие, нормативно не урегулированное, и оно поэтому едва ли уместно в Конституции. По его мнению, достаточно было бы сказать, что это часть права Российской Федерации⁴. То, что оно упомянуто в Конституции РФ, в какой-то степени свидетельствует о его нормативном урегулировании. Правда, от этого его смысл не становится яснее. Скорее всего, смысл соответствующего положения не изменился бы, если бы было употреблено слово «право» вместо «правовая система».

Если использовать выражение «правовая система» в более широком значении, чем «право», то следовало бы подумать не о правосознании и не об органах, учреждениях и организациях,

¹ Усенко Е.Т. Очерки теории международного права. М., 2008. С. 159.

² Гаврилов В.В. Понятие и взаимодействие международной и национальных правовых систем. Владивосток, 2005. С. 53.

³ См.: Марочкин С.Ю. Указ. соч. С. 31.

⁴ См.: Усенко Е.Т. Указ. соч. С. 160.

участвующих в разработке, принятии или применении правовых норм. И то и другое не относится к правовой системе. Правовая система в более широком значении может означать то, как преломляется право в процессе его осуществления, особенности такого преломления, его «образ» в практике реализации.

Что касается общепризнанных принципов и норм международного права, которые относятся к императивным (*jus cogens*), то договор, противоречащий этим нормам, должен быть признан ничтожным, т.е. юридически не существующим¹. Представляется очевидным, что в Конституции РФ не имеются в виду такого рода договоры и возможность включения в российскую правовую систему норм, претендующих на общепризнанность, которые противоречили бы подлинной императивности.

Существенной проблемой является неясность в отношении установленных законодательством РФ деления международных договоров на межгосударственные, межправительственные и договоры межведомственного характера, с одной стороны, и ст. 46 Договора о праве международных договоров от 23 мая 1969 г., в котором участвует и Россия как правопреемник СССР – с другой. В Федеральном законе от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»² все указанные договоры рассматриваются как договоры РФ. Но согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ в случае расхождения правил закона с правилами международного договора применяются правила последнего. В упоминавшемся выше постановлении Пленума Верховного Суда РФ такой приоритет имеют по сравнению с законом только правила, установленные международным договором, согласие на обязательность которого для России было дано в форме федерального закона.

Однако ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров не знает деления договоров, которое свойственно законодательству РФ: «Государство не вправе ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность для него договора было выражено в нарушение того или иного положения его внутреннего права, касающегося компетенции заключать договоры, как на основание недействительности его согласия, если только данное

¹ См.: Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г. (ст. 53) // Действующее международное право. Т. 1. М., 1996. С. 359.

² СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

нарушение не было явным и не касалось его внутреннего права особо важного значения».

Последующие изменения, внесенные в Закон «О международных договорах Российской Федерации», не затронули принципе в принятую в нем классификацию договоров РФ.

Буквально толкуя Конституцию РФ и учитывая толкование ч. 4 ст. 15, данное Пленумом Верховного Суда РФ, становится ясно, что приоритет должен отдаваться ратифицированным договорам. Правила же других договоров могут иметь приоритет над актами ниже уровня законов в соответствии с иерархией, предусмотренной законодательством РФ. Но это будет противоречить ст. 46 Венской конвенции и тем самым принципу *pacta sunt servanda*; договоры должны соблюдаться независимо от их уровня в российском праве.

Таким образом, возможна ориентация на нарушение определенной категории международных договоров РФ. Эту коллизию отмечали многие отечественные авторы. Среди них следует прежде всего назвать Б.И. Осминина и А.И. Морозова, которые выступают за соблюдение международных договоров любого уровня¹. Конечно, ряд рассматриваемых ими ситуаций носит гипотетический оттенок. Но сама коллизия – реальность, и заключение Россией договоров должно предотвращать ее возникновение. Другого пути нет. Разумеется, никому не придет в голову исправлять Конституцию или выходить из Венской конвенции. Допустимо в каждом конкретном случае прибегать к толкованию договора, чтобы устранить возникающие трудности, хотя это не всегда возможно. Прекращение действия договора, не подлежащего ратификации, если он явно расходится с законом, – не выход из положения. Политически это может привести к «потере лица» как партнера при решении вопросов, представляющих для России интерес.

Вопрос о носителе суверенитета

«Суверенитет» – понятие, которое с полным основанием можно назвать сравнительно молодым. Ни греческие города-государства, ни Римская империя его не знали. Только на послед-

¹ См.: *Осминин Б.И.* Заключение и имплементация международных договоров и внутригосударственное право. М. ; Берлин, 2010. С. 319–364; *Тюнов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н.* Выполнение международных договоров Российской Федерацией. М., 2011. С. 70–102.

нем этапе феодализма в Европе появляется термин «суверенитет» как своего рода противовес, продвигавшийся монархами, стремящимися к самодержавию в борьбе с крупными феодалами. В тот период суверенитет связывали с личностью монарха. Хорошо известна фраза, приписываемая Людовику XIV: «Государство – это я». Надо указать и на другую тенденцию в Западной Европе. Особенности ситуации в Англии дали пищу иной доктрине – рассматривать как носителя суверенитета парламент. Приблизительно с конца XVIII в. термин «суверенитет» стал обретать современную трактовку.

Не останавливаясь на спорах о том, является ли суверенитет абсолютным, необходимо подчеркнуть, что суверенитет государства не является безграничным¹. Г.Д. Гурвич еще в начале 1920-х гг. писал «...Из идеи суверенитета, как верховенства внутри и независимости вовне, отнюдь не вытекает неограниченность государственной власти правом. ...независимость вовне означает независимость одного государства именно от другого, а не вовсе независимость государственной воли ... от норм международного права...»².

Определение государственного суверенитета как верховенства государства в пределах его территории и независимость в межгосударственных (иногда говорят – международных) отношениях само по себе сомнений не вызывает.

Согласно ч. 1 ст. 3 Конституции РФ «носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ».

Вряд ли стоит рассуждать о народе как носителе суверенитета. Может возникнуть вопрос об «удвоении» суверенитета. Якобы есть носитель суверенитета России – ее народ как таковой и сама Российская Федерация как носитель государственного суверенитета именно как государство. Тогда ничто не мешает рассматривать каждый народ, проживающий в России, как носителя своего национального суверенитета (ведь Россия – многонациональное государство), из которого складывается суверенитет российского народа. На одной из научно-практических конференций в Государственной Думе

¹ См.: *Моисеев А.А.* Суверенитет государства в современном мире. Международно-правовые аспекты. М., 2006.

² *Гурвич Г.Д.* Введение в общую теорию международного права. Вып. 1. Прага, 1923. С. 41.

приходилось даже слышать разговоры о том, что и Устав ООН позволяет говорить о суверенитете народов. При этом ссылались на преамбулу Устава, которая действительно начинается со слов: «Мы, народы Объединенных Наций, преисполненные решимости избавить грядущие поколения от бедствий войны...» Достаточно прочитать ст. 4 Устава ООН, где предусмотрено, какие государства могут стать членами ООН, или же ст. 110, в которой указывается, что как раз государства подписывают Устав и должны его ратифицировать, чтобы стало ясно: государства, создавшие ООН, выступают от имени народов, ее учредивших. Надо также обратить внимание на ст. 2 Устава, которая начинается с принципа суверенного равенства ее членов (т.е. государств, а не народов).

Разумеется, народы поддерживали свои государства, выступавшие в антигитлеровской коалиции. Но далеко не всегда они поддерживают свое государство. Это не значит, что оно перестает быть в той или иной степени суверенным. В любом случае единственным источником власти государства является народ. Если бы не было народа, не было бы кем управлять, публичная власть потеряла бы свое качество власти. Вместе с тем, когда речь идет о государстве, следует помнить, что в широком смысле она – часть народа. Другое дело, как она управляет обществом, народом, образующим данное общество. Но она – единственный источник власти в государстве.

Необходимо иметь в виду, что суверенитет государства как верховной власти в его пределах – понятие юридическое. Не может быть одновременно двух верховных властей в пределах одного государства. Вместе с тем верховная власть одного государства может зависеть от другого. Точно так же независимость государства от других государств в сфере межгосударственного общения – тоже понятие юридическое. Независимость может быть весьма относительной. В качестве примера можно привести различного рода интеграционные объединения. Так, в Европейском союзе его члены передают часть своих суверенных полномочий Союзу. Эти полномочия трансформируются в полномочия Европейского союза, уже не суверенного характера, но члены Союза при этом не теряют свой суверенитет, хотя бы частично, вопреки распространенной точке зрения (особенно среди членов Европейского союза).

Иная точка зрения свидетельствовала бы о том, что, заключая международный договор, даже не интеграционного характера, го-

сударства ограничивают свой суверенитет. Тем самым на международной арене должно скопиться множество государств, имеющих разный объем суверенитетов, что противоречило бы принципу суверенного равенства государств.

Можно столкнуться с рассуждениями о национальном и народном суверенитете. Это скорее относится к политической публицистике, хотя они встречаются и в юридической литературе¹. Между прочим, термин «национальный суверенитет» часто используется в английской и американской литературе как синоним государственного суверенитета.

В английском и французском языке слово «нация» часто заменяет слово «государство». Организация Объединенных Наций может быть переведена и как «Организация Объединенных Государств». Если же рассматривать нацию или народ в привычном смысле, то следует отметить, что мононациональных государств практически нет. Поэтому было бы правильным говорить о народном суверенитете. Однако если исходить из точки зрения, согласно которой народ не только источник суверенитета, но и его носитель, необходимо уяснить, о каком суверенитете идет речь. Если о каком-то суверенитете, отличном от государственного, легко докапаться до утверждения, что полноценный государственный суверенитет может быть лишь в том случае, если он совпадает с народным, обеспечивающим подлинное представительство большинства народа в управлении государством.

Это утверждение очень близко к высказанному Ф.Р. Тесоном. Он считает, что наилучший путь судить о суверенитете государства – провести различие между горизонтальным и вертикальным социальным контрактом. Горизонтальный контракт – это такой, при котором граждане связаны друг с другом принципами правосудия, установленными справедливой конституцией, а вертикальный – когда должностные лица, демократически избранные гражданами, образуют нечто вроде агентских отношений с лицами, их избравшими. В итоге, заключает этот автор, государство вправе на полную защиту своего суверенитета, предоставляемую международ-

¹ См.: *Тузмухамедов Р.А.* Национальный суверенитет. М., 1963. С. 13–15, 60; *Эбзеев Б.С.* Конституция, демократия, права человека. М., 1992. С. 169.

ным правом. Если же нарушены и вертикальный, и горизонтальный контракт, нет никакого суверенитета¹.

Такую концепцию суверенитета нельзя принять. Она не соответствует ни реалиям межгосударственных отношений, ни Уставу ООН. Видимо, нельзя согласиться и с концепцией народного суверенитета как полновластия народа. Суверенное равенство государств существует независимо от того, насколько народ допущен к управлению государством. И Франция, и Сенегал, и Швейцария, и Нигерия равны согласно принципу суверенного равенства государств.

Прямое отношение к государственному суверенитету имеет проблема делимости государственного суверенитета. На первый взгляд, она не связана с тезисом о народе как носителе государственного суверенитета, но это не совсем так. Если государственный суверенитет совпадает с народным и если в конечном счете народ выступает как носитель государственного суверенитета, то отсутствие какой-либо стороны (части) государственного суверенитета может означать, что суверенитет народа тем самым претерпевает какие-то изменения. Достаточно вспомнить известные слова, обращенные к народам России: «Берите столько суверенитета, сколько можете». Под этим можно понимать, во-первых, что суверенитеты должны предоставляться народом России, во-вторых, что тем самым может быть ограничен суверенитет российского народа. Вряд ли стоит говорить о том, что суверенитет членов федерации не имеет отношения к государственному суверенитету России. Если, конечно, не предположить, что суверенитеты членов федерации по их желанию станут суверенитетами самостоятельных государств.

Суверенитет членов федерации, если это предусмотрено федеральной конституцией, не имеет ничего общего с государственным суверенитетом как единым государством. Член федерации может иметь какой-то выход на межгосударственное общение в публично-правовой сфере, если это допускается конституцией (как это было в СССР), но все равно он остается частью единого государства. В современных условиях государственный суверенитет, по словам Г. Радбруха, «понятие безусловно международно-

¹ См.: *Teson F. A Philosophy of International Law*. Boulder, Colorado, 1998. P. 57, 58.

правовое»¹. Это не говорит о том, что суверенитет государства получают «из рук» международного права, а лишь означает, что именно в сфере межгосударственных отношений сохраняется смысл государственного суверенитета. Если представить, что в мире существует только одно государство, надобность в данном понятии отпадает. Оно не исчезнет из лексики. Оно может означать в философском плане автономию человеческой воли, может сохранить свое значение в истории права (в том числе и международного права). Но в юридическом смысле государственный суверенитет, как было определено выше, обязан в настоящее время своим существованием международному праву.

Оставляя в стороне вопрос о народе как носителе государственного суверенитета, необходимо обратить внимание на довольно распространенное мнение о делимости государственного суверенитета вообще. Например, Г.С. Фединяк пишет: «Экономический суверенитет государства подразумевает независимость государства в экономической области от других государств»². Когда государства во все большей степени зависят друг от друга, можно говорить об экономическом суверенитете как о юридической категории. Можно говорить об утрате в той или иной мере экономической независимости одного государства от другого или от ТНК. Если же переводить эту ситуацию на международно-правовой язык, следовало бы отметить утрату в какой-то степени государством своей международной право- и дееспособности, но не суверенитета как такового. Или, констатируя фактическое положение вещей, отметить утрату им своей экономической независимости (в той или иной степени).

Не менее пространные соображения о делимости государственного суверенитета (политологического характера) можно обнаружить у Н.В. Старикова. Он считает полным государственным суверенитетом только такой, который состоит из пяти суверенитетов: признание международным сообществом территории страны, дипломатического суверенитета (возможности проводить незави-

¹ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 216.

² Фединяк Г.С. Способы достижения экономического суверенитета государства в XXI веке в связи с усиливающейся деятельностью транснациональных корпораций (на примере Украины) // Российский ежегодник международного права. 2010. СПб., 2011. С. 33.

симую международную политику), военного суверенитета, экономического суверенитета и культурного суверенитета¹.

Признавая правильность таких соображений по существу, необходимо сказать, что в данном случае слово «суверенитет» излишне. То же самое можно было бы выразить, не прибегая к юридической терминологии, способной лишь затемнить основную мысль. Возвращаясь к понятию государственного суверенитета в юридическом значении данного термина, наиболее правильным было бы признать, что государственный суверенитет либо существует, означая существование государства в юридическом (точнее – международно-правовом) смысле как самостоятельного социального организма со всеми оговорками относительно его фактического положения в межгосударственной сфере, или же не существует.

Не продолжая обсуждение этого вопроса со всеми возможными юридическими его оттенками, допустимо предложить следующую интерпретацию ч. 1 ст. 3 Конституции РФ: единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, находящим свое выражение в ее суверенитете. Это не более, чем интерпретация соответствующего положения Конституции.

Права человека и Конституция РФ

Заслуживает внимания вопрос о соотношении Конституции РФ и Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. Россия как правопреемник СССР связана положениями Пакта, причем он является межгосударственным договором, т.е. договором, который был ратифицирован, высшего уровня.

Согласно ст. 56 Конституции РФ в условиях чрезвычайного положения могут устанавливаться отдельные ограничения прав и свобод, но не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные ст. 20, 21, 23 (ч. 1), 24, 28, 34 (ч. 1), 40 (ч. 1), 46–54. В этот перечень не вошла ст. 19, которая предусматривает равенство перед законом и судом и говорит также о гарантиях равенства прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений,

¹ См.: *Стариков Н.В.* Национализация рубля. Путь к свободе России. СПб., 2011. С. 9–10.

принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Не вызывает сомнения, что равенство всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19), а также равенство мужчины и женщины в отношении прав и свобод (ч. 3 ст. 19) не должно ограничиваться в соответствии с ч. 1 ст. 56. Надо отметить, что ст. 26 Пакта, относящаяся к равенству людей перед законом, также не упоминается в ст. 4 Пакта в числе статей, отступление от которых признается недопустимым во время чрезвычайного положения.

Необходимо иметь в виду, что, как и Конституция РФ, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. и Международный пакт о гражданских и политических правах предусматривают недопустимость какой-либо дискриминации. В соответствии с ч. 1 ст. 17 Конституции РФ в России признаются и гарантируются права человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.

Можно считать, что определенные положения ст. 19 в свете сказанного также не подлежат ограничениям. В то же время в ч. 2 ст. 19 содержатся положения, отступления от которых при объявлении чрезвычайного положения оправданны. Например, в случае стихийных бедствий может быть введено ограничение, касающееся места жительства. По-видимому, это в какой-то степени объясняет, почему ст. 19 расположена за пределами статей, не допускающих ограничения предусмотренных в них прав и свобод согласно ч. 3 ст. 56.

Следует отметить, что п. 5 ст. 4 Пакта о гражданских и политических правах прямо относится только к некоторым статьям, посвященным правам и свободам, не допускающим ограничений. Это не означает категорического запрещения ограничений и каких-либо иных прав и свобод, если это согласуется с Пактами и другими договорами в области прав человека. Важно, чтобы возможные ограничения не устанавливали режим, менее благоприятный, чем Пакты. Так, п. 2 ст. 20 Пакта о гражданских и политических правах запрещает всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, предусматривая, что они должны быть запрещены законом.

Общий вывод, касающийся правомерных отступлений от прав человека, может быть только один: презюмируется, что положения Конституции РФ, относящиеся к правам человека, соответствуют

Пактам. Иначе пришлось бы прийти к абсурдному заключению, что Россия должна выйти из состава участников Пактов.

В Конституции РФ неоднократно говорится о правах человека и гражданина (см. ст. 17, 55). Было бы правильным считать, что права человека – собирательное понятие, включающее и основные свободы. Подразумевается, что Устав ООН (п. 3 ст. 1) распространяется и на права гражданина. Общеизвестно, что люди в ряде случаев могут пользоваться правами человека во всей полноте, имея гражданство какого-либо государства. Во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. поэтому и говорится о том, что каждый человек имеет право на гражданство (п. 1 ст. 15). Положения Декларации стали нормами международного обычного права. Отсюда и стремление на межгосударственном уровне к уменьшению количества лиц без гражданства. Можно вспомнить ст. 25 Пакта о гражданских и политических правах, в которой предусматривается право гражданина принимать участие в ведении государственных дел и т.д., а также ст. 24 (п. 3), согласно которой каждый ребенок имеет право на приобретение гражданства.

Следует отметить ч. 1 ст. 55 Конституции РФ. В соответствии с ней перечисление в Конституции основных прав и свобод не должно толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина. Может создаться впечатление, что наряду с основными правами человека есть и неосновные, хотя конец этой фразы говорит об обратном.

В Венской декларации и Программе действий, принятой 25 июня 1993 г. на Всемирной конференции по правам человека, закреплено: «Все права человека универсальны, неделимы, взаимозависимы и взаимосвязаны. Международное сообщество должно относиться к правам человека глобально, на справедливой и равной основе, с одинаковым подходом и вниманием» (п. 5).

Судя по всему, под этим подразумевается не противопоставление основных и неосновных прав человека (и в Конституции РФ, и в Пакте), а констатация того, что могут существовать и другие права человека, помимо предусмотренных в этих актах.

Введение в России военного положения и международное право

В соответствии с ч. 2 ст. 87 Конституции РФ Президент РФ в случае агрессии или ее непосредственной угрозы вводит на терри-

тории РФ или ее отдельных местностях военное положение. Надо иметь в виду, что агрессия необязательно означает вооруженное нападение со стороны другого государства или государств. Согласно ст. 51 Устава ООН только вооруженное нападение дает право государству – жертве нападения на самооборону или рассчитывать на помощь других государств (коллективную самооборону). То, что совершено вооруженное нападение, определяет государство-жертва нападения (без ущерба для полномочий Совета Безопасности ООН). Определение того, что совершен акт агрессии, входит в компетенцию Совета Безопасности. Именно он согласно Уставу ООН дает юридически значимую квалификацию того, что совершен акт агрессии, наличие любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии (ст. 39). Ничто не лишает пострадавшую сторону права рассматривать действия другого государства как агрессию или как угрозу агрессии. Но агрессия – более широкое понятие, чем вооруженное нападение. Если для государства существует угроза агрессии или если оно считает, что акт агрессии против него уже совершен, оно вправе вводить военное положение. Однако прибегнуть к самообороне оно вправе только в том случае, если считает такого рода акт вооруженным нападением.

Следует подчеркнуть, что само по себе введение военного положения не обязательно свидетельствует о стремлении государства прибегнуть к самообороне, поскольку оно может не расценивать действия другого государства или государств как вооруженное нападение. В выступлениях в прессе и в официальных заявлениях иногда под агрессией понимают только вооруженное нападение. Действительно, это самый опасный вид агрессии. Тем не менее это не повод для того, чтобы не обращать внимания на международно-правовую квалификацию действий государств. По своему фактическому составу вооруженное нападение и акт агрессии могут совпадать. В доктрине, а затем и в практике сложилась точка зрения, согласно которой наиболее типичные и серьезные акты агрессии, перечисленные в ст. 3 Определения агрессии, принятого Генеральной Ассамблеей ООН 14 декабря 1974 г., составляют также содержание вооруженного нападения¹.

¹ См.: Действующее международное право. Т. 2. С. 199–202; *Донской Д.* Агрессия – вне закона. Об общепризнанном определении агрессии. М., 1976. С. 114–115.

Упомянутое толкование вооруженного нападения получило авторитетное подтверждение в решении Международного суда ООН по делу Никарагуа против США, принятом 27 июня 1986 г.¹ Можно считать, что Суд практически признал Определение агрессии отражающим международное обычное право. В международно-правовой литературе отмечалось, что объем вооруженного нападения должен быть более или менее четко установлен, в то время как объем акта агрессии варьируется в зависимости от конкретной ситуации и не может подлежать точному описанию без нарушения дискреционных полномочий Совета Безопасности². Слишком большая неопределенность в описании вооруженного нападения может привести к легализации произвола под предлогом самообороны³.

Опасность подобного рода существует не только теоретически. Генеральный секретарь ООН К. Аннан в своем докладе на 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН заявил, что якобы неминуемые угрозы полностью охватываются ст. 51 Устава ООН, предусматривающей право государств на самооборону⁴. В США стали появляться публикации, в которых обосновывалась возможность превентивной самообороны (т.е. в ответ на угрозу вооруженного нападения), что противоречит ст. 51 Устава ООН и по существу призвано оправдать вооруженное нападение как только возникнет угроза нападения со стороны другого государства. Устав ООН допускает применение вооруженной силы в превентивном порядке, но лишь по решению Совета Безопасности, если он находит это неизбежным в случае угрозы международному миру и безопасности. Превентивной самообороны в такой ситуации, предпринимаемой государством в одностороннем порядке без санкции Совета Безопасности, Устав ООН не допускает. Это может рассматриваться как легализация вооруженного нападения и, соответственно, как вооруженная агрессия.

Приходится подвергать резкой критике не только концепцию превентивной самообороны в случае так называемой неминуемой угрозы. В США и других странах НАТО раздаются голоса, причем

¹ International Court of Justice. Judgment of 27 June 1986. P. 103(93).

² См.: *Донской Д.* Указ. соч. С. 45.

³ См.: *Рыбаков Ю.М.* Вооруженная агрессия – тягчайшее международное преступление. М., 1980. С. 34.

⁴ См.: UN Doc. A/59/2005. P. 44.

на серьезном уровне, об упреждающем (preemptive) и даже о предвосхищающем (anticipatory) ударе¹. Ничего общего такие рассуждения с Уставом ООН не имеют².

Эти соображения необходимо принимать во внимание при анализе ч. 2 ст. 87 Конституции РФ.

Защита граждан Российской Федерации за рубежом

Одним из новых положений Конституции РФ стала ч. 2 ст. 61, согласно которой «Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами». В течение многих лет защиту и покровительство своим гражданам, находящимся за рубежом, Российская Федерация оказывала в различных формах, но в любом случае через дипломатические и консульские представительства независимо от того, просит ли ее оказать лицо, права которого нарушены, или нет.

Между тем в ч. 2 ст. 61 Конституции РФ зафиксирована международно-правовая норма о праве государства защищать своих граждан за рубежом с использованием самых разных средств и методов, в том числе с использованием вооруженной силы. Член Международного суда ООН Х. Лайтерпахт, в частности, отмечал: «Индивид как иностранец пользуется большей степенью защиты по международному праву, чем как гражданин своего собственного государства»³. В XIX в. широко использовалось «правомерное применение силы для защиты жизни и собственности своих граждан. Благородная доктрина того времени признавала это право»⁴. Аналогичную точку зрения высказал член Международного суда ООН Ф. Джессеп: «Международное право традиционно признает право государства применять вооруженную силу для защиты жизни и собственности своих граждан за рубежом в тех ситуациях, когда страна пребывания не может или не желает предоставить им ту защиту, на которую они имеют право»⁵. Право на вооруженную за-

¹ См., например: Yost D.S. NATO and the anticipatory use of force// International Affairs. № 83. P. 39–68.

² Следует отметить, что в ниже высказывается противоположная точка зрения.

³ Lauterpacht H. International Law and Human Rights. L., 1950. P. 121.

⁴ Brownlie I. International Law and the Use of Force by States. L., 1963. P. 283.

⁵ Jessup Ph. A. Modern Law of Nations. N.Y., 1949. P. 169.

щиту граждан, находящихся за рубежом, традиционно рассматривалось как вид самообороны¹.

Как известно, принятие Статута Лиги наций, Пакта Бриана – Келлога и Устава ООН привело к запрету вооруженной силы в международных отношениях. Одним из немногих исключений является право на индивидуальную или коллективную самооборону в соответствии со ст. 51 Устава ООН: «Настоящий Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную или коллективную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации...». Если ст. 51 предоставляет государству неотъемлемое право применять вооруженную силу в порядке индивидуальной и коллективной самообороны в случае вооруженного нападения, то ст. 2(4) содержит общий запрет на применение силы или угрозы силой.

Статья 51 разрешает самооборону только в тех случаях, если «произойдет вооруженное нападение на Члена ООН». В связи с этим возникает вопрос: может ли нарушение прав граждан за пределами своего государства рассматриваться как вооруженное нападение на него и является ли это основанием для применения вооруженной силы для защиты своих граждан как формы самообороны?

Ответ на него в первую очередь зависит от признаков «государства», которые детализированы, в частности, в Конвенции Монтевидео 1933 г., где закреплены четыре признака государства как субъекта международного права: наличие постоянного населения, определенной территории, собственного правительства и способность к вступлению в отношения с другими государствами.

Таким образом, постоянное население, т.е. граждане, являются неотъемлемой и важнейшей частью государства. Это четко закреплено и в ст. 2 Конституции РФ, согласно которой «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». Следует обратить особое внимание на обязанность государства соблюдать и защищать права человека и гражданина. Конституция не ограничивает эту обязанность только территорией РФ. Данное обязательство государства действует во всем мире. Ни международное право, ни Конституция РФ, ни российское законо-

¹ *Brownlie I. Op. cit. P. 283.*

дательство не содержат никаких ограничений на этот счет. Более того, согласно ст. 7 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»¹ граждане РФ пользуются защитой и покровительством России за ее пределами, а российские власти обязаны защищать их права и интересы и при необходимости принимать меры для восстановления их нарушенных прав.

Местоположение может иметь важные практические последствия и требовать разных методов защиты граждан РФ, но вооруженное нападение на граждан на территории своего государства является точно таким же вооруженным нападением на территории другого государства и точно так же дает основание на применение силы согласно праву на самооборону. Поэтому, как справедливо отмечает член Комиссии международного права Д. Боуэтт (Великобритания), «защита граждан, находящихся как на территории государства, так и вовне, является по существу защитой самого государства»².

В ст. 51 Устава ООН говорится только о вооруженном нападении на члена ООН. Устав не предусматривает никаких дополнительных ограничений, будь то место совершения вооруженного нападения или его масштабы. Естественно, ограбление немецкого, китайского, российского или любого иного иностранного туриста в Майами не является достаточным основанием для признания такого акта вооруженным нападением на Германию, Китай, Россию или иное государства, но этот гипотетический пример лишь подчеркивает необходимость сбалансированного и взвешенного подхода к данной проблеме, как, впрочем, и к любым другим международно-правовым проблемам. Никто не считает нарушение границы контрабандистами или незаконный пролет самолета над территорией государства вооруженным нападением. Лишь при определенныхотягчающих обстоятельствах это дает право на самооборону. Равным образом нарушение прав граждан вне территории государства должно быть существенным. Иными словами, под угрозой должна находиться достаточно большая группа людей, а не отдельный турист. Важное значение, безусловно, имеет поведение страны пребывания: способствует ли она нарушениям или пытается положить им конец. В первом случае нарушение основополагающих прав граждан может квалифицироваться как нападение на государство, и

¹ СЗ РФ. 2002. № 22 . Ст. 2031.

² *Bowett D.* Self-Defense in International Law. L., 1958. P. 92.

оно может рассматривать вопрос о применении силы в порядке права на самооборону. Конкретные критерии будут рассмотрены ниже.

Возникает вопрос о толковании самого понятия «вооруженное нападение». Как известно, многие государства, в том числе Российская Федерация, в течение многих лет отстаивали ограниченный подход, согласно которому только в случае вооруженного нападения у государства возникает право на самооборону¹. Данная позиция имеет благородную цель – ограничить возможные случаи применения силы. Однако большинство развитых западных индустриальных государств не разделяют эту «крайнюю» позицию. Такой подход мог быть хорош в XX в., но не в XXI, когда существует множество новых средств ведения войны, возникают «новые вызовы для человечества», которые не существовали и даже не предполагались во время разработки Устава ООН.

Ожидать вооруженного нападения, которое произойдет с минуты на минуту, в ядерный век могут только самоубийцы. Гораздо более разумным представляется подход, сформулированный государственным секретарем США Д. Уэбстером еще в середине прошлого века в ходе инцидента с пароходом «Каролайн». По его мнению, «ничто, менее чем явная и абсолютная необходимость, не может лечь в основу оправдания» совершения «враждебных актов на территории мирной Державы». Д. Уэбстер отмечал, что правительство должно доказать, что действия его войск были действительно вызваны «необходимостью самообороны, необходимостью немедленной, преобладающей, не оставляющей ни выбора средств, ни времени для размышления»². Именно такого подхода в той или иной мере придерживаются все развитые государства. В самом деле, что конкретно надо ожидать в ядерный век?

Это также относится к защите граждан за рубежом. Когда их уничтожат, говорить о защите будет поздно. Людей надо защи-

¹ См., например: *Скотников Л.* Право на самооборону и новые императивы безопасности // *Международная жизнь.* 2004. № 9. С. 112. В соответствии с узким толкованием ст. 51 Устава ООН исключается любая самооборона, если она осуществляется не в ответ на вооруженное нападение; расширительная интерпретация допускает самооборону перед лицом нависшей над государством угрозы вооруженного нападения (imminent threat).

² W.R. Manning (ed.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784–1860.* Vol. III. Washington, 1943. P. 422.

щать, когда они в опасности, когда есть возможность их спасти и сохранить их жизнь.

Обратимся к международно-правовой практике как важнейшему элементу международно-правовой нормы. Все развитые индустриальные государства признают право государства на вооруженную защиту своих граждан, оказавшихся в опасности за рубежом. Например, 2 ноября 1983 г., докладывая об операции на Гренаде комитету по иностранным делам Палаты представителей США, заместитель государственного секретаря США К. Дэм заявил: «Действия Соединенных Штатов по защите и эвакуации американских граждан на острове были предприняты в соответствии с общепризнанным международно-правовым принципом защиты своих граждан. Международное право не требует, чтобы Соединенные Штаты ожидали дальнейшего ухудшения ситуации».

За последние несколько десятилетий государства предприняли ряд вооруженных операций по спасению своих граждан, находящихся в опасности за рубежом, в том числе:

1965 г. – бельгийские десантники, используя американский и английский транспорт и оборудование, предприняли вооруженную операцию для защиты двух тысяч иностранцев в Заире;

1976 г. – израильские командос спасают в Уганде заложников, захваченных палестинскими террористами;

1978 г. – Франция посылает 200 десантников для защиты французских граждан в Чаде после убийств французских граждан;

1980 г. – попытка США спасти заложников, схваченных в американском посольстве в Тегеране;

1983 г. – США совершают вторжение на Гренаду, обосновывая свои действия рядом причин, в том числе необходимостью защиты около тысячи американцев, находившихся в это время на острове;

1989 г. – американские войска вводятся в Панаму, в частности, под предлогом защиты американских граждан;

1991 г. – 4 тыс. французских и бельгийских парашютистов высаживаются в Заире и помогают эвакуировать своих сограждан и других иностранцев;

1998 г. – в ответ на взрывы американских посольств в Кении и Танзании, в результате которых погибло более трехсот человек, США нанесли ракетные удары по лагерям подготовки террористов

на территории Афганистана и по фармакологическому заводу в Судане;

1999 г. – правительство Уганды в ответ на убийства иностранных туристов конголезскими террористами решило преследовать и уничтожить конголезских бандитов за пределами своих границ;

2008 г. – Российская Федерация применяет силу в Южной Осетии для защиты российских миротворцев и иных граждан России. В этой связи очень важным с правовой точки зрения является заявление Президента РФ от 8 августа 2008 г.: «Действия грузинской стороны привели к человеческим жертвам, в том числе и среди российских миротворцев. Ситуация дошла до того, что миротворцы с грузинской стороны стреляли по российским миротворцам, вместе с которыми были обязаны выполнять свою миссию по сохранению мира в регионе. Сейчас в Южной Осетии гибнут мирные люди, женщины, дети, старики, и большинство из них – это граждане Российской Федерации. В соответствии с Конституцией и федеральным законодательством как Президент Российской Федерации я обязан защищать жизнь и достоинство российских граждан, где бы они ни находились»¹. Следует обратить внимание на фразу «как Президент Российской Федерации я обязан защищать жизнь и достоинство российских граждан, где бы они ни находились». Впервые российское государство официально заявило о своем признании международно-правовой нормы, которая также стала нормой Конституции РФ, о защите своих граждан за пределами Российской Федерации.

Не все перечисленные случаи были бесспорными с правовой точки зрения. Ряд из них вызвал закономерную озабоченность мирового сообщества. Но в данном случае речь идет о норме международного права, закрепленной в Конституции РФ, а не о разборе конкретных случаев.

Можно утверждать, что, во-первых, вооруженные действия по защите граждан, находящихся в опасности за пределами государства, признаются, пользуются поддержкой и применяются в международной практике и, во-вторых, являются формой самообороны согласно ст. 51 Устава ООН. Конечно, это не значит, что государство может в любое время использовать вооруженную силу для защиты своих граждан.

¹ Известия. 2008. 8 авг.

Анализ международной практики и официальных заявлений государств позволяет сформулировать следующие критерии применения вооруженной силы для защиты граждан за рубежом.

1. *Угроза жизни или систематическое и грубое нарушение прав человека.* Право на самооборону возникает у государства, когда под угрозу поставлена жизнь его граждан. Хотя мирные средства, естественно, предпочтительны, в ряде случаев у государства просто нет иного выхода, как применить силу для защиты своих граждан, чтобы спасти их от уничтожения. Израильская спасательная операция в Уганде в 1976 г., когда был захвачен гражданский самолет, в котором находились израильские граждане и их собирались убить террористы, является наиболее ярким примером. Жизнь израильтян находилась в опасности, правительство Уганды не делало ничего, чтобы спасти их, и поэтому использование силы путем посылки израильского спецназа было единственным способом защиты.

Юридическая сторона угандийского инцидента была четко обозначена в заявлении представителя США в ООН: «Действия Израиля по спасению заложников неизбежно привели к временно-му нарушению территориальной целостности Уганды. Обычно такое нарушение недопустимо согласно Уставу ООН. Однако существует хорошо известное право использовать ограниченную военную силу для защиты своих граждан, находящихся на территории другого государства, от неизбежного насилия или смерти, если страна пребывания не желает или не способна их защитить»¹.

С нашей точки зрения, право на самооборону может возникнуть даже тогда, когда непосредственных жертв еще нет, но налицо очевидная опасность, когда ясно, что погромы и уничтожения вот-вот произойдут. Не случайно в уголовном праве под необходимой обороной понимаются случаи применения силы в ситуациях, сопряженных как с насилием, опасным для жизни обороняющегося, так и с непосредственной угрозой его применения. Важен и другой аспект. Под угрозой не обязательно должны находиться миллионы людей. В каждом конкретном случае решение должно приниматься на основе тщательного анализа целого ряда обстоятельств. Но наличие любой, достаточно крупной группы людей, находящихся в

¹ Digest of U.S. Practice in International Law. Washington, 1976. P. 150–151.

условиях непосредственной угрозы, является дополнительным аргументом в пользу применения силы для их защиты.

2. *Необходимость*. Вооруженная сила, безусловно, может применяться только в случае крайней необходимости, а необходимость в свою очередь включает два основных элемента:

- 1) существование реальной угрозы;
- 2) отсутствие мирных средств разрешения споров между государствами.

На первый взгляд, требование о наличии опасности самоочевидно. Если произошло нападение на крупную группу людей, страна может принять необходимые меры для их защиты, и никаких дополнительных обоснований не нужно¹. Однако конкретные случаи гораздо сложнее. Одной из наиболее сложных является ситуация, когда происходит систематическое, непрекращающееся нарушение основных прав и свобод человека или жизнь людей находится под угрозой на протяжении продолжительного периода времени, но непосредственных жертв еще нет, хотя они могут быть в любое время.

В качестве примера можно привести захват заложников в Иране в ноябре 1979 г. Вскоре после этого Совет Безопасности принял резолюцию 457, осуждающую захват заложников, и потребовал их немедленного освобождения². Через несколько дней Совет Безопасности принял еще одну резолюцию аналогичного содержания³. 15 декабря 1979 г. Международный суд ООН также принял постановление, в котором содержалось требование освободить заложников⁴. Однако, несмотря на это, Иран отказался сотрудничать с международными органами, и США послали морских пехотинцев спасать заложников.

С юридической точки зрения не было серьезных сомнений в том, что военная операция предпринята в соответствии с международным правом. В решении Международного суда по вопросу о захвате заложников ничего не говорится о неправомерности действий США. Суд лишь отметил несвоевременность действий Бело-

¹ См.: *Schachter O. General Course in Public International Law*. Leyden, 178 Recueil Des Cours 153. 1982.

² См.: *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Iran (Hostage Crisis)*. Leyden, 1980. I.C.J. 14.

³ *Ibid.* P. 178.

⁴ *Ibid.* P. 179.

го дома. «Операция, предпринятая в данной ситуации, вне зависимости от мотивов, является своего рода подрывом уважения к международному юридическому процессу; следует отметить, что в параграфе 47.1 своего определения от 15 декабря 1979 года Суд указал на недопустимость принятия какой-либо стороной каких-либо действий, которые могли бы ухудшить отношения между государствами»¹.

Принципиально важно, имеется ли реальная угроза жизни и безопасности заложников. В рассматриваемом случае реальность такой угрозы была очевидной. «Государство, граждане которой находятся в опасности, должна сама решать является ли операция по спасения необходимой; нет никакой международной организации или третьей стороны, которая могла бы принять это решение. Таким образом, эта операция спасения не может считаться неправомерной по международному праву. Является ли она разумной с моральной и политической точек зрения – вопрос другой»².

Таким образом, государство может применять силу, когда ее граждане в опасности, когда ее применение является необходимым и последним средством их защиты.

3. *Гуманитарные цели.* Мотивы военной миссии по спасению своих граждан также имеют важное значение. Не случайно государственный департамент США сделал специальное заявление во время операции в Конго: «Эта операция, прежде всего, гуманитарная, а не военная. Она предпринята, чтобы избежать кровопролития, а не вовлекать стороны в дальнейшие военные действия. Ее цель состоит не в захвате и удержании территории, а в том, чтобы как можно скорее выполнить свою миссию и вернуться обратно»³.

Хотя внешнеполитические акции государств всегда основываются на ряде оснований, военные действия по спасению их граждан за рубежом должны быть единственным или, по крайней мере, основным мотивом. Уже упомянутая операция по спасению израильских заложников в Уганде является примером того, как у атакующего государства может не быть намерения нарушить территориальную целостность и неприкосновенность другого государства. Мотивы Израиля в этом конкретном случае были исключительно

¹ См.: Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Iran (Hostage Crisis). P. 43.

² Schachter O. Op. cit. P. 147.

³ Department of State Bulletin. Washington, 1964. P. 842.

гуманитарные: спасение заложников и обеспечение основного права человека – права на жизнь, а не покушение на суверенитет или территориальную целостность иного государства.

4. *Пропорциональность*. Пропорциональность традиционно рассматривается как важнейший критерий определения правомерности применения вооруженной силы в международных отношениях. Хотя общепризнанного определения пропорциональности не существует, она неизменно учитывается при анализе конкретных случаев применения вооруженной силы. Основная причина негативной реакции мирового сообщества на действия США на Гренаде состояла в том, что хотя право на защиту своих граждан как вид самообороны никто всерьез не подвергал сомнению, американские пехотинцы находились на острове более двух месяцев после эвакуации американских студентов. Международно-правовой аспект данной операции очевиден: военные действия должны предприниматься с целью защиты граждан своей страны, быть ограничены этой защитой и не выходить за пределы их непосредственной защиты.

Вместе с тем действия Израиля в Уганде как классический пример правомерного использования вооруженной силы для защиты граждан за рубежом были скрупулезно проанализированы. Заведующий международно-правовым отделом государственного департамента США специально отметил в служебном меморандуме: «Военная операция Израиля была сведена к единственной цели спасения пассажиров и команды самолета и была прекращена немедленно после того, как поставленная цель была достигнута. Применение силы было правомерно, так как она использовалась исключительно для спасения пассажиров и команды: уничтожение террористов было необходимостью, а не целью»¹. Эта тщательно продуманная операция привела к гибели только трех заложников, одного израильского боевика и семи террористов.

Подводя итог изложенному выше, следует отметить, что Конституция РФ закрепила право не только использовать дипломатические и консульские средства, но и применять силу для защиты своих граждан, находящихся в опасности за рубежом. Немаловажно также, что Россия стала ссылаться на международно-правовые и

¹ American Journal of International Law. 1979. P. 123.

конституционные нормы в своих внешнеполитических акциях, как это было в случае защиты ее граждан в 2008 г.

Вклад ИГП РАН в развитие теории международного права в свете Конституции РФ

Анализ Конституции РФ был бы неполным без рассмотрения вклада ИГП РАН в развитие международно-правовых аспектов ее норм. Они во многом способствовали формированию международно-правовых аспектов Конституции РФ. Особое внимание уделялось при этом анализу общих проблем взаимодействия конституционных норм и международного права, роли и месту международно-правовых норм в Конституции РФ, а также ее особенностям по сравнению с конституциями 1918 г. и 1936 г.¹, вопросам применения международного права судами РФ². Эти вопросы непосредственно связаны с проблемой источников международного права, которые стали предметом исследований таких ученых, как Г.М. Даниленко, Р.А. Каламкарян, И.И. Лукашук, Н.Б. Крылова, Р.А. Мюллерсон, Е.Т. Усенко, Н.А. Ушаков и др.

Как известно, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы РФ. Сотрудники ИГП РАН всегда много внимания уделяли основным принципам международного права. Большой вклад в разработку теоретических вопросов принципов международного права внесли Д.И. Бараташвили, Н.В. Захарова, Д.Б. Левин, В.И. Менжинский, А.П. Мовчан, З.А. Тузмухамедов, Н.А. Ушаков и др.

А.С. Автономов, В.А. Карташкин, А.П. Мовчан, С.В. Черниченко исследовали международно-правовые аспекты защиты прав человека и международные обязательства государств в этой области. Они не только подготовили серьезные монографические исследования, но и обосновывали необходимость закрепления меж-

¹ См.: *Лукашук И.И.* Конституция России и международное право // Московский журнал международного права. 1994. № 4; *он же.* Конституции государств и международное право. М., 1998; *Усенко Е.Т.* Соотношение и взаимодействие международного и национального права и российская Конституция // Московский журнал международного права. 1994. № 4.

² См., например: *Даниленко Г.М.* Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда // Государство и право. 1995. № 11.

дународно-правовых стандартов защиты прав человека во внутреннее право.

Н.А.Ушаков создал фундаментальный труд по суверенитету, который до сих пор считается классическим¹. О.И. Богданов, Л.А. Иванашенко и В.И. Менжинский внесли серьезный вклад в развитие вопросов безопасности и угрозы миру. Сотрудниками ИГП РАН разрабатывались многие другие проблемы, и результаты их трудов так или иначе нашли отражение в Конституции РФ как конституции правового государства, которое, естественно, уделяет большое внимание соблюдению своих международных обязательств.

¹ См.: *Ушаков Н.А. Суверенитет в современном международном праве*. М., 1963.

Глава 13. Международное частное право

Изменения, происшедшие в международных отношениях в 80–90-х гг. прошлого века, связаны не только с изменением политического характера межгосударственных отношений, но и с существенным развитием трансграничных отношений частного правового характера. Свобода перемещения граждан государств «восточного блока», формирование в этих странах рыночных отношений, реформы в судебных системах потребовали пересмотра частного правового регулирования отношений, осложненных иностранным элементом. В связи с этим существенно изменилась роль международного частного права, которое стало трансформироваться из регулятора, определяющего допустимость применения иностранного права в национальном суде, в систему, регулиующую баланс глобализации частного правового отношений. Поиск этого баланса связан с растущими претензиями национального права на экстерриториальность при сохранении традиционных институтов суверенитета и верховенства права в границах каждого государства. При таких условиях связь Конституции РФ с принципами и нормами международного права существенно усиливается, оказывая влияние на регулирование национальным законодательством трансграничных отношений¹.

В качестве примера усиления указанной связи международного права и конституционного регулирования можно, прежде всего, привести сферу защиты прав человека. В отличие от предыдущих основных законов, Конституция РФ (ст. 2) провозгласила в качестве главной ценности права и свободы человека, установив, что они признаются и гарантируются согласно общепризнанным нормам и принципам международного права (ч. 1 ст. 17). Закреплением на конституционном уровне соответствующих положений был задан вектор на развитие регулирования частного правового отношений, поскольку дальнейшая детализация в Конституции РФ охра-

¹ В данном контексте под трансграничными понимаются любые отношения (независимо от их правовой природы), характеризующиеся присутствием в них иностранного элемента в любой форме.

няемых ею прав и свобод человека (в частности, в нормах ст. 23, 24, 34, 35, 36, ч. 1 ст. 44, 53, 60) затрагивает институты, традиционно относящиеся к сфере регулирования частного права. Таким образом, признаваемые международным правом основные права и свободы человека получили адекватное конституционное регулирование.

В свою очередь, влияние связи Конституции РФ с международным правом на национально-правовое регулирование трансграничных отношений проявилось в универсализации конституционных основ такого регулирования, выраженной в принципах, в равной степени относящихся как к российским гражданам, так и к иностранцам и лицам без гражданства. В этом проявился еще один из аспектов тенденции проникновения принципов международного права в национальные конституционные нормы – предоставление иностранцам и лицам без гражданства национального режима в отношении имущественных прав, ставшего общим явлением в современном мире. При этом следует отметить, что нормы Конституции РФ гарантируют защиту соответствующих прав иностранных граждан и лиц без гражданства независимо от их закрепления в ней. В этом смысле можно обратить внимание на нормы, касающиеся одного из наиболее чувствительных вопросов российской правовой политики – права частной собственности на землю. Так, согласно ст. 9 земля и другие природные ресурсы могут находиться в частной собственности; ст. 36 гарантирует гражданам РФ право частной собственности на землю. При этом право собственности на землю иностранных граждан и лиц без гражданства, их право на землю, возможность приобретения которого предусмотрена в ч. 2 ст. 5 ЗК РФ, не является конституционным. Однако возникшее у *любого* лица право частной собственности на землю в силу ч. 1 ст. 35 Конституции РФ охраняется законом.

Другим примером особой значимости (в силу его важности для гармоничной интеграции России в мировое экономическое пространство) является охрана Конституцией РФ прав *каждого* (т.е. независимо от наличия у него российского гражданства) на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34); на свободу творчества и интеллектуальную собственность (ч. 1 ст. 44). Кроме того, важное значение для частноправовой охраны прав иностранцев и апатридов имеют

нормы, регулирующие гуманитарные¹ отношения (например, гарантия права наследования, предусмотренная ч. 4 ст. 35).

Таким образом, особенность конституционного регулирования трансграничных частноправовых отношений заключается в том, что несмотря на отсутствие в соответствующих конституционных нормах прямого указания на их применимость к отношениям с иностранным участием, гарантии соблюдения прав иностранцев и лиц без гражданства реализуются посредством общей нормы ст. 62 Конституции РФ, а также ряда других ее норм, в совокупности обеспечивающих реализацию прав на свободное проживание иностранных граждан на территории РФ и прав россиян на свободный выезд и въезд через границу России.

Конституционные гарантии прав граждан одного государства на территории других государств особым образом проявляются в регулировании национальным законодательством трансграничных отношений в условиях взаимодействия национальных правовых систем². Это обусловлено территориальной ограниченностью действия национального закона, требующей наличия особых условий для распространения действия последнего за пределы юрисдикции данного государства (экстратерриториальное действие). Одним из таких условий является связь правоотношения с государством, право которого наделяется в силу тех или иных причин экстратерриториальным действием. Данное явление, характерное для регулирования отношений в сфере международного частного права, во второй половине XX в. начало проникать и в сферу публично-правовых отношений³. Однако одностороннее придание государством экстратерриториального характера своему законодательству не может повлечь его автоматического применения в иных юрисдикциях. Так, даже в сфере частноправовых отношений применение норм одного государства на территории другого может ограничиваться публичным порядком последнего и действием так называемых свехимперативных норм. Кстати, применение последних как

¹ Под гуманитарными отношениями в данном случае подразумеваются семейные и наследственные отношения.

² См. об этом: Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. первая / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013. С. 25–83.

³ См.: Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 245–261.

норм, нередко направленных на защиту публичного интереса (причем не только национального, но и зарубежного, как это допускается ч. 2 ст. 1192 ГК РФ), приводит к размыванию границ между публично- и частноправовой сферами. Соответственно решение вопроса о допустимости экстратерриториального действия национальных законов уже не может основываться на «простом» определении природы отношения как относящегося к частноправовой сфере. К тому же взаимопроникновению частных и публичных начал в правовом регулировании, по нашему мнению, немало способствует интернационализация практически всех областей жизнедеятельности современного общества. Используя терминологию международного частного права, процесс интернационализации отношений, складывающихся в пределах юрисдикции конкретного государства, можно охарактеризовать как растущую степень присутствия иностранного элемента в правоотношениях различной природы. Наличие иностранного элемента (в любом его проявлении) не всегда позволяет государству сходным образом регулировать внутренние и трансграничные отношения аналогичного характера (в том числе в силу положений международных договоров и следования принципу международной вежливости). Причем различия в регулировании могут проявляться не только в необходимости применения к трансграничному отношению иностранного права. Так, существовавший в СССР запрет права частной (за исключением колхозной и кооперативной) собственности на средства производства не препятствовал возможности признания наследственных прав советских граждан в отношении зарубежных, как это принято называть теперь, коммерческих активов. Полагаем, что обоснование указанного парадокса одним только содержанием соответствующих коллизионных норм советского государства было бы неправильным. Сам по себе подход к данной проблеме являлся отступлением от главной, характеризующей социалистическую правовую систему черты – запрета права собственности граждан на средства производства. Таким образом, наличие в наследственном правоотношении иностранного элемента (в виде имущества за рубежом) фактически «переводило» вопрос о допустимости частной собственности граждан на средства производства из публично-правовой сферы (ст. 13 Конституции СССР 1977 г.) в частноправовую. Конечно, в силу понятных причин речь здесь ни в коем случае не могла идти о сопоставлении возможностей советских граждан

реализовать свои права на указанное имущество с аналогичными возможностями иностранцев. Приведенный пример в данном контексте является демонстрацией того, как иностранный элемент может способствовать взаимопроникновению частного и публичного права.

В качестве современного примера конвергенции двух названных сфер в силу наличия в отношении иностранного элемента можно привести ограничение присутствия иностранного капитала в отдельных отраслях экономики¹. В этом примере, в отличие от предыдущего, «центр тяжести», напротив, смещается в сторону публично-правовой сферы. Возможность подобной разнонаправленности внутри процесса взаимопроникновения публичного и частного начал является, на наш взгляд, объективным явлением, характерным не только для отношений, осложненных иностранным элементом. Как писал выдающийся русский цивилист И.А. Покровский, граница «между публичным и частным правом ... не всегда проходила в одном и том же месте... То, что в одну эпоху регулировалась по началам юридической децентрализации... в другую перестраивалось по типу юридической централизации... и наоборот»². Приведенные выше положения Конституции РФ наглядно иллюстрируют эти эволюционные процессы.

Следовательно, возвращаясь к вопросу об определении пределов экстратерриториальности законов, независимо от природы регулируемых ими отношений можно заключить, что такие пределы не могут быть статичными, т.е. установленными на основе единой «проведенной» границы между частным и публичным правом. Однако изменения в подходах законодателя и правоприменительной практики, являющиеся следствием «смещения границ», не должны носить характер волюнтаристских. Интересы стабильности общественных отношений (как внутри страны, так и за ее пределами) требуют обоснования проводимых изменений. В свою очередь, такое обоснование возможно только при условии соблюдения государством выработанных им же принципов правового регулирования отношений, связанных с его юрисдикцией. Нормы

¹ См.: Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 40.

тивное оформление таких принципов в целях придания им большей значимости, доступности для восприятия и максимальной однозначности в толковании должно осуществляться в конституционных рамках. При этом формулирование соответствующих конституционных положений на основе принципов суверенитета и верховенства права на собственной территории не должно противоречить общепризнанным обычаям и нормам международного права (в том числе принципу суверенитета других государств). Таким образом, значение и роль Конституции РФ в создании основы для экстратерриториального действия российского законодательства и применения в России иностранного права должны выражаться в обеспечении возможности сбалансированного учета законодателем и правоприменителями конституционных и международно-правовых принципов.

Разнообразие отношений с иностранным элементом также требует от законодателя дифференцированного подхода к основаниям экстратерриториальности законов, т.е. их применения в силу норм международного частного права. Например, автономия воли сторон в вопросах выбора применимого права (*lex voluntatis*) является одним из основополагающих начал коллизионного регулирования. При отсутствии выбора права, сделанного сторонами, наиболее распространенным способом «отыскания» надлежащего правопорядка является применение принципа тесной связи отношения с той или иной юрисдикцией (*lex causae*). В то же время в области брачно-семейных отношений использование *lex voluntatis* существенно ограничено (ч. 2 ст. 161 СК РФ), а возможность применения *lex causae* и вовсе отсутствует, несмотря на внешнее сходство брака (как объединения лиц для совместного ведения хозяйства) с некоторыми гражданско-правовыми образованиями. Вообще для коллизионных норм российского семейного законодательства характерно преобладание принципа *lex fori* (закон страны суда) в силу того, что решение многих вопросов подчинено российскому законодательству.

Связь названных выше основных принципов коллизионного регулирования с конституционными нормами обусловлена необходимостью территориальной локализации правоотношений, применительно к которым должна разрешаться коллизионная проблема. Так, даже в случаях превалирования *lex voluntatis* в качестве основного принципа, формирующего коллизионную норму (например, в

договорных обязательствах), незначительность связи правоотношения с избранной сторонами юрисдикцией может привести к иному решению коллизии проблемы¹.

Например, необходимость применения к отношению императивных норм законодательства страны, с которой связано отношение (в силу п. 5 ст. 1210 ГК РФ), независимо от права выбранного сторонами, по нашему мнению, корреспондирует конституционной норме о верховенстве Конституции РФ и федеральных законов (ч. 2 ст. 4 Конституции). Примечательно, что из буквального толкования новой редакции ст. 1210 ГК РФ, вступившей в силу 1 ноября 2013 г.², следует, что в п. 5 указанной статьи речь идет именно об *императивных* нормах гражданского законодательства, а ни о нормах «сверхимперативного» характера, получивших в новой редакции ГК РФ название норм *непосредственного применения*.

Аналогично из критерия связи применимого права с правоотношением, с нашей точки зрения, исходит диспозитивная норма п. 2 ст. 1190 ГК РФ, допускающая принятие обратной отсылки иностранного закона к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица. Полагаем, что диспозитивность указанной нормы обусловлена возможностью применения российского законодательства в случае, если оно предоставляет лицу более благоприятный режим правового регулирования. Данный вывод позволяет презюмировать обоснованность приведенного исключения из общего правила о неприятии обратной отсылки конституционными гарантиями прав и свобод человека и гражданина, предусмотренными в гл. 2 Конституции РФ.

Названные выше принципы подчинения правоотношения соответствующему правопорядку имеют под собой складывавшийся столетиями фундамент международного частного права. Несмотря на то что причины необходимости применения иностранного права к определенным отношениям по сей день являются предметом неразрешимых споров³, сама по себе такая необходимость уже не

¹ См.: Асосков А.В. Трансграничные и внутренние контракты: пределы автономии воли сторон при выборе применимого права // Вестник гражданского права. 2011. № 4. С. 4–31.

² См.: Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2013. 4 окт.

³ См.: Асосков А.В. Основы коллизии права. М., 2012. С. 3–10.

подвергается сомнению. В Российской Федерации, как известно, применение судами норм зарубежного законодательства происходит не в силу их прямого действия, а на основании норм международного частного права, определяющих не только случаи, но и пределы применения иностранной правовой нормы. Следовательно, наличие в российском законодательстве коллизионных норм, в силу которых иностранное право может, а в ряде случаев – должно применяться к соответствующим отношениям, является одной из форм реализации государством принципа верховенства национального законодательства (ч. 2 ст. 4 Конституции РФ). В случае же, когда иностранное право подлежит применению российским судом в силу коллизионной нормы международного договора РФ, реализуется принцип приоритета международных договоров (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ).

Значение Конституции РФ в выстраивании системы норм, регулирующих отношения с иностранным элементом, очевидно и с точки зрения федеративного устройства России. Предотвращение существования наряду с федеральными актами и региональных законов, устанавливающих собственные правила применения иностранного права на территории соответствующих субъектов РФ, является задачей Конституции в силу того, что именно ее положениями определены сферы разграничения компетенций между Федерацией и ее субъектами. В частности, гражданское и процессуальное законодательство входят в предмет исключительного ведения Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). Данное положение исключает возможность издания субъектами РФ как гражданско-правовых норм, регулирующих отношения с иностранным элементом, так и норм процессуального законодательства (к которому относятся правила рассмотрения судами дел с иностранным участием, включая вопросы подсудности, а также признания и исполнения в Российской Федерации иностранных судебных и арбитражных решений).

Вместе с тем ряд отношений в силу их связи с имущественными либо характерной для них договорной основы, сближающей эти отношения с гражданско-правовыми, также характеризуется возможностью применения к ним норм зарубежного права. Речь здесь идет о семейных и трудовых отношениях с иностранным участием. Что касается первой из названных категорий правоотношений, то наличие специальных коллизионных норм обусловлено ря-

дом объективных причин, например необходимостью соблюдения материальных условий вступления в брак или признания браков, заключенных за рубежом. Применительно ко второй категории необходимость коллизионного регулирования, возможно, не так очевидна (в связи с большей связью отношений, как правило, с одной страной). Однако сам факт договорной природы трудовых отношений, наряду с многообразием возможных форм труда (в том числе с использованием современных средств связи между сторонами трудового договора, находящимися в разных странах), потенциально создает возможности для возникновения коллизионных проблем. В пользу такого вывода свидетельствует, в частности, включение в ряд новейших зарубежных кодификаций коллизионных норм, посвященных трудовым отношениям (см., в частности, законы о международном частном праве Грузии, Турции, Эстонии).

Отнесение трудового и семейного законодательства к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) создает возможности для правотворчества последних в указанных отраслях. Несмотря на наличие в СК РФ (п. 2 ст. 3) и ТК РФ (ст. 5) требований о соответствии законов субъектов РФ федеральному законодательству, взаимное противоречие норм их отраслевых актов не просто вероятно, но и имеет место быть в действительности¹. При этом пространственное ограничение сферы действия нормативного акта субъекта РФ его территорией (как, например, в ст. 13 ТК РФ) не дает ответа на вопрос о последствиях различной территориальной «принадлежности» субъектов соответствующих отношений. Следовательно, вопрос о преодолении возможных коллизий при возникновении вопроса о выборе судом между нормами законов различных субъектов возможен в тех случаях, когда эти нормы посвящены вопросам, неурегулированным федеральным законодательством. Более того, вполне вероятно принятие субъектами РФ нормативных актов, положения которых будут непосредственно направлены на регулирование отношений с иностранным элементом. В связи с этим возникает вопрос о возможности применения подходов к разрешению международных

¹ См.: *Занина М.А.* Коллизии норм права равной юридической силы (понятие, причины, виды). 2-е изд. М., 2010.

коллизий для преодоления межобластных¹. Большой интерес с точки зрения дальнейшего развития российского права в данном направлении представляет опыт США, где подходы к регулированию коллизий между национальным и зарубежным законодательством были выработаны на основе правил разрешения внутренних – «межштатных» коллизий. Именно этим объясняется тот факт, что основные американские теории в области международного частного права основаны на толкования отдельных статей Конституции США².

В Конституции РФ попытка обобщения походов к разрешению внутренних и внешних коллизий выразилась во включении в перечень вопросов, относящихся к исключительному ведению Российской Федерации, «федерального коллизионного права» (п. «п» ст. 71). Несмотря на дискуссионность понятия «федеральное коллизионное право», точка зрения о том, что в него должны включаться коллизионные нормы международного частного права, представляется справедливой и обоснованной³.

Следует сказать, что проблема межобластных коллизий была известна отечественному праву еще во времена СССР, когда доктрина в силу как законодательного регулирования, так и идеологических соображений исходила из невозможности однотипного регулирования внешних и внутренних коллизий. Законодательно разграничение регулирования двух названных сфер было закреплено еще в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. Так, ст. 18 Основ устанавливала правила применения гражданского законодательства одной союзной республики на территории другой, тогда как применение иностранного законодательства осуществлялось в соответствии с положениями разд. VIII. Впоследствии, несмотря на сохранение указанного разграничения в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., произошло, как отмечалось в литературе, опре-

¹ Подробно о понятии межобластных коллизий см.: Международное частное право: современные проблемы. С. 430-440.

² См.: *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права в США: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 22.

³ Об этом, см., например: *Маковский А.Л.* О кодификации гражданского права (1922– 2006). М., 2010.

деленное сближение принципов разрешения двух рассматриваемых видов коллизий¹.

Необходимость воспроизведения опыта союзного гражданского законодательства в современных российских федеративных отношениях отпала благодаря установленному Конституцией РФ разграничению предметов исключительного и совместного ведения. Принятие в 2002 г. третьей части ГК РФ сформировало систему источников коллизионного регулирования имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений. Однако при этом сохранились существовавшие в период действия советского законодательства возможности межобластных коллизий в сфере семейного законодательства. Вообще семейное право представляет особый интерес в рассматриваемом контексте в силу своей публично-правовой природы, сочетающейся с допущением, в определенных случаях, применения норм иностранного права. Отнесение семейного законодательства к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов (п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ) закрепляется в п. 1 ст. 3 СК РФ и находит дальнейшее развитие в ч. 2 указанной статьи, определяющей законы субъектов РФ как составную часть семейного законодательства РФ. Гипотетически сказанное выше означает возможность принятия субъектами РФ законодательных актов, направленных на регулирование брачно-семейных отношений с иностранным элементом. Данное обстоятельство усугубляется допустимостью материально-правового регулирования соответствующих отношений семейным законодательством. При этом, безусловно, следует иметь в виду, что материально-правовое регулирование семейных отношений с иностранным элементом не может однозначно восприниматься как входящее в сферу международного частного права. Однако если базовым тезисом неоднозначности такого восприятия является публично-правовой характер подавляющего большинства норм семейного законодательства, то к сфере международного частного права не должны были бы относиться и коллизионные нормы СК РФ. Между тем прямая связь последних, например, с вопросами личного закона, а также последствия их применения, возникающие в области имущественных отношений (не говоря уже о «традиционно-коллизионистских» принципах построения этих норм), не позволяют полностью отрицать их

¹ См.: Международное частное право: современные проблемы. С. 436.

отнесение к источникам международного частного права. Соответственно к таковым должны относиться и материально-правовые нормы семейного законодательства, непосредственно регулирующие отношения, осложненные иностранным элементом, поскольку их потенциальное воздействие на сферу имущественных прав также очевидно. Возможность же принятия таких норм на уровне субъектов РФ, как уже говорилось выше, основана на положениях Конституции РФ. При этом, принимая во внимание основной принцип взаимодействия семейного и гражданского законодательства, сформулированный в ст. 4 СК РФ (о применении норм гражданского законодательства к имущественным и личным неимущественным отношениям в семейной сфере при условии их непротиворечия существу последним), можно допустить определенную вероятность межотраслевых конфликтов норм федерального и регионального законодательства. Возможности же возникновения внутриотраслевых конфликтов (между нормами семейного законодательства различных уровней) нивелируется требованием, закрепленным в п. 2 ст. 3 СК РФ.

Несмотря на отсутствие известной судебной практики разрешения межотраслевых коллизий между нормами федерального гражданского законодательства и семейного законодательства субъектов РФ, в специальной литературе уже ставился вопрос о допустимости «корректировки» субъектами РФ положений коллизионных правил СК РФ ввиду их несовпадения с аналогичными нормами ГК РФ. В частности, упоминались различные походы ГК РФ (ст. 1193) и СК РФ (ст. 167) к категории публичного порядка¹. Данная категория заслуживает отдельного упоминания при рассмотрении вопросов, связанных с Конституцией РФ как источником международного частного права, особенно в контексте соотношения норм федерального и регионального законодательства. Особый интерес здесь представляет то, что хотя в оговорках о публичном порядке законодательства различных стран речь, естественно, идет о публичном порядке конкретной страны, доктрина призывает отличать внутренний публичный порядок от международного². В то же время следует помнить о том, что в случаях,

¹ См.: *Марышева Н.И.* Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007.

² См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 6-е изд. М., 2012. С. 122.

предусмотренных ст. 1193 ГК РФ, равно как и в нормах процессуального законодательства (п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ), речь идет о публичном порядке Российской Федерации. Таким образом, различное понимание рассматриваемого понятия для внутренних и для трансграничных отношений не должно занимать центральное место в дальнейшей разработке категории публичного порядка в доктрине и правоприменительной практике. Полагаем также, что неопределенность данной категории требует обоснованности ее толкований положениями Конституции РФ. В противном случае казуальное толкование публичного порядка может привести к дискредитации данного понятия аналогично тому, как это имело место в отношении понятия основ правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК РФ)¹.

Приведенный пример свидетельствует не только о необходимости толкования данной категории на основании норм Конституции РФ, но и роли последней как источника толкования закона общего для всех отраслей законодательства, призванного преодолеть межотраслевые конфликты в национальном законодательстве. В качестве одной из причин таких конфликтов в специальной литературе указывается игнорирование цивилистикой процессуальных норм². Действительно, можно согласиться с мнением о том, что в научных толкованиях норм гражданского законодательства зачастую не учитываются процессуальные аспекты.

Вместе с тем следует отметить, что именно в науке международного частного права процессуальным вопросам (включая альтернативные (внесудебные) способы разрешения споров) уделяется должное внимание в силу того, что международный гражданский процесс в отечественной доктрине традиционно рассматривается как отрасль правоведения в совокупности с международным частным правом³. Подтверждая справедливость такого подхода, необходимо иметь в виду, что он формировался в условиях, когда су-

¹ Подробнее об этом см.: *Хужокова И.М.* Доктрина добрых нравов и публичного порядка в договорном праве: сравнительное исследование. М., 2011.

² См. об этом: *Степанов С.А.* Цивилистика классическая и постклассическая // Развитие основных идей гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. Сб. статей. М., 2011. С. 75–95.

³ См., например: *Луниц Л.А.* *Марышева Н.И.* Международный гражданский процесс // Курс международного частного права: В 3 т. Т. 3. М., 2002. С. 766–768 ; *Богуславский М.М.* Указ. соч. С. 567–575.

дебные споры, вытекающие из трансграничных отношений с участием советских граждан, организаций и государства, рассматривались главным образом в зарубежных судах. Отечественная практика была крайне незначительна. Полномасштабной можно считать только отечественную и зарубежную практику международного коммерческого арбитража.

Отсутствие подобных дел в судах общей юрисдикции объясняется главным образом причинами политического и идеологического характера того времени. Что касается споров коммерческого характера, то монополия внешней торговли в сочетании с государственным арбитражем как квазисудебным органом, существовавшим в те годы, оставляли в качестве возможной только одну форму защиты прав в сфере внешнеэкономической деятельности – международный коммерческий арбитраж. Обращаясь к тому периоду, можно утверждать, что именно практика международного коммерческого арбитража формировала развитие отечественной доктрины международного частного права и в определенной части – международного гражданского процесса.

Таким образом, даже несмотря на указанные проблемы политического характера, отечественная доктрина международного частного права развивалась на основе практики применения соответствующих норм.

Принятие Конституции РФ открыло новую страницу в истории отечественного правосудия. Провозгласив систему разделения властей, где судебная является самостоятельной ветвью власти, она установила, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом (ч. 1 ст. 118). Согласно ч. 1 ст. 46 каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод, а согласно ч. 1 ст. 47 никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Данные конституционные положения легли в основу принятия процессуального законодательства и наделятия судов компетенцией рассматривать дела с участием любого иностранного элемента. В свою очередь, принятие процессуальных кодексов, основанных на конституционных нормах, послужило становлению судебной практики с участием иностранных граждан и юридических лиц, способствующей дальнейшему развитию как отечественной доктрины международного частного права, так и правовой системы в целом. Показательным здесь является то, что в отечественной

науке международного частного права и международного гражданского процесса последних лет все большее внимание уделяется системным, комплексным академическим исследованиям¹. Несомненно, что благодаря становлению судебной практики и развитию доктрины предпринята серьезная реформа положений третьей части ГК РФ, заслуживающая позитивной оценки. Полагаем, что во многом прогрессивный характер норм новой редакции разд. VI ГК РФ, посвященного международному частному праву, стал результатом принятия в свое время Конституции РФ и последующего 20-летнего опыта ее применения.

¹ См, например: *Светланов А.Г.* Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002; Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Кн. первая / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка.

Институт государства и права
Российской академии наук

**Двадцать лет Конституции Российской Федерации:
юридическая наука и практика**

Редакторы *М.М. Славин, Е.Ф. Варварина*
Корректор *О.В. Мехоношина*

Подписано в печать 6.11.2013 г. Формат 60х90^{1/16}
Бумага офсетная. Печать офсетная. Усл. печ. л. 22,5
Тираж 500 экз. Заказ №

Институт государства и права Российской академии наук

Отпечатано в ОАО «Щербинская типография»
117623, Москва, ул. Типографская, 10