

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2017 Том 21 № 4

doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4

<http://journals.rudn.ru/law>

**Научный журнал
Издается с 1997 г.**

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)
Свидетельство о регистрации ПИ No ФС 77-61212 от 30.03.2015 г.

Учредитель: Федеральное государственное автономное образовательное
учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов»

Главный редактор

О.А. Ястребов, доктор юридических наук, профессор, РУДН, Россия.

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

Заместитель главного редактора

М.В. Немытина, доктор юридических наук, профессор, РУДН, Россия.

E-mail: nemytina_mrvk@pfur.ru

Ответственный секретарь

Е.А. Сорокина, кандидат юридических наук, РУДН, Россия.

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

Члены редакционной коллегии

Абашидзе Аслан Хусейнович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Байдельдинов Даулет Лаикович, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, Республика Казахстан.

Варламова Наталия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, Россия.

Васильева Татьяна Андреевна, доктор юридических наук, доцент, Институт государства и права Российской академии наук, Россия.

Джансараева Рима Еренатовна, доктор юридических наук, профессор, Казахский национальный университет имени аль-Фараби, Республика Казахстан.

РЕДКОЛЛЕГИЯ

Еремян Виталий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Клишас Андрей Александрович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия.

Либенберг Сандра, доктор права, профессор, Стелленбосский университет, Южно-Африканская Республика.

Панагиотопулос Димитриос, доктор права, профессор, Афинский университет, Греция.

Почекаев Роман Юлианович, кандидат юридических наук, доцент, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» в Санкт-Петербурге, Россия.

Пьетробон Алессандра, доктор юридических наук, профессор, Падуанский университет, Италия.

Робинсон Николас А., доктор юридических наук, профессор, Университет Пейс, штат Нью-Йорк, Соединенные Штаты Америки.

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, Санкт-Петербургский государственный университет, Россия.

**Вестник Российского университета дружбы народов.
Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ**

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

4 выпуска в год

Материалы публикуются на русском, английском, французском, немецком, испанском языках.

Включен в перечень рецензируемых научных изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты исследований, представленных на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ), *Google Scholar*, *Ulrich's Periodicals Directory*, *WorldCat*, *Cyberleninka*.

Цель и тематика

Журнал «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» — рецензируемое научное издание, освещающее проблемы юридической науки и всех отраслей права.

Цель журнала — способствовать научному обмену и сотрудничеству между российскими и зарубежными учеными. В журнале публикуются результаты оригинальных научных исследований по широкому кругу вопросов, касающихся современного развития права и государства, а также теории, истории и философии права и государства. Приветствуются статьи, представляющие анализ новейшего законодательства и судебной практики по актуальным проблемам публичного и частного права.

Журнал заинтересован в публикации рецензий на научные монографии, а также обзоров наиболее значимых научных мероприятий.

Основным критерием отбора материалов для публикации является их научный уровень.

Отправка материалов осуществляется через онлайн-систему: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>

Правила оформления статей, архив и дополнительная информация размещены на сайте: <http://journals.rudn.ru/law>

Редактор: К.В. Зенкин

Компьютерная верстка: Л.Ю. Яковлев

Адрес редакции:

115419, Москва, Россия, ул. Орджоникидзе, д. 3

Тел.: (495) 955-07-16;

e-mail: ipk@pfur.ru

Почтовый адрес редакции:

117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Тел.: 8 (495) 433-14-80; e-mail: lawjournalrudn@pfur.ru

Подписано в печать 27.11.2017. Выход в свет 12.12.2017. Формат 70×100/16.

Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура «Times New Roman».

Усл. печ. л. 18,0. Тираж 500 экз. Заказ № 1597. Цена свободная.

Федеральное государственное автономное образовательное учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов» (РУДН) 117198, г. Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, д. 6

Отпечатано в типографии ИПК РУДН

115419, Москва, Россия, ул. Орджоникидзе, д. 3, тел. (495) 952-04-41; ipk.@pfur.ru

© Российский университет дружбы народов, 2017

RUDN University



RUDN JOURNAL OF LAW

2017 VOLUME 21 NUMBER 4

doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4

<http://journals.rudn.ru/law>

Founded in 1997

Founder: PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA

EDITOR-IN-CHIEF

Oleg A. Yastrebov, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Marina V. Nemytina, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

E-mail: nemytina_mrvk@pfur.ru

EXECUTIVE SECRETARY

Elena A. Sorokina, Candidate of Legal Sciences, RUDN University, Russia.

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

EDITORIAL BOARD

Aslan Kh. Abashidze, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Daulet L. Baideldinov, Doctor of Legal Sciences, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Republic of Kazakhstan.

Natalia V. Varlamova, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Russia.

Tatiana A. Vasilyeva, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Institute of State and Law Russian Academy of Sciences, Russia.

Rima Y. Dzhansarayeva, Doctor of Legal Science, Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Republic of Kazakhstan.

Vitaly V. Yeremyan, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Andrey A. Klishas, Doctor of Legal Sciences, Professor, RUDN University, Russia.

Sandra Liebenberg, LL.D. (Witwatersrand), Professor, Stellenbosch University, South Africa.

Dimitrios Panagiotopoulos, Doctor of Law, Professor, University of Athens, Greece.

EDITORIAL BOARD

Roman Yu. Pochekaev, Doctor of Legal Sciences, Professor, National Research University Higher School of Economics in Saint Petersburg, Russia.

Alessandra Pietrobon, PhD in Law, Full Professor, University of Padova, Italy.

Nicholas A. Robinson, S.J.D., Professor, Pace University, NY, USA.

Elena V. Timoshina, Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Saint Petersburg State University, Russia.

RUDN JOURNAL OF LAW
Published by the RUDN University, Moscow, Russia

ISSN 2313-2337 (Print) ISSN 2408-9001 (Online)

Published four times a year

Manuscripts are accepted in five languages: Russian, English, German, French, Spanish.

The Journal is recommended by the Russian Ministry of Education and Science for publication of scientific results of doctorate theses.

Indexation: *Russian Science Citation Index, Google Scholar, Ulrich's Periodicals Directory, WorldCat, Cyberleninka.*

Aim & Scope

The *RUDN Journal of Law* is a peer-reviewed journal, that publishes original articles on all aspects of law.

The Journal's aim is to cooperation in legal science among Russian and foreign researchers. Special emphasis is placed on contemporary developments of law and state, but the Journal's range includes theory of law and state, history of law and state, legal philosophy. Legislative commentaries, case commentaries, book reviews and resumés of conferences are also welcome.

All submissions are initially evaluated on the basis of the journal's research quality standards and also content relevance.

Articles should be submitted electronically via the online submission web site:
<http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>

For more information about the *RUDN Journal of Law*, please visit our web site:
<http://journals.rudn.ru/law>

For all queries, including inquiries regarding submitting an article, the editorial process or any other related matter, please contact: lawjournalrudn@pfur.ru

Editor *K.V. Zenkin*
Computer design *L.Yu. Yakovlev*

Address of the Editorial Board:
3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia
Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

Postal Address of the Editorial Board:
6 Miklukho-Maklaya str., 117198, Moscow, Russia
Ph. +7 (495) 433-14-80; e-mail: lawjournalrudn@pfur.ru

Printing run 500 copies. Open price

Federal State Autonomous Educational Institution of Higher Education
"RUDN University" 6 Miklukho-Maklaya str., 117198, Moscow, Russia

Printed at RUDN Publishing House:
3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia,
Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

© Peoples' Friendship University of Russia, 2017

СОДЕРЖАНИЕ

ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

- Тимошина Е.В.** Проблема юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности 464
- Бажанов А.А.** Соразмерность как условие справедливости санкции 486

ИСТОРИКО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

- Почекаев Р.Ю.** Российский протекторат над Бухарой в оценках бухарской элиты конца XIX — начала XX в. 508

ПРОБЛЕМЫ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

- Платонов В.М.** Федерализм как продукт западной правовой культуры..... 528

ЧАСТНОЕ ПРАВО: ДОКТРИНА И ПРАКТИКА

- Шухорт Р.А.** Правовая природа исполнения договорного обязательства в немецкой цивилистической доктрине XIX–XX вв. 541
- Новицкая А.А.** Институт недействительности договора в итальянском праве 565

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

- Муромцев Г.И.** Юбилей кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета: достойная встреча. Рецензия на сборник научных статей «Эволюция российского и зарубежного государства и права. К 80-летию кафедры истории государства и права уральского государственного юридического университета» / под ред. А.С. Смыкалина. Екатеринбург: Уральский государственный юридический университет, 2016 582
- Koneva A.E.** The Review of the 2017 Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI) (27 and 28 April, Leuven, Belgium)..... 588

CONTENTS

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: DOCTRINE AND PRACTICE

- Elena V. Timoshina** The Problem of Justiciability of Human Rights in Situations of their Competition and the Principle of Proportionality 464
- Alexander A. Bazhanov** Proportionality as a Condition of Sanction's Justice 486

HISTORICAL AND LEGAL RESEARCH

- Roman Yu. Pochekaev** Russian Protectorate over Bukhara as it Evaluated by Bukharan Elite of 19th – beginning of 20th Century 508

PROBLEMS OF TERRITORIAL ORGANIZATION OF PUBLIC AUTHORITY

- Vladimir M. Platonov** Federalism as the Product of Western Legal Culture 528

PRIVATE LAW: DOCTRINE AND PRACTICE

- Raisa A. Schuchort** The Legal Nature of Contractual Performance in the German Doctrines of the 19th and 20th Centuries..... 541
- Anna A. Novitskaya** Invalidity of Contract under the Italian Law 565

SCIENTIFIC LIFE

- Gennady I. Muromtsev** The Anniversary of the History of State and Law Department of the Ural State Law University: Decent Meeting. Smykalin, A.S. (ed.) The Evolution of the Russian and Foreign State and Law. To the 80th Anniversary of the History of State and Law Department of the Ural State Law University (1936–2016). Ekaterinburg, Ural State Law University, 2016..... 582
- Aleksandra E. Koneva** The Review of the 2017 Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI) (27 and 28 April, Leuven, Belgium)..... 588



doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485

ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СИТУАЦИЯХ ИХ КОНКУРЕНЦИИ И ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ

Е.В. Тимошина

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет
199034, Санкт-Петербург, Россия, Университетская наб., 7–9

При обсуждении проблемы юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции принципиальное значение приобретают два вопроса. Первый из них касается тех факторов, которые способны по крайней мере осложнить юстициабельность ситуаций конкуренции основных прав. Автор приходит к выводу о том, что стоящие за тем или иным пониманием прав человека различные мировоззренческие картины и ценности, актуальное переживание которых способно поляризовать общество (не исключая и судейского сообщества), являются тем фактором, который проблематизирует юстициабельность конкурирующих прав и затрудняет рациональную, претендующую на общезначимость, аргументацию судебного решения. Именно поэтому принципиальное значение приобретает второй — методологический — вопрос, связанный с поиском адекватных инструментов конституционного толкования, которые позволили бы минимизировать издержки вовлечения конституционного правосудия в сферу политического дискурса.

Рассматривая проблему юстициабельности прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований в ее методологическом аспекте, автор делает вывод о том, что в рамках диктуемой принципом пропорциональности логики «взвешивания» конкурирующих прав их юридическая природа трансформируется таким образом, чтобы они представляли собой удобный материал для осуществления «взвешивания». По мнению автора, логика «взвешивания» способна привести к парадоксу: права человека являются таковыми лишь постольку, поскольку подлежат ограничению — вывод, который радикально меняет взгляд на юридическую природу фундаментальных прав. В статье приводятся критические аргументы против позиции нормативного дуализма между нормами-правилами и нормами-принципами, делающей возможным «взвешивание». При этом автор предлагает рассматривать правовые принципы, с точки зрения особенностей текстуального выражения их нормативной природы в конституционных актах как категорические (безусловные) нормы высокой степени абстрактности, имеющие предостаточно-обязывающий характер. Соответствующие правовым принципам права и обязанности являются абсолютными (безусловными) в том смысле, что они связываются не с наличием каких-либо юридических фактов, но исключительно с самим существованием (экзистенцией) человека.

Обсуждая возможные методологические альтернативы принципу пропорциональности, автор приходит к выводу о том, что при разработке такой методологии необходимо отталкиваться от нормативной — не телеологической — природы конституционных принципов (фундаментальных прав).

Ключевые слова: принципы права; права человека; конкуренция прав человека; принцип пропорциональности; юстициабельность; толкование права; конституционная юстиция; юридическая догматика

Благодарности: Статья подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 16-03-50161.

I. ВВЕДЕНИЕ

Ставя проблему юстициабельности фундаментальных прав в ситуации их конкуренции, я отнюдь не имею в виду посылку о том, что права человека представляют собой «неюстициабельную материю» (Schmitt, 2013:55). Постановка данной проблемы означает лишь, что юстициабельность прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований, вероятно, отличается от юстициабельности «ординарных» субъективных прав и их нормативных оснований. При обсуждении этой проблемы принципиальное значение приобретают два вопроса. *Первый* из них касается тех факторов, которые способны, по крайней мере, осложнить юстициабельность ситуации конкуренции фундаментальных прав. *Второй* вопрос состоит в том, являются ли указанные выше отличия настолько существенными, чтобы согласиться с выводом о нормативном дуализме между нормами-правилами и нормами-принципами — выводом, который имеет решающее значение для методологии судебного толкования конституционных принципов.

II. ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ЦЕННОСТНЫЙ АСПЕКТ

Ответ на первый вопрос предполагает осмысление тех факторов, которые обуславливают конфликтность прав человека. Очевидно, что в числе таких факторов будут и ценностный плюрализм, факт существования которого означает, что «конфликты между различными мировоззренческими картинами будут выдвигать на первый план... сильные противоречия вокруг базовых ценностей и фундаментальных прав», и неопределенность их языкового выражения, ведь «права закрепляются с помощью чрезвычайно широкого и неопределенного языка, который дает очень мало указаний, как правильно выражать их требования в специфических обстоятельствах» (Zussa, 2015:188, 178).

Однако важнейший в ряду таких факторов — современное понимание прав человека как находящихся «за гранью добра и зла»: они все больше начинают рассматриваться как свободные от этической оценки и не подлежащие моральным ограничениям, хотя Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и национальные конституции все еще убеждают нас в возможности и легитимности таких ограничений. Сам факт пополнения каталога прав легализованными формами поведения, которые на протяжении тысячелетней истории права считались отклоняющимися и запрещались как подрывающие основы общественного существования, есть очевидное следствие освобождения

прав человека от моральной оценки. Это приводит к тому, что «ярлык прав позволяет оправдать почти любое требование того, кто научился пользоваться их языком в свою пользу» (Zussa, 2015:178).

Право человека на жизнь и право на оказание помощи в уходе из жизни, право женщины на аборт и право инвалида детства на денежную компенсацию от государства за то, что он не был убит в утробе матери, право человека говорить на родном языке и право гражданина сжигать национальный флаг, право на участие в совместной молитве и право публично изображать Христа с презервативом в руках — все эти и другие права человека равным образом могут быть рассмотрены как расширяющие горизонт его возможностей и являются, как кажется, равнодостоинными актами его самореализации, отправлениями его свободы. В этом каталоге, однако, нет, например, права на подвиг как возможного вида права на достойную смерть, из этого каталога рискует быть изъятой и религиозная свобода, ибо в ней, как утверждают К. Эйсгрубер и Л. Сэджер (2010), нет ничего, что призывало бы к ее особому уважению или любому упоминанию о ней в конституционных биллях о правах.

Однако такое впечатление об этически индифферентном восприятии прав человека, конечно же, обманчиво. Неустранимость моральных оценок из общественного сознания и несколько нарочитая демонстрация актов реализации новых и новейших, условно говоря, — постклассических, — прав человека приводит к политизации дискурса о правах человека, неизбежно поляризуя общество, разделяя его на «друзей» и врагов «толерантности», — с точки зрения ее «друзей», недостаточно широко мыслящих носителей религиозных, гендерных, национальных и прочих культурных стереотипов или предрассудков.

Парадоксальным образом концепт толерантности, культивирующий *право чувствовать себя униженным или оскорбленным* (уязвленным) выступает мощным фактором, провоцирующим конфликтность прав человека. Примером реальности переживания такого права является нижеследующее рассуждение К. Эйсгрубера и Л. Сэджера:

«...Молитвенные ритуалы предполагают публичное единение верующих... В результате их социальное значение включает в себя такое *грубое сообщение*: действительные члены этого сообщества... исповедуют христианство определенного направления; остальные пребывают среди нас, но испытывают недостаток в статусе полноправного членства. Публичные ритуалы создают класс посторонних и таким образом *принижают* тех, кто попал в этот класс...» (здесь и далее курсив в цитатах мой — Е.Т.) (Finnis, 2015:145).

К «принципу *принижения*» (*disparagement*) апеллирует в своих рассуждениях и Дж. Раз, когда утверждает, что требовать от иммигрантов разговаривать на нашем языке означает не уважать их, высказывать суждение о том, что их культура менее развита и подлежит устранению (Finnis, 2015:145).

Комментируя «принцип *принижения*», Дж. Финнис приходит к следующему выводу:

«...Этот аргумент о непреднамеренном, но предположительно реальном принижении *теперь выступает могущественной силой в конституционных и политических доводах против* не только нашей религии или религий, но и против института брака, приоритета нашего языка в нашей собственной стране и любого другого аспекта нашей культуры, который не получил всеобщего распространения и которым многие, как принадлежащие к нашему сообществу с рождения, так и нет, недовольны» (Finnis, 2015:145).

Подобные «вменения неуважения, оскорбления, принижения, высказываемые по любому поводу», по мнению Дж. Финниса (2015:145), есть не более чем «беспричинная и необоснованная, чрезвычайно софистская беллетристика», однако право чувствовать себя приниженным оказывается способным провоцировать многочисленные и зачастую непредсказуемые конфликты, потому что в окружающем нас мире можно найти много неожиданных поводов для «уязвления», — например, чей-то родной язык или рождественская елка на городской площади...

Таким образом, как отмечает Д. Степанов (2017:63–64), исследовавший различные блоки конституционной архитектуры на предмет их идеологической нейтральности/ангажированности, «сфера прав человека оказывается в самом центре политической борьбы»:

«Права человека и гражданина — это часть, причем значительная, политического процесса, как на внутринациональном, так и на международном уровне. Это сфера... максимально политизированная... по самым разным осям и срезам. Более того, это сфера, дающая наибольшее число поводов для поляризации не только между социальными группами, но даже в рамках одной, по иным основаниям довольно идеологически однородной группы... Артикулирование проблемы, продвижение либо, напротив, замалчивание, подавление тех или иных прав человека и гражданина — все это происходит в рамках текущего политического процесса... отдельные права могут получать развитие либо ограничиваться, их смысловое наполнение может меняться существенным образом. Таким образом, сфера прав (свобод) человека и гражданина... есть самая... идеологически чувствительная область публичного права, здесь все так или иначе политизировано и подвержено влиянию текущего дискурса» (Stepanov, 2017:63–64).

Политизированность дискурса о правах человека есть вместе с тем проблема их юстициабельности — проблема, поставленная, как известно, еще в рамках полемики К. Шмитта и Г. Кельзена о конституционной юстиции. Для К. Шмитта (2013:55) было очевидно, что требуемое идеалом правового государства разрешение всех политических вопросов в форме юстиции означает экспансию юстиции на «неюстициабельную материю», что приводит, однако, не к юридизации политики, а к политизации юстиции. Его оппонент Г. Кельзен, полагавший, что «между политическим характером законодательства и юстиции имеется лишь количественное, а не качественное различие», не видел препятствий к тому, чтобы политический спор — а таковым, по его мнению, является любой правовой спор, где есть конфликт интересов, — мог быть разрешен *юридически* (Kelsen, 2013:369). Очевидно, однако, что стоящие за тем или иным

пониманием прав человека различные мировоззренческие картины и ценности, актуальное переживание которых способно поляризовать общество (не исключая и судейского сообщества), являются тем фактором, который проблематизирует юстициабельность конкурирующих прав и затрудняет рациональную, претендующую на общезначимость, аргументацию судебного решения.

Именно поэтому принципиальное значение приобретает методология судебного толкования в ситуации конкуренции права, поэтому ответ на *второй* вопрос, поставленный в начале статьи, связан с поиском адекватных инструментов конституционного толкования, которые позволили бы минимизировать издержки вовлечения конституционного правосудия в сферу политического дискурса с присутствием ему различием «друга» и «врага».

III. ПРОБЛЕМА ЮСТИЦИАБЕЛЬНОСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Проблема юстициабельности прав человека в ее методологическом аспекте не в последнюю очередь, конечно же, связана с особенностями формулировок конституционных принципов — прежде всего это высокая степень абстрактности и вследствие этого неопределенность их нормативного содержания. По отношению к конституционным текстам некоторые представители правового реализма в его радикальной версии (например, М. Тропер) вообще занимают *позицию агностицизма*, заявляя о *невозможности* анализировать значение тех высказываний, которые составляют формальную конституцию (откуда также следует невозможность иметь правопорядок, организованный конституцией в формальном смысле слова) (Pfersmann, 2012:107–108). Кроме того, конституционные принципы «в силу абстрактного и лапидарного слога конституции в большинстве своем не в состоянии эксплицитно указывать на конкретные факты, которые подлежат доказыванию» (Chirninov, 2017:93).

Наряду с отсутствием разработанной догматики прав человека все это дает повод для вывода о том, что толкование конституции имеет иную природу, чем толкование других правовых актов (ординарного законодательства) — оно имеет дело с совершенно иными *объектами* по сравнению с теми, с которыми работает «обычный» правоприменитель, и требует принципиально иных *методов*. Таким образом, в доктрине сформировалось представление о том, что выработанные догматической юриспруденцией методы толкования, а фактически сама модель субзумпции, «не срабатывают» в тех случаях, когда юрисдикционный орган сталкивается с необходимостью разрешения спора, в котором стороны апеллируют к равнозначным правам (Gadzhiev, 2013:203–204) — равным образом закрепленным в конституции, которым равным образом предоставляется конституционная защита. Кроме того, в ситуации конкуренции конституционных принципов, которые, как правило, установлены одним актом, т.е. одновременно, являются нормами одного иерархического уровня и зачастую пересекаются по своему объему, по крайней мере, два из известных дерогационных пра-

вил неприменимы (*lex posterior derogat legi priori* и *lex superior derogat legi inferiori*). Соответственно, как и субзумпция, так и применение дерогационных правил, равным образом предполагающие использование известных юридической догматике методов толкования, дискредитируются как рутинные процедуры, непригодные для разрешения «трудных» дел, как принадлежность «формального», «примитивного», «механического» и т.п. правоприменения.

Вместе с тем дисциплинирующее воздействие модели субзумпции заключается в том, что она «представляет собой сквозную *технику связывания судьбы законом*», при этом, как замечает немецкий цивилист Я. Шапп (2006:40), она «не обеспечивает так называемое механическое применение права, а лишь определяет рамки для оценочной деятельности судьи». Признание модели субзумпции инструментом, не адекватным целям конституционной юстиции, также может восприниматься в качестве фактора ее политизации, осложняющего юстициальность прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований. Так, К. Шмитт приходит к выводу о том, что «если судья покидает территорию, где... существует подведение дела под действие общих норм в зависимости от его обстоятельств и тем самым содержательная привязка к закону, то он уже не может быть независимым судьей, и никакая видимость формы юстиции не избавит его от этого следствия» (Schmitt, 2013:51). В конечном счете, полагает он, когда судья освобождается от своей привязки к закону, он оказывается в сфере политической борьбы, ожесточенность которой только усиливается ссылками на право (Schmitt, 2010:259).

Вместе с тем его оппонент Г. Кельзен полагал, что признание судом закона неконституционным представляет собой результат субзумпции — подведения «обстоятельств дела *при производстве нормы*» под норму конституции, регулирующую эти обстоятельства дела, и эти обстоятельства квалифицируются как противоречащие норме. Соответственно, «норма должна быть отменена в ее индивидуальной или универсальной действительности по той причине, что обстоятельства дела при ее производстве противоречат регулирующей эти обстоятельства дела и именно потому более значимой норме» (Kelsen, 2013:373–374). К такому же по сути выводу приходит и современный исследователь А. Чирнинов, утверждая, что предметом доказывания в конституционном судебном процессе являются «*факты, характеризующие правотворческие решения*, служащие их основанием и свидетельствующие об обоснованности и рациональности избранного правового регулирования либо опровергающие данные характеристики» (Chirninov, 2017:99).

Однако в ситуациях конкуренции прав человека в доктрине предписывается использовать принцип пропорциональности (балансирование, взвешивание), который рассматривается в качестве глобальной аналитической схемы конституционного анализа (Belov, 2016:68), инструмента, обеспечивающего «предельное верховенство права» (Beatty, 2012:162). Вместе с тем найденный судом баланс зачастую кажется настолько сомнительным, что, если было бы нужно пол-

ностью изменить его, решение могло бы быть таким же убедительным (Schlag, 2010:137–138).

Принцип пропорциональности позволяет органу конституционного контроля признать одно право нуждающимся в ограничении, а другое — в защите, равно как и принять прямо противоположное решение, что очевидным образом *дискредитирует саму идею прав человека*. Это способно привести к выводу о том, что концепт «взвешивание» функционирует как удобная метафора, скрывающая неограниченную дискрецию судебной власти, в том числе и при определении «веса» того или иного принципа. В конечном счете концепция пропорциональности «никак не ограничивает усмотрение правоприменителя, позволяя осуществлять политический выбор под видом юридического решения» (Vaupan, 2015a:84).

Как известно, теоретическое разграничение между принципами и правилами имеет основополагающее значение для теории Р. Алекси вообще и его методологии судебного «взвешивания» в частности. Следуя Р. Дворкину, Р. Алекси полагает, что существует резкое и очевидное — *качественное* — различие между правовыми принципами и юридическими правилами. Правовые принципы представляют собой так называемые *требования оптимизации*, т. е. требования, чтобы нечто было реализовано в той степени, в какой это позволяют сделать юридические и фактические возможности; следовательно, правовые принципы характеризуются тем, что их реализация всегда происходит в той или иной степени (Alexy, 2011:88–89; 2010b:209). Правовые правила не обладают указанным свойством: в каждом конкретном случае они либо выполняются, либо нет (Alexy, 2010a:47–48).

Соответственно, правовые принципы не являются правилами, которые можно было бы применять путем простой субзмпции. Конфликт правил может быть разрешен путем установления исключения или признания одной из норм недействительной, конфликт принципов — исключительно путем «взвешивания» или балансирования (*balancing*). Это означает, что в случае конфликта правовых принципов необходимо осуществить взвешивание, т. е. определить, какой из принципов имеет больший вес, и действовать в соответствии с правилом: чем выше степень ограничения одного принципа, тем выше важность проведения в жизнь конкурирующего принципа. Если в результате конфликта двух принципов перевешивает первый, это не означает признание второго недействительным, равно как не означает необходимости установления из него исключений — напротив, в другой ситуации взвешивание может привести к обратному результату, так что второй принцип возобладает над первым (Alexy, 2010a:49–50). В то же время оба конфликтующих принципа должны быть реализованы настолько, насколько они могут быть реализованы с учетом фактических и юридических возможностей.

Р. Алекси полагает, что разграничение правил и принципов является столпом в здании теории конституционных прав (Alexy, 2010a:44) — при отсут-

ствии такого разграничения права человека не могут быть подвергнуты «взвешиванию».

Суть догматического проекта Р. Алекси и сторонников его теории заключается в том, чтобы за счет характерных для принципов свойств — прежде всего их относительного характера, обусловленного зависимостью от фактических и юридических возможностей их осуществления, — представить конституционные нормы о правах человека в качестве оптимизирующих предписаний и разрешить возникающие ситуации их конкуренции через оптимизирующее взвешивание (Poscher, 2015:141).

Таким образом, именно возможность «взвешивания» и варьирования — в зависимости от фактических и юридических возможностей — *степени* реализации права, иными словами — возможность его «*оптимизации*», отличает принципы от правил. Соответственно, *differentia specifica* фундаментальных прав становится их взвешиваемость или оптимизируемость, точнее говоря — принципиальная возможность их ограничения. Действительно, взвешивание выступает логическим следствием данного Р. Алекси определения норм-принципов как требований оптимизации: «Природа принципов предполагает принцип пропорциональности *и наоборот*... [Последнее] означает, что принцип пропорциональности... логически вытекает из природы принципов, может выведен из нее посредством дедукции» (Alexy, 2010a:66). В конечном счете логика рассуждений Р. Алекси способна привести к парадоксу: права человека являются такими лишь постольку, поскольку подлежат ограничению — вывод, который радикально меняет взгляд на юридическую природу фундаментальных прав.

IV. НОРМАТИВНЫЙ ДУАЛИЗМ МЕЖДУ ПРАВИЛАМИ И ПРИНЦИПАМИ: КРИТИЧЕСКИЕ АРГУМЕНТЫ

При рассмотрении проблемы юстициальности прав человека и конституционных принципов как их нормативных оснований главный вопрос, таким образом, состоит в том, может ли быть принята данная позиция *нормативного дуализма*, иными словами, действительно ли нормативность правовых принципов настолько отличается от нормативности правил, что при конкуренции принципов требуется существенно иная методология ее разрешения. Полагаю, что с данной позицией нормативного дуализма невозможно согласиться, исходя из того, что правовые принципы (фундаментальные права), с точки зрения особенностей текстуального выражения их нормативной природы в конституционных актах, могут быть рассмотрены как *категорические* (безусловные) *нормы высокой степени абстрактности, имеющие предостаточно-обязывающий характер*.

1. В рамках диктуемой принципом пропорциональности логики «взвешивания» прав человека в ситуации их конкуренции юридическая природа фундаментальных прав трансформируется таким образом, чтобы они представляли

собой удобный материал для осуществления «взвешивания»: их реализация и защита возможны только «в той или иной степени», «в зависимости от фактических и юридических возможностей» (Alexy, 2010b:209), т.е. не безусловно. Из «политических козырей в руках людей» (Dworkin, 2004:11) права человека превращаются в «ординарные» субъективные права, для возникновения которых, как известно, требуется наличие определяемых гипотезой правовой нормы юридических фактов.

Следуя логике Р. Алекси, соответствующие предписания о правах человека необходимо реконструировать как условные, гипотетические нормы: например, «если *наличествуют фактические и юридические возможности*, то *N.* имеет право — *в той или иной степени* — не быть подвергнутым пыткам». Данный пример представляется тем более корректным, что ни одно из основных прав, с точки зрения Р. Алекси, не может быть изъято из-под действия метода «взвешивания». Возможность такой реконструкции допускает сам Р. Алекси, по мнению которого закон коллизионности можно сформулировать следующим образом: «условия, при которых один принцип имеет приоритет перед другим, образуют фактический состав (*Tatbestand*) правила, выражающего наступление правовых последствий, предписанных более значимым (весомым) принципом» (Alexy, 2017:22).

Очевидно также, что признание зависимости реализации прав человека от фактических и юридических возможностей *логически* допускает ситуацию невозможности их реализации со ссылкой на отсутствие таких возможностей: «если *отсутствуют фактические и юридические возможности*, то *N.* не имеет права не быть подвергнутым пыткам, дискриминации и т.д.». Такое логическое преобразование, логически вполне допустимое в рамках рассуждений Р. Алекси, наглядно обнаруживает дискредитацию смысла фундаментальных прав в рамках предлагаемого им дискурса «взвешивания». Такая трансформация фундаментальных прав в условные, гипотетические конструкции едва ли соответствует их этическому смыслу и форме его нормативного выражения в международно-правовых актах и национальных конституциях.

Возможность реконструкции предписаний о правах человека как гипотетических правил, *во-первых*, является одним из аргументов, демонстрирующим отсутствие *качественных* различий между правилами и принципами, на наличии которых настаивает Р. Алекси (2017:22), как и вообще относительность и условность предлагаемого им разграничения, *во-вторых*, делает возможной субзумпцию вследствие наличия в правиле фактического состава (*Tatbestand*), что также способно поставить под сомнение исключительность методологии взвешивания в ситуации конкуренции правовых принципов.

Принципы права могут быть рассмотрены как *категорические* (безусловные) *нормы*, т.е. нормы, не имеющие гипотезы в качестве условия своего действия. Так, значительную часть Конвенции о защите прав человека и основных свобод составляют такого рода категорические предписания: «Никто не должен

подвергаться... пыткам (ст. 3), «Никто не должен содержаться в рабстве...» (ст. 4) и др.

Для развития данного предположения может быть использована концепция нормативной мотивации Л.И. Петражицкого, который полагал возможным интерпретировать принципы права как категорические нормы:

«...Есть много таких норм, которые не только... переживаются нормально в категорической форме, но вместе с тем соответствуют таким общим принципам права, которые уже на теперешней ступени развития человеческой культуры имеют в цивилизованном мире характер абсолютно-общих, чуждых всяких исключений принципов. Такой характер не только категорических норм, но и абсолютно-общих принципов цивилизованного права имеют, например, нормы, не допускающие пыток, так называемой квалифицированной смертной казни... порабощения людей и торговли ими и проч. *Какие бы "интересы" или "цели" ни имелись в виду, такие и т.п. посягательства на личность и права другого культурным правом отвергаются*» (Petražyski, 2000:270–271).

Соответственно, Л.И. Петражицкий считал «недоразумением» доказательство условного характера нормы, запрещающей убийство, со ссылкой на допущение смертной казни, убийства на войне и т.д.

«Фактически в психике нормально воспитанных людей, не занимающихся ремеслом палачей или т.п., — возражал он, — норма об убийстве имеет категорический характер. Что же касается допущения со стороны позитивного права смертной казни, убийства на войне и т.п. (пока таковое допущение существует), то дело идет не о гипотетическом характере нормы, запрещающей убийство, а о *существовании особых исключений из соответствующего общего принципа*» (Petražyski, 2000:270).

Кроме того, в логической структуре правовых принципов отсутствует санкция, что позволяет классифицировать их по данному основанию и как *незащищенные* нормы. В этом смысле правовые принципы как категорические — безусловные и незащищенные — нормы являются выражением чистой *нормативной* мотивации, исключаяющей «*потому что*»- и «*для того чтобы*»-мотивы при исполнении предписываемой правовым принципом обязанности: *N.* обязан не «потому что» (основание обязанности — гипотеза) и не «для того чтобы» (последствие неисполнения обязанности — санкция) — эта *абсолютная обязанность* может быть описана только при помощи тавтологического утверждения «*N.* обязан, потому что обязан», как и корреспондирующее ей право, *абсолютный* характер которого передается с помощью такого же тавтологического утверждения «*N.* имеет право, потому что имеет право», являющегося выражением хрестоматийного суждения о том, что естественными правами человек обладает в силу его принадлежности к человеческому роду.

Таким образом, категорические нормы, которые, как уже отмечалось, не имеют гипотезы в качестве условия своего действия, не связывают существование субъективных прав и правовых обязанностей с наличием каких-либо юридических фактов. Такие права и обязанности являются *абсолютными* (без-

условными) в том смысле, что связываются исключительно с самим существованием (экзистенцией) человека, являясь своего рода «мерилом человечности» в человеке.

Мотивацию, обусловленную сознанием долга, Л.И. Петражицкий называл *самодовлеющей, нормативной, специфически-правовой* в том смысле, что «здесь не нужно никаких посторонних, целевых и других познавательных процессов» (Petrażycki, 2000:35), но само сознание своей правовой обязанности есть необходимый и достаточный мотив ее исполнения безотносительно к ее основаниям и возможным неблагоприятным последствиям ее неисполнения, представления которых наряду с представлениями различного рода выгод ученый рассматривает в качестве «косвенной вспомогательной мотивации» и строго отграничивает ее от специфически-правовой (Petrażycki, 2000:543). Соответственно, к двум видам вспомогательной мотивации он относил *телеологическую*, обуславливающую действия «для того чтобы» (например, стремление избежать неблагоприятных последствий неисполнения обязанности), и *основную* (т. е. имеющую основания), побуждающей к действиям «потому что», т. е. вследствие наступления каких-либо обстоятельств.

Нормативная мотивация находит соответствующее выражение в *нормативных суждениях*, специфической особенностью которых является то, что они отвергают или одобряют определенный тип поведения «не как средство для известной цели, а само по себе, например, “ложь постыдна”, “не следует лгать”, “следует говорить правду” и т.п.». Фактически признавая общую природу нормативности правил и принципов, Л.И. Петражицкий (2000:35) подчеркивает, что содержанием нормативных суждений являются «*принципиальные правила поведения, принципы поведения, или нормы*».

Категорические нормы, которым соответствуют абсолютные права и обязанности, воспринимаются многими правоведами как «неудобная» теоретическая конструкция. Заслуживает внимания тот факт, что традиция отрицания категорических норм связывается с именем основоположника юриспруденции интересов Р. фон Иеринга, а в российской теории права — с именами его последователя Н.М. Коркунова, а также Г.Ф. Шершеневича. Л.И. Петражицкий отмечает в связи с этим:

«В новое время распространился взгляд, что все юридические нормы представляют условные веления, имеют гипотетическую природу; существование категорических норм вообще отрицается. С точки зрения модного теперь под влиянием учений Иеринга воззрения на право как на правила целесообразности и средства для охраны интересов, право вообще представляет нечто условное и относительное» (Petrażycki, 2000:269).

Действительно, согласно Р. фон Иерингу, «всякая норма заключает в себе условный императив и может быть, следовательно, разделена на две составные части, на *обуславливающее* (предположения, состав деяния) и *обуславливаемое* (императив, приказ, повеление); поэтому всякую норму можно передать в формуле: если — то. В первой посылке содержится мотив и оправдательные аргу-

менты вывода, заключения; “если” постоянно значит “потому что”, представляется основанием определения, выраженным в гипотетической форме» (Jhering, 1881, I:251–252).

Разделяя этот подход, Н.М. Коркунов полагал, что «*все юридические нормы суть условные правила*». Доказывая это утверждение с помощью тезиса о том, что «разграничение интересов не допускает применения безусловных правил» (Korkunov, 2010:186), Н.М. Коркунов фактически использует тот же способ доказательства, какой впоследствии использовал Р. Алекси для обоснования тезиса о релятивном характере правовых принципов: суждение Н.М. Коркунова о том, что безусловных норм не существует, *потому что* на их основе было бы невозможно разграничение интересов, аналогично суждению Р. Алекси о том, что правовых принципов в качестве правил не существует, *потому что* на основе правил было бы невозможно осуществить оптимизирующее взвешивание фундаментальных прав, или, другими словами, права человека как требования оптимизации существуют постольку, поскольку без них было бы невозможно оптимизирующее взвешивание.

Таким образом, цель — разграничение интересов или взвешивание принципов — определяет природу того, что подвергается соответствующей мыслительной операции. На такой — обратный — порядок доказательства применительно к принципу пропорциональности обращает также внимание А. Троицкая (2015:51): «существует опасность того, что понимание юридической природы прав было изменено таким образом, чтобы соответствовать принципу пропорциональности как основному инструменту разрешения конфликтов ограничения прав, хотя, по-видимому, движение мысли должно быть обратным — подходы к ограничению должны определяться юридической природой прав».

Нижеследующая аргументация российского правоведа обнаруживает сходство с аргументацией Р. Алекси и вместе с тем является доказательством относительности предложенного им разграничения правил и принципов, которые, как уже отмечалось, в логике его рассуждений могут быть реконструированы как гипотетические правила. «*Мера ограничений, устанавливаемых для осуществления каждого интереса, меняется, смотря по тому, в отношении к какому именно другому интересу он ограничивается. Один и тот же интерес при столкновении с иными интересами подвергается большим ограничениям, при столкновении с другими — меньшим. [...] Противоположение тому или другому интересу зависит от соответствующей фактической обстановки осуществления интереса. Поэтому применение юридической нормы становится в зависимость от наличия известных фактов. Безусловных юридических норм нет*» (Korkunov, 2010:186).

Приведенное сопоставление также дает основания для предположения о том, что несмотря на иллюзию аналитичности концепции взвешивания Р. Алекси, индуцируемую видом приводимых им математических «формул веса», основная ее интенция «вписывается» в традицию реалистического подхода

к судебной интерпретации, начало которого обычно связывается с юриспруденцией интересов Р. Иеринга, а развитие — с влиянием прагматизма, рассматривающего право с телеологической, инструментальной точки зрения (Vaуran, 2015b:38). Одной из главных характеристик реалистического подхода является превращение правил из нормативных суждений в *телеологические*, т. е. в суждения, воспринимаемые как средства для достижения тех или иных целей.

Интерпретацию норм как телеологических (не нормативных) суждений в соединении с отрицанием существования категорических норм можно найти у Г.Ф. Шершеневича (1896, IV:279): «Норма, — утверждает он, — представляет собой сообразование деятельности с намеченной целью. [...] Все нормы обуславливаются целью. Поэтому все нормы, вопреки Канту, гипотетичны, категорических норм нет». Таким образом, предположение об исключительно гипотетическом характере нормы и отрицание существования категорических норм в данном случае оказывается необходимым для объяснения телеологического характера правил. Заслуживает внимания тот факт, что Ю. Хабермас (1994:310) адресует концепции Р. Алекси в числе прочих «телеологическое возражение»: ученый полагает, что в результате интерпретации принципов как оптимизирующих предписаний они теряют свою деонтологическую (нормативную) природу, вследствие чего принципы права приобретают исключительно телеологический, утилитарный смысл.

В юридиколо-позитивистской традиции существование категорических норм отрицал также Г. Кельзен. Теоретическое «неудобство» категорических норм в данном случае объясняется тем, что допущение их существования противоречит основополагающему, с точки зрения правоведа, принципу юриспруденции — принципу вменения, языковым выражением которого является суждение «При определенном условии должно наступить определенное последствие». Соответственно «если бы... нормы и в самом деле имели категорический характер, то было бы невозможно нормативно истолковать созданную такими нормами социальную ситуацию в суждении, соединяющем два элемента как условие и последствие; тогда принцип вменения был бы неприменим» (Kudryavtsev & Razumovich, 1987–1988:74–75). Здесь опять-таки можно увидеть все ту же обратную логику — категорических норм не существует, *потому что* это противоречит принципу вменения.

2. Отличие норм-принципов как норм высокой степени абстрактности от норм-правил не является качественным, как на том настаивает Р. Алекси, а представляет собой *вопрос степени*. Иными словами, различие между нормами-принципами и нормами-правилами является не абсолютным (наличие либо отсутствие какого-либо признака), а относительным (различие в степени абстрактности). При этом понятие нормы является родовым по отношению к ним обоим. Как подчеркивает немецкий конституционалист Р. Пошер, за пределами круга сторонников теории Р. Алекси данный вопрос получает практически единогласный ответ: различие между принципами и другими нормами имеет не ка-

качественный, а количественный характер, является лишь вопросом степени. Различие между правовыми принципами и другими правовыми нормами является лишь различием по степени потребности в конкретизации и по степени важности для правопорядка (Poscher, 2015:157). О том же пишет и французский конституционалист О. Пфферсманн: различие между конституционными нормами и нормами законодательства не качественное, а количественное и структурное (в частности, отсутствие гипотез в нормах о правах человека, на что было обращено внимание выше). Абстрактность и неопределенность нормативного содержания в разной степени присутствуют и в формулировках других норм, но в конституционных текстах эти свойства выражаются наиболее полно. Однако, подчеркивает О. Пфферсманн (2012:107), «мы по-прежнему имеем дело с нормами».

Утверждение о том, что принцип, в отличие от правила, не описывает конкретную модель поведения, не может быть принято, так как принцип описывает абстрактную модель поведения, и это не качественное различие, а различие степени. Ни одна модель поведения, какой бы конкретной она ни была, не перестает быть моделью, т. е. некоторой абстракцией.

Таким образом, с одной стороны, ошибочно полагать, что в отличие от принципов правила не нуждаются в конкретизации и всегда, как полагает Р. Алекси, могут быть применены путем простой субзмпции: «Практически для всех норм, — отмечает Р. Пошер (2015:157), — можно вообразить ситуации, когда они будут нуждаться в конкретизации; более того, многие нормы содержат в себе абстрактные понятия, которые не могут быть применены путем простой субзмпции». С другой стороны, любой правовой принцип претендует на определенность. Доказательством этого является то, что относительно любого фактического положения дел можно поставить вопрос о его соответствии правовому принципу, притом не только теоретически, но и практически, например, путем обращения с соответствующим иском.

3. Следовательно, правовые принципы, как и нормы-правила, имеют *предоставительно-обязывающий характер*. Так, нормы о правах человека — это нормы, устанавливающие предписания или запреты (возлагающие на соответствующих адресатов активные либо пассивные обязанности). Если бы нормы о правах человека не устанавливали обязанности, права человека невозможно было бы нарушить. Например, большую часть Конвенции о защите прав человека и основных свобод составляют *expressis verbis* запреты и предписания («Никто не должен подвергаться... пыткам...» (ст. 3); «Никто не должен привлекаться к принудительному... труду» (ст. 4); «Пользование правами и свободами... должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации...» (ст. 14) и др.). К такому же выводу приходит и Дж. Финнис (2012:259–260), по мнению которого мы можем, «не сомневаясь, говорить о правах всякий раз, когда какой-либо основной принцип, или основное требование практической разумности или выведенная из него норма дает *A* и всем остальным членам мно-

жества, к которому принадлежит *A*... преимущество положительного или отрицательного требования, предъявляемого к *B* (обязанности, налагаемой на *B*) (включая *inter alia*, любое требование не препятствовать деятельности *A* или пользованию *A* каким-либо другим видом блага)...».

Нормативность прав человека, рассмотренных как правовые принципы, связывается не с их официально-властной установленностью (октроированностью), а с их правовым содержанием. По мнению Р. Пошера, нормативность правовых принципов не содержит в себе никакой загадки: как и в любой норме, «нормативность выражается за счет нормативного оператора, который направлен на оптимизацию некоего объекта (независимо от того, будет ли такой объект нормативным или фактическим)». В этом смысле «основные права являются нормами»: например, основное право на телесную неприкосновенность является предписанием воздержаться от известных действий и в качестве такового представляет собой норму (Poscher, 2015:148).

4. Следовательно, правовые принципы, как и иные нормы права, также требуют их полного соблюдения, и вопрос об их реализации в той или иной степени не может быть поставлен. Принципы, подчеркивает Р. Пошер (2015:138), «так же как и любое другое предписание... могут быть осуществлены полностью и в строгом смысле; в таком осуществлении и заключается требуемая оптимизация». Это готовы признать даже сторонники теории Р. Алекси. Так, Я. Зикман (1990:65) признает, что «здесь остается проблема того, что оптимизирующие предписания... обнаруживают характерные для правил в узком смысле свойства строгого предписания действия, т.е. требование полной осуществимости».

Могут ли быть подвергнуты сравнительному взвешиванию человеческое достоинство, принцип равенства или принцип добросовестности или они все-таки представляют собой абсолютные запреты умалять достоинство человека, устанавливать необоснованные различия в правовом статусе и действовать недобросовестно? Очевидно, что эти принципы не допускают оптимизации, не могут быть реализованы в большей или в меньшей степени, а требуют их строгого соблюдения — при любых фактических и юридических возможностях, иначе они не были бы правовыми принципами. Даже если допустить гипотетическую возможность взвешивания иных правовых принципов, то во всяком случае следует признать, что определение правовых принципов как подлежащих взвешиванию требований оптимизации не является полным научным определением, охватывающим все возможные правовые принципы.

5. Под правовыми возможностями Р. Алекси понимает зависимость реализации юридических принципов от норм и «других принципов» (Alexy, 2011:89). Вместе с тем реализация любой нормы зависит от других норм, что обусловлено системностью права. То же самое можно сказать и о «фактических возможностях». Норма-правило в этом смысле также должна быть «претворена в жизнь» наиболее полным образом в зависимости от фактических и правовых

возможностей. Как подчеркивает К. Гюнтер, «требование применять норму относительно фактических и нормативных (правовых) возможностей, характерных для конкретной ситуации... можно отнести к каждой норме» (Günther, 1988:272).

Таким образом, правовые принципы являются нормативными за счет связанного с ними предписания воздержаться от нарушений основных прав, но никак не за счет связи с неким иным предписанием (Poscher, 2015:148).

Итак, правовые принципы не обнаруживают качественных различий при их сопоставлении с нормами, следовательно, не усматривается оснований для поиска особых нормативных свойств таких предписаний. Исходя из приведенных выше аргументов позиция нормативного дуализма, предполагающая умножение нормативных сущностей, не может быть поддержана, а предложение Р. Пошера (2015:155) при аргументации в ситуациях конкуренции основных прав «пользоваться привычными юридическими методами» заслуживает того, чтобы, по крайней мере, быть принятым во внимание.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Интерпретация правовых принципов как категорических норм, указывающих на существование абсолютных прав, отнюдь не снимает вопроса о методах разрешения их конфликта, вероятность и острота которого в данном случае только возрастают. Собственно, как отмечает А. Троицкая (2015:51), за пределами принципа пропорциональности существуют только две доктринальные модели, позволяющие выводить определенные возможности, входящие в структуру права, из зоны противостояния с другими ценностями. *Первая модель* предписывается так называемым *методом категоризации* Р. Дворкина (Vaupan, 2015b:38) — она предполагает установление пределов основных прав и позволяет делать утверждения о том, что конкуренции прав не существует, так как интерес индивида не охватывается сферой защиты права. *Вторая модель* связана с, условно говоря, *методом абсолютизации* прав — она основана на придании некоторым правам (например, праву на достоинство) значения абсолютных, т. е. не подлежащих ограничению на основе требований принципа пропорциональности, безотносительно к тому, какие цели противостоят данным правам.

Эти две модели А. Троицкая (2015:51–52) характеризует как «крайности»: аргументация в рамках первой модели ведет к отказу в защите притязания как не охватываемого содержанием права, в рамках второй — к максимальной защите абсолютного права, при этом рискуя поставить под удар те интересы, которые могли бы быть признаны достойными защиты в процессе взвешивания. Основные направления разработки методологии судебной аргументации, которая позволила бы в некоторой степени отойти от схемы «взвешивания» с неизбежной для нее релятивизацией правовых принципов и вернуть основным правам их значение «козырных карт» (Р. Дворкин), связываются ею прежде всего с анализом структуры права, в которой можно было бы выделить 1) притязания,

находящиеся за пределами защиты права; 2) притязания, являющиеся частью защищаемого права и могущие быть ограниченными при условии соблюдения принципа пропорциональности; 3) абсолютные притязания, ограничение которых недопустимо (Troitskaya, 2015:63–64). Думаю, что эта интересная идея может быть в дальнейшем развита на основе того понятийного аппарата, который был разработан Л. И. Петражицким и У. Хофельдом для анализа универсальных юридических корреляций, однако это уже тема другой статьи.

Очевидно, однако, что при разработке такой методологии необходимо отталкиваться от нормативной — не телеологической — природы фундаментальных прав, а не трансформировать их в теоретически и политически удобную конструкцию, обслуживающую принцип пропорциональности. В процессе релятивизации правовые принципы, которые воспринимались в качестве категорических и безусловных правил еще в начале XX в., превращаются в «социальные конструкты, образуемые первичным произволом, ограниченным минимумом функциональной значимости» (Chestnov, 2015:22–23). Когда право становится «воском, который тает и меняет свою форму под жарким дыханием “интересов”» (Петражускі, 1897:381), идея верховенства права начинает казаться слишком архаичной.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alexy, R. (2010a) *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- Alexy, R. (2010b) Formula vesa [The Weight Formula]. Translated from English by Arkhipov, V. V. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of Legal Theory]. (3), 208–228. (in Russian)
Алекси Р. Формула веса / пер. с англ. В.В. Архипова // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 208–228.
- Alexy, R. (2011) *Ponyatie i deistvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu)* [Begriff und Geltung des Rechts]. Translated from German by Laptev, A. N. & Kal'shojer, F. Moscow, Infotropic Media. (in Russian)
Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. М. : Инфотропик Медиа, 2011.
- Alexy, R. (2017) O strukture printsipov prava [Zur Struktur der Rechtsprinzipien]. Translated from German by Kornev, V. N. & Sinyavskaya, M. S. *Rossiiskoe pravosudie* [Russian Justice]. (3), 19–34. (in Russian)
Алекси Р. О структуре принципов права / пер. с нем. В.Н. Корнева // Российское правосудие. 2017. № 3 (131). С. 19–34.
- Beatty, D. M. (2004) *The Ultimate Rule of Law*. Oxford, New York, Oxford University Press. Available from: doi:10.1093/acprof:oso/9780199269808.001.0001.
- Belov, S. A. (2016) Ratsional'nost' sudebnoi balansirovki konstitutsionnykh tsennostei s pomoshch'yu testa na proporsional'nost' [The Rationality of the Judicial Balancing of Constitutional Values using Test of Proportionality]. *Peterburgskii yurist* [St. Petersburg Lawyer]. (1), 63–75. (in Russian)
Белов С.А. Рациональность судебной балансировки конституционных ценностей с помощью теста на пропорциональность // Петербургский юрист. 2016. № 1. С. 63–75.

- Chestnov, I. L. (2015) Printsipy prava v postklassicheskom izmerenii [The Principles of Law in the Post-classical Measurement]. In: Pashentsev, D. A. & Chernyavskii, A. G. (eds.) *The Principles of Law: Proceedings of the Round Table at the Moscow Institute of State Management and Law*. Moscow, Rusains publ. pp. 4–23. (in Russian)
Честнов И. Л. Принципы права в постклассическом измерении // Принципы права: сборник статей по итогам круглого стола в Московском институте государственного управления и права / под ред. Д.А. Пашенцева, А.Г. Чернявского. М. : Издательство «Русайнс», 2015. С. 4–23.
- Chirninov, A. (2017) Embracing the unembraceable: facts at issue in Russian and American constitutional litigation. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (3), 91–112. Available from: doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-91-112. (in Russian)
Чирнинов А. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3 (118). С. 91–112, doi:10.21128/1812-7126-2017-3-91-112.
- Dworkin, R. (2004) *O pravakh vsерьez* [Taking Rights Seriously]. Translated from English by Lakhuti, M. D. & Makeeva L. B. Moscow, ROSSPEN. (in Russian)
Дворкин Р. О правах всерьез / пер. с англ. М.Д. Лахути, Л.Б. Макеевой. М. : РОССПЭН, 2004.
- Eisgruber, C. L. & Sager, L. G. (2010) *Religious Freedom and the Constitution*. Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Finnis, J. (2012) *Estestvennoe pravo i estestvennye prava* [Natural Law and Natural Rights]. Translated from English by Gaidamak, V. P. & Panikhina, A. V. Moscow, IRISEN. (in Russian)
Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. В.П. Гайдамака, А. В. Панихиной. М. : ИРИСЭН ; Мысль, 2012.
- Finnis, J. (2015) *Pochemu religioznaya svoboda yavlyayetsya osobym, vazhnym i ogranichennym pravom* [Why Religious Liberty is a Special, Important and Limited Right]. Translated from English by Uvarova, E. A. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (6), 133–150. (In Russian)
Финнис Дж. Почему религиозная свобода является особым, важным и ограниченным правом / пер. Е. А. Уваровой // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 6 (323). С. 133–150.
- Gadzhiev, G. A. (2013) *Ontologiya prava: (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo kontsepta deystvitel'nosti)* [Ontology of Law: A Critical Study of the Legal Concept of Reality]. Moscow, Norma, INFRA-M. (in Russian)
Гаджиев Г.А. Онтология права: критическое исследование юридического концепта действительности. М. : Норма, 2013.
- Günther K. (1988) *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1988.
- Habermas J. (1994) *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag.
- Jehring von, R. (1881) *Tsel' v prave* [Zweck im Recht]. Vol. 1. Saint Petersburg, Izdanie N.V. Murav'ova. (in Russian)
Иеринг Р., фон. Цель в праве. Т. 1. СПб. : Издание Н. В. Муравьева, 1881.
- Kelsen, H. (2013) *Kto dolzhen byt' garantom Konstitutsii?* [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?]. In: Schmitt, C. Gosudarstvo: Pravo i politika [State: Law and Politics]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, "Territoriya budushchego" publ., pp. 359–410. (in Russian)

- Кельзен Г. Кто должен быть гарантом Конституции? // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. С. 359–410.
- Korkunov, N. M. (2010) *Lektsii po obshchei teorii prava* [Lectures on the General Theory of Law]. Moscow, ROSSPEN. (in Russian)
- Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. М. : РОССПЭН, 2010.
- Kudryavtsev, V. N. & Razumovich, N. N. (eds.) (1987–1988) *Chistoe uchenie o prave Gansa Kel'zena* [H. Kelsen's Pure Theory of Law]. *Collection of translations*. Vol. 1. Moscow, Academy of Sciences of the USSR, INION.
- Чистое учение о праве Ганса Кельзена: к XIII конгрессу Международ. ассоц. правовой и соц. филос., Токио, 1987: сб. пер. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович; пер. С.В. Лезова, Ю. С. Пивоварова. Вып. 1. М. : АН СССР, ИНИОН, 1987–1988.
- Petrażycki, L. I. (1897) *Bona fides v grazhdanskom prave. Prava dobrosovestnogo vladel'tsa na dokhody s toчек zreniya dogmy i politiki grazhdanskogo prava* [Bona Fides in the Civil Law. The Rights of Bona Fide Owner from the Point of View of Dogma and Policy of Civil Law]. Saint Petersburg, Tipografiya M.M. Stasyulevicha. (in Russian)
- Петражицкий Л.И. Bona fides в гражданском праве. Права добросовестного владельца на доходы с точек зрения догмы и политики гражданского права. СПб. : Тип. М.М. Стасюлевича, 1897.
- Petrażycki, L. I. (2000) *Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriei npravstvennosti* [The Theory of Law and State in connection with the Theory of Morality]. Saint Petersburg, Lan'. (in Russian)
- Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб. : Лань, 2000.
- Pfersmann, O. (2012) *Onomasticheskii sofizm: izmenyat', a ne poznavat'* (o tolkovanii konstitutsii) [Le sophisme onomastique. A propos de l'interprétation de la constitution]. Translated from French by Antonov, M. V. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (4), 104–132. (in Russian)
- Пферсманн О. Ономастический софизм: изменять, а не познавать (о толковании конституции) / пер. с фр. М.В. Антонова // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2012. № 4. С. 104–132.
- Poscher, R. (2015) *Teoriya prizraka — bezrezul'tatnyi poisk teoriei printsipov svoego predmeta* [Theorie eines Phantoms — Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand]. Translated from German by Antonov, M. V. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (5), 134–157. (in Russian)
- Пошер Р. Теория призрака — безрезультатный поиск теорией принципов своего предмета // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 5. С. 134–157.
- Schapp, J. (2006) *Sistema germanskogo grazhdanskogo prava* [Einführung in das Bürgerliche Recht]. Translated from German by Korolev, S. V. Moscow, Mezhdunarodnye otnosheniya. (in Russian)
- Шанн Я. Система германского гражданского права / пер. с нем. С.В. Королева. М. : Международные отношения, 2006.
- Schlag, P. (2010) *Estetiki amerikanskogo prava* [The Aesthetics of American Law]. Translated from English by Samokhina, E.G. *Rossiiskii ezhegodnik teorii prava* [Russian Yearbook of Legal Theory]. (3), 112–180. (in Russian)
- Шлаг П. Эстетики американского права / пер. Е. Самохиной // Российский ежегодник теории права. 2010. № 3. С. 112–180.

- Schmitt, C. (2010) *Novye printsipy dlya pravovoi praktiki* [Neue Leitsätze für die Rechtspraxis]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo i politicheskaya forma* [State and political form]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, HSE House publ., pp. 259–262. (in Russian)
Шмитт К. Новые принципы для правовой практики // Шмитт К. Государство и политическая форма / пер. с нем. О.В. Кильдюшова. М. : Изд. дом Гос. ун-та — Высшей школы экономики, 2010. С. 259–262.
- Schmitt, C. (2013) *Garant Konstitutsii* [Der Hüter der Verfassung]. In: Schmitt, C. *Gosudarstvo: Pravo i politika* [State: Law and Politics]. Translated from German by Kil'dyushov, O. V. Moscow, “Territoriya budushchego” publ. pp. 27–220. (in Russian)
Шмитт К. Гарант Конституции // Шмитт К. Государство: Право и политика / пер. с нем. и вступ. ст. О.В. Кильдюшова; сост. В.В. Анашвили, О.В. Кильдюшов. М. : Изд. дом «Территория будущего», 2013. С. 27–220.
- Shershenevich, G. F. (1896) *Opreделение ponyatiya o prave* [Definition of the Concept of Law]. *Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta*. (4), 271–294. (in Russian)
Шершеневич Г.Ф. Определение понятия о праве // Ученые записки Казанского университета. Кн. 4. 1896. С. 271–294.
- Sieckmann J.-R. (1990) *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden, Nomos.
- Stepanov, D. (2017) Ideological neutrality of constitutional design institutions. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (2), 46–70. Available from: doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-46-70. (in Russian)
Степанов Д. Идеологическая нейтральность институтов Известия высших учебных заведений. Правоведение конституционного дизайна // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 3 (118). С. 46–70, doi: 10.21128/1812-7126-2017-3-46-70.
- Troitskaya, A. (2015) Limits of Rights and Absolute Rights: Are They beyond Proportionality? Theoretical Questions and the Russian Constitutional Court's Jurisprudence. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (2), 45–69. (in Russian)
Троицкая А. Пределы прав и абсолютные права: за рамками принципа пропорциональности? Теоретические вопросы и практика Конституционного Суда РФ // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 2 (105). С. 45–69.
- Vaynan, G. (2015a) “To Do a Great Right, Do a Little Wrong”: The Concept of Proportionality in Contemporary International Law. *Mezhdunarodnoe pravosudie* [International Justice]. (2), 66–84. (in Russian)
Вайнан Г. Концепция пропорциональности в современном международном праве: малое зло ради великого блага // Международное правосудие. 2015. № 2 (14). С. 66–84.
- Vaynan, G. (2015b) The Principle of Proportionality and Arguments about Human Right Limitation: From Alexy to Dworkin and Back. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie* [Comparative Constitutional Review]. (3), 37–54. (in Russian)
Вайнан Г. Принцип пропорциональности и аргументация в сфере ограничений прав человека: от Р. Алекси к Р. Дворкину и обратно // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 3 (106). С. 37–54.
- Zucca, L. (2015) *Pravo versus religiya* [Law v. Religion]. Translated from English by Vovk, D. A. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenii. Pravovedenie* [Proceedings of Higher Education Institutions. Pravovedenie]. (6), 173–195. (In Russian)
Цукка Л. Право versus религия // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2015. № 6 (323). С. 173–195.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Тимошина Елена Владимировна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права, Юридический факультет, Санкт-Петербургский государственный университет.

ORCID: 0000-0002-2948-4825

Контактная информация:

e-mail: e.timoshina@spbu.ru

Для цитирования:

Тимошина Е.В. Проблема юстициабельности прав человека в ситуациях их конкуренции и принцип пропорциональности // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 464–485, doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485

THE PROBLEM OF JUSTICIABILITY OF HUMAN RIGHTS IN SITUATIONS OF THEIR COMPETITION AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Elena V. Timoshina

Saint Petersburg State University

Faculty of Law

7/9, Universitetskaya nab., Saint Petersburg, Russia, 199034

When discussing justiciability of human rights in a situation of their competition two questions are of fundamental importance. The *first* concerns those factors which are able, at least, complicate justiciability of the situation of fundamental rights competition. The author comes to the conclusion that various ideological patterns and values, relevant experience of which is able to polarize the society (including the judiciary), standing behind the different understanding of human rights are the factor that problematizes justiciability of competing rights and impedes rational, claiming to be generally significant, reasoning of the judgment. That's why crucial *second* — methodological — question associated with the search for adequate tools of constitutional interpretation that would minimize the costs of involvement of the constitutional justice in the sphere of political discourse assumes importance.

Considering the problem of justiciability of human rights and constitutional principles as their normative basis in its methodological aspect, the author concludes that within the framework dictated by the principle of proportionality of logic “weighing” the competing rights their legal nature transforms so that they were convenient for carrying the “weigh in”. According to the author, the logic of “weighing” could lead to a paradox: human rights are important only insofar as subject to restriction — a conclusion that radically changes the focus on the legal nature of fundamental rights. The article presents critical arguments against the position of normative dualism between norms-rules and norms-principles that makes the “weigh” possible. The author proposes to consider the legal principles, from the standpoint of the textual expressions' peculiarities of their normative nature in the constitutional acts, as a categorical (unconditional) norms of the high degree of abstraction, having entitle-binding nature. Rights and duties relevant to legal principles are absolute (unconditional) in the sense that they are not associated with any of the legal facts, but only with the very existence (existentia) of a person.

Discussing possible methodological alternatives to the principle of proportionality, the author comes to the conclusion that the development of this methodology must be started from the normative — not the teleological — nature of the constitutional principles (fundamental rights).

Key words: legal principles; human rights; competition of human rights; principle of proportionality; justiciability; legal interpretation; constitutional justice; legal dogmatics

Acknowledgements: The research was supported by the Russian Foundation for Basic Research (Project N 16-03-50161).

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Elena V. Timoshina, Doctor of Legal Sciences, Theory and History of Law and State Department, Faculty of Law, Saint Petersburg State University.

ORCID: 0000-0002-2948-4825

Contact information:

e-mail: e.timoshina@spbu.ru

For citation:

Timoshina, E. V. (2017) Problema yustitsiabel'nosti prav cheloveka v situatsiyakh ikh konkurentsii i printsip proporsional'nosti [The Problem of Justiciability of Human Rights in Situations of Their Competition and the Principle of Proportionality]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 464–485. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-464-485.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-486-507

СОРАЗМЕРНОСТЬ КАК УСЛОВИЕ СПРАВЕДЛИВОСТИ САНКЦИИ

А.А. Бажанов

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

Принцип соразмерности является одним из основополагающих правовых принципов, определяющих пределы государственных полномочий. Данный принцип, среди прочего, лежит в основе юридической ответственности и обеспечивает справедливость назначаемого наказания. Своими корнями требование соразмерности наказания совершенному правонарушению уходит в раннюю историю человечества, уже первые институты реагирования на преступления — кровная месть и талион — базировались на идее соразмерности. Универсальность этих институтов в истории человечества свидетельствует и об универсальности принципа соразмерности. Постепенно в процессе развития общественных отношений осуществлялся переход от прямого физического наказания, что предполагалось кровной мезтью и талионом, к материальному возмещению ущерба. Одновременно с этим зарождались и современные подходы к определению соразмерности наказания правонарушению.

Сегодня на принципе соразмерности основывается законодательное регулирование и практическая реализация юридической ответственности во всех демократических странах. Этот принцип активно применяется в практике национальных и международных судов в целях защиты прав человека. Принцип соразмерности требует, чтобы при назначении наказания был найден баланс конкурирующих интересов, при этом учитываться должно не только то, как предусмотренные санкцией меры будут способствовать защите публичных и частных интересов, но и то, какое воздействие они окажут на лицо, нарушившее право. Принцип соразмерности предполагает обязанность законодателя предусматривать в нормативных правовых актах такие санкции, которые обеспечивают соразмерность деяния и наказания, и обязанность судов осуществлять их надлежащее применение. Проведенный анализ законодательства и судебной практики России, США, Канады и Германии позволяет выявить некоторые общепринятые способы законодательного регулирования (квалифицированные составы правонарушений, дифференцированные санкции, возможность назначения наказания ниже низшего предела), обеспечивающие реализацию требования соразмерности, а также процедуры судебной проверки соразмерности законодательно установленных санкций и конкретных правоприменительных решений (тест на пропорциональность).

Ключевые слова: соразмерность; юридическая ответственность; справедливость; санкция; правонарушение; наказание; кровная месть; талион

I. ВВЕДЕНИЕ

Идея соразмерности (пропорциональности)¹ как неотъемлемой составляющей справедливости возникла еще в представлениях древних греков и римлян. Так, Аристотель (1983:149–150) полагал, что справедливое — это пропорциональное, а несправедливое — то, что нарушает пропорциональность². А.Ю. Мигачева (2014:130–131) подчеркивает, что в современном праве значение категории справедливости близко по смыслу к римскому понятию “*aequitas*”, означающему равномерность, соразмерность, равенство, и потому соразмерность можно понимать как равновесие, соответствие между предоставляемым и получаемым в процессе социального взаимодействия.

В настоящее время соразмерность утвердилась в качестве одного из принципов права, который активно применяется в практике как национальных, так и международных судов в целях защиты прав человека. При этом принцип соразмерности как бы пронизывает все «этажи» правовой системы — от отдельных ее норм до правопорядка в целом. В частности, соразмерность содеянному является условием справедливости санкции, предусматривающей неблагоприятные последствия, наступающие при нарушении диспозиции правовой нормы (Alekseev, 1981:270–273; Zolotarev, 2016:45; Krasavchikov, 1973:11; Leist, 1981:18–19, 74; Musatkina, 2015:36; Panova, 2015:207).

По мнению А.В. Краснова (2013:226), ценность права заключается в обеспечении свободы человека, упорядоченности отношений, справедливости, формального равенства, ограничении произвола публичной власти и т.д. Причем указанные правовые ценности, как отмечает ученый, «имеют прямое отношение и к содержанию санкций норм права, так как на них основываются характеристики непосредственных мер воздействия, используемых в рамках санкций, то есть в этом плане общеправовые ценности исполняют роль определенных принципов». Санкция должна предусматривать качественную и количественную определенность принудительных мер с учетом необходимости их соответствия характеру правонарушения, степени его общественной опасности, личности правонарушителя и т.д. на основе принципа справедливости, который ограничивает произвол публичной власти в процессе законотворчества (Klimenko, 2011:127).

Принцип соразмерности как одно из проявлений справедливости права требует, чтобы при установлении санкции был найден баланс конкурирующих интересов, при этом учитываться должно не только то, как предусмотренные санкцией меры будут способствовать защите публичных и частных интересов, но и то, какое воздействие они окажут на лицо, нарушившее право.

¹ В отечественной научной литературе эти термины обычно используются как равнозначные.

² Аристотель. Сочинения: в 4 т. Том 4. Никомахова этика. Книга V. О справедливости / пер. с древнегреческого Н.В. Брагинской. М.: Мысль, 1983.

Требование соразмерности санкции совершенному правонарушению прошло долгий эволюционный путь до своего законодательного оформления в правовых порядках большинства современных государств.

II. ИСТОРИЯ ЗАРОЖДЕНИЯ ТРЕБОВАНИЯ СОРАЗМЕРНОСТИ САНКЦИИ

Один из самых древних способов восстановления справедливости — кровная месть. Кровная месть существовала у всех народов мира. В работе «Дух римского права на различных ступенях его развития» Р. фон Иеринг (1875:102) подчеркивал, что месть представляет собой один из древнейших регуляторов общественных отношений: «Дух древнейшего права есть дух мести, удовлетворения за каждую случившуюся несправедливость... Суровое чувство права видит в каждом оспаривании или задержке права личности оскорбление, преступление и требует соответственно этому не только простого признания или восстановления права, но, кроме того, личного удовлетворения, наказания преступника». При этом уже в обычае кровной мести обнаруживается идея эквивалентности (соразмерности): «Мстители придерживались правила, согласно которому жертвой мести избирается человек из рода обидчиков, который соответствует в ряде существенных отношений достоинствам человека, смерть которого подлежит отмщению. Отношения мести с внешней стороны начинают напоминать обмен жертвами, равноценными, равносильными, равнозначными» (Mal'tsev, 2012:243). Месть должна была подчиняться определенным правилам, так как она не была направлена на уничтожение группы в целом. Правила осуществления кровной мести отличались у разных народов. Так, «у мундангов Чада племя, к которому принадлежал убитый, имеет в своем распоряжении всего два дня для того, чтобы покончить с убийцей или с одним из его братьев; после того как этот срок истек, прибегают к пророчеству, чтобы определить, кто из племени убийцы должен будет искупить преступление, по истечении еще двух дней наступает примирение и, таким образом, с мезтью покончено» (Rouland, 1999:175). В африканском племени гизу «один линидж, потерявший члена общества, должен был убить члена виновного линиджа того же пола, возраста и состояния, что и погибший агнат... Как только мстительное убийство совершено, вопрос считался решенным» (Mal'tsev, 2012:244). У племен ирокезов в случае убийства члена рода весь род убитого обязан был ответить кровной мезтью. Если делались попытки к примирению, предлагая значительные подарки за совершенное убийство, то в случае их принятия дело считалось улаженным, в противном же случае несколько мстителей обязаны были выследить и убить убийцу. После этого обычай считался исполненным (Khachaturov, 1988:173). Несмотря на различные правила реализации обычая кровной мести необходимо отметить, что во всех них заложена идея соразмерности.

Однако, как следует из самой природы кровной мести, она могла осуществляться только в случае убийства и не способствовала развитию социаль-

ных отношений в древнем обществе. Усложнение общественных отношений ведет и к трансформации института ответственности. С развитием труда происходит утверждение отношений обмена и возникает «возможность возмещения равным за равное, что привело к ограничению кровной мести, вызвало появление талиона и композиций в отношениях между племенами» (Sharogoodskii, 1957:21).

Талион был очередной ступенью на пути к современному институту наказания. К талиону относились как к явлению юридическому, о чем свидетельствует римский термин “*jus talionis*”. Талион был, в первую очередь, средством воспитания. Предполагалось, что агрессор должен испытать то же самое, что пережила его жертва, т.е. побывать «на месте» пострадавшего человека. «Согласно талиону виновному следовало выдать ту “порцию” страданий и зла, которую сам он причинил потерпевшему» (Mal'tsev, 2012:245). Главное отличие талиона от кровной мести заключалось в том, что кровная месть была рассчитана на коллективную ответственность, а талион предполагал ответственность индивидуальную.

Свое юридическое оформление принцип талиона находит во многих источниках древнего права. Так, в законах Хаммураби (1750-е гг. до н.э) устанавливалось: «Если человек повредит глаз, кого-либо из людей, то должно повредить его глаз»³. В Законах Ману (II в. до н.э. — II в. н.э) также можно найти нормы, закрепляющие принцип талиона: «Каким членом человек низшей варны повредит (человека трех) высших, именно этот член должен быть отрезан; таков наказ Ману. У того, кто поднимет руку или палку, должна быть отрезана рука, у того, кто в гневе лягнет ногой, должна быть отрезана нога»⁴. По мнению Г.В. Мальцева (2012:252), «появление талиона было вполне закономерной реакцией человека, уже освоившегося с логикой обменных отношений, на хаотическую практику кровной мести, на безмерность кар, двойные стандарты в позициях».

Однако применение талиона было естественным образом ограничено невозможностью проделывать тонкие операции по удалению определенных частей тела. Поэтому появляются правила возмещения причиненного ущерба не только в виде обратного причинения вреда, но и посредством иных действий, которые могли быть приняты потерпевшей стороной как равное возмещение.

С дальнейшим усложнением товарно-денежных отношений лишение жизни, нанесение телесных повреждений, равно как и уничтожение имущества, стали рассматриваться как причинение материального ущерба. Такой переход от простого обмена убийствами или членовредительством выглядит обоснованным как в силу вышеуказанной природы талиона, так и потому, что конфликт

³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. М.: Норма, 2009. С. 44.

⁴ Там же. С. 115.

мог быть погашен различными способами. Выкуп за убийство или членовредительство возник в результате сознательного отказа от мести ввиду сложности ее реализации, прежде всего — сложности физического причинения эквивалентного вреда.

Именно в процессе перехода от прямого физического наказания (кровная месть, талион) к материальному возмещению ущерба зарождались современные подходы к определению соразмерности наказания правонарушению.

III. РЕАЛИЗАЦИЯ ТРЕБОВАНИЯ СОРАЗМЕРНОСТИ САНКЦИИ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

В российском законодательстве отсутствует четкое закрепление требования соразмерности санкции, однако оно выводится из ряда законодательных положений и судебной практики.

Так, в Уголовном кодексе РФ⁵ (далее — УК РФ) принцип справедливости выражен именно через требование соразмерности наказания. Согласно ст. 6 наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного (ч. 1). Никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление (ч. 2).

Из такого понимания принципа справедливости исходит и законодатель при установлении санкций уголовно-правовых норм. И.В. Жидких (2007:250) считает, что данный процесс включает: (1) определение степени общественной опасности деяния и социальной значимости непосредственного объекта посягательства; (2) создание иерархической системы (категоризация) преступлений на основе значимости непосредственного объекта и социальной опасности преступления; (3) построение системы типовых санкций для каждой категории преступлений.

Конституционный Суд РФ выводит принцип соразмерности из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, которая, по его мнению, предполагает, что «установление конкретной санкции, ограничивающей конституционное право, должно отвечать требованиям справедливости, быть соразмерным конституционно закрепленным целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния»⁶.

⁵ Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого статьи 6 и абзаца второго части первой статьи 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 года «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» в связи с запросом Дмитровского районного суда Московской области и жалобами граждан (п. 3 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 1998. № 20. Ст. 2173.

Принцип соразмерности обязывает законодателя разграничивать виды юридической ответственности, в частности, требует отграничивать деяния, запрещенные уголовным законом, и уголовные наказания от административных правонарушений и мер административной ответственности, не допускать смешения оснований и видов уголовной и административной ответственности. Принцип соразмерности препятствует также расширительному толкованию норм, возлагающих юридическую ответственность, с тем чтобы за правонарушения, являющиеся, по существу, административными, не допускалась одновременно возможность и уголовной ответственности⁷.

Вместе с тем законодательством может быть предусмотрена уголовная ответственность за неоднократное совершение деяний, квалифицируемых при первом совершении как административные правонарушения. Такие составы предусмотрены статьями 116.1 «Нанесение побоев лицом, подвергнутым административному наказанию», 158.1 «Мелкое хищение, совершенное лицом, подвергнутым административному наказанию», 212.1 «Неоднократное нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования», 215.4 «Незаконное проникновение на охраняемый объект» УК РФ. В этих случаях при определении вида юридической ответственности и назначении наказания судам необходимо учитывать последствия, которые за собой повлекло или реально могло повлечь совершенное деяние. Так, в Постановлении от 10 февраля 2017 г. № 2-П⁸ Конституционный Суд РФ указал, что если неоднократность административного правонарушения имела формальный характер и не повлекла за собой наступления негативных последствий или реальной угрозы их наступления, то такое нарушение не может рассматриваться как представляющее общественную опасность, а потому уголовная ответственность за него, мотивированная одной лишь неоднократностью совершения деяния, выходит за пределы конституционно допустимого уголовно-правового ограничения прав и свобод человека (п. 5 мотивировочной части).

В целом, по мнению Конституционного Суда РФ, принцип соразмерности предполагает установление публично-правовой ответственности только за виновное деяние и ее дифференциацию в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и

⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М.А. Асламазян» (п. 5.3 мотивировочной части) // *Собрание законодательства РФ*. 2008. № 24. Ст. 2892.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений статьи 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И. Дадина» // *Собрание законодательства РФ*. 2017. № 9. Ст. 1422.

иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию наказания⁹.

При законодательном установлении санкций принцип соразмерности должен применяться во взаимодействии с принципом правовой определенности, который требует четкости и ясности законодательных предписаний. Законодатель должен предусмотреть конкретные способы нахождения соразмерного наказания, чтобы суды могли правильно применить соответствующие нормы. Однако практическое определение соразмерности наказания в отношении конкретного правонарушения осуществляют правоприменительные органы, которые должны обеспечивать его индивидуализацию.

Конституционный Суд РФ в своих решениях указал на несколько способов законодательного закрепления санкций, которые призваны обеспечивать справедливость (соразмерность) их применения.

Одним из таких способов является установление дифференцированных или альтернативных санкций. Данный способ используется во многих отраслях права. Так, в Постановлении от 12 мая 1998 года № 14-П¹⁰ Конституционный Суд РФ указал, что установление в законодательстве недифференцированного размера штрафа за неприменение контрольно-кассовых машин при денежных расчетах с населением и невозможность его снижения не позволяют применять данную санкцию с учетом характера совершенного правонарушения, размера причиненного вреда, степени вины правонарушителя, его имущественного положения и иных существенных обстоятельств, что ведет к нарушению принципов справедливости наказания, его индивидуализации и соразмерности. Чрезмерно большой штраф, по мнению Конституционного Суда РФ, может превратиться из меры административного воздействия в инструмент подавления экономической самостоятельности и инициативы, несоразмерного ограничения свободы предпринимательской деятельности и права частной собственности (п. 4 мотивировочной части).

Другим способом обеспечения соразмерности наказания является допустимость назначения наказания ниже низшего предела, установленного санкцией правовой нормы. В рамках уголовного права такая возможность предусмотрена

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и Законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» (пункт 5 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.

¹⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 мая 1998 г. № 14-П по делу о проверке конституционности отдельных положений абзаца шестого статьи 6 и абзаца второго части первой статьи 7 Закона Российской Федерации от 18 июня 1993 г. «О применении контрольно-кассовых машин при осуществлении денежных расчетов с населением» в связи с запросом Дмитровского районного суда Московской области и жалобами граждан // Собрание законодательства РФ. 1998. № 20. Ст. 2173.

в ч. 1 ст. 64 УК РФ, где прямо указывается, что при наличии исключительных обстоятельств, связанных с целями и мотивами преступления, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления, и других обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности преступления, а равно при активном содействии участника группового преступления раскрытию этого преступления наказание может быть назначено ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части, или суд может назначить более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей, или не применить дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного. При этом, как подчеркнул Конституционный Суд РФ, применение данного положения остается правом, а не обязанностью суда¹¹.

Особыми обстоятельствами, позволяющими назначить наказание ниже низшего предела, в судебной практике признавались: частичное признание вины; раскаяние в содеянном; малозначительность последствий, которые повлекло за собой правонарушение; достаточность более мягкого наказания для перевоспитания осужденного¹²; явка с повинной¹³; активное содействие в раскрытии преступления¹⁴; отсутствие судимости ранее¹⁵ и т.п. Все эти обстоятельства не являются четко определенными, в связи с чем их учет и определение конкретного наказания отнесено на усмотрение суда, однако такое усмотрение должно быть ограничено разумными пределами, поскольку не ограниченное судебское усмотрение ведет к нарушению принципа равенства и произволу, а также не позволяет обеспечить единообразие судебной практики¹⁶.

В рамках административной ответственности возможность назначения наказания ниже нижнего предела законодательством не предусмотрено. Верховный Суд РФ четко указал, что судья не вправе назначить наказание ниже

¹¹ Определение Конституционного Суда РФ от 25 декабря 2008 г. № 941-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Захарова Николая Александровича на нарушение его конституционных прав статьей 64 Уголовного кодекса Российской Федерации» (п. 2 мотивировочной части) // СПС КонсультантПлюс.

¹² Обобщение практики применения судами г. Красноярска и Красноярского края ст. 64 УК РФ за 2001 год // СПС КонсультантПлюс.

¹³ Постановление Президиума Саратовского областного суда от 6 июля 2015 г. по делу № 44-У-63/2015, 4У-429/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Апелляционное определение Московского городского суда от 6 июля 2016 г. по делу № 10-9463/2016 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Постановление Московского городского суда от 6 октября 2015 г. № 4у/4-5037/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 15 июля 1999 г. № 11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона РСФСР «О Государственной налоговой службе РСФСР» и Законов Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и «О федеральных органах налоговой полиции» (п. 4 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 1999. № 30. Ст. 3988.

низшего предела, установленного санкцией соответствующей статьи Кодекса РФ об административных правонарушениях¹⁷ (далее — КоАП РФ¹⁸).

В юридической литературе отмечается, что правильность такого вывода подтверждается не только буквальным прочтением КоАП РФ, но и самим предназначением института снижения наказания ниже низшего предела, применение которого не может быть поставлено на поток (Taribo, 2014:33).

Однако Конституционный Суд РФ, рассматривая вопрос о применении административного штрафа, установленного ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ за непредставление или несвоевременное представление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации, установил, что минимальные размеры штрафов для юридических лиц — от трехсот тысяч рублей, при определенных обстоятельствах могут иметь обременительный характер и из меры воздействия превращаются в инструмент чрезмерного ограничения права. В связи с этим штраф, назначаемый судом, может быть ниже низшего предела, установленного законодателем¹⁹. Данная позиция неоднократно воспроизводилась в постановлениях и определениях Конституционного Суда РФ²⁰.

По мнению Конституционного Суда РФ, отсутствие в административном законодательстве возможности смягчения установленных санкций «не позволяет во всех случаях в полной мере учесть характер совершенного административного правонарушения, имущественное и финансовое положение юридического лица, а также иные имеющие значение для дела существенные обстоятельства»²¹.

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2005 г. № 5 (в ред. Постановления от 19 декабря 2013 г. № 40) «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (п. 21) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 6.

¹⁸ Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (Ч. I). Ст. 1.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 января 2013 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Маслянский хлебоприемный пункт» (п. 4.2, 4.3 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 2013. № 4. Ст. 304.

²⁰ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2013 г. № 4-П по делу о проверке конституционности Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э.В. Савенко (п. 3.1 мотивировочной части) // Собрание законодательства РФ. 2013. № 8. Ст. 868; Определение Конституционного Суда РФ от 24 октября 2013 г. № 1721-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шерстюка Алексея Витальевича на нарушение его конституционных прав положениями части 1 статьи 3.5 и части 1 статьи 20.2.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (п. 2.2 мотивировочной части) // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Конституционно-правовые аспекты совершенствования нормотворческой деятельности (на основе решений Конституционного Суда Российской Федерации 2013–2015 гг.). Одобрено решением Конституционного Суда РФ от 23 июня 2016 г. // СПС КонсультантПлюс.

Аналогичную позицию Конституционный Суд РФ сформулировал и применительно к гражданско-правовой ответственности. В Постановлении от 13 декабря 2016 г. № 28-П²² он отметил, что выработанные в его практике правовые позиции в отношении публично-правовой ответственности применимы и к регулированию гражданско-правовой ответственности в той мере, в какой устанавливаемые законодателем штрафные по своему характеру санкции выполняют и публичную функцию превенции (п. 4.1 мотивировочной части).

Конституционный Суд РФ признал не нарушающими принцип соразмерности и не противоречащими Конституции РФ положения Гражданского кодекса РФ²³ (далее — ГК РФ), предусматривающие в качестве специального способа защиты исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности предоставление правообладателю в случае нарушения прав на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации в результате совершения индивидуальным предпринимателем одного противоправного действия возможности требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты соответствующей компенсации (п. 3.3 мотивировочной части).

Вводя штрафную по своей природе ответственность, позволяющую взыскивать компенсацию в размере, который может и превышать размер фактически причиненных убытков, законодатель учитывал не только объективные трудности оценки причиненных правообладателю убытков, но и необходимость общей превенции таких правонарушений, подчеркнул Конституционный Суд РФ (п. 3.1 мотивировочной части).

Если одним действием нарушены права на несколько результатов интеллектуальной деятельности или средств индивидуализации, то размер компенсации определяется судом за каждое неправомерное использование; при этом если данные права принадлежат одному правообладателю, то общий размер компенсации может быть снижен судом ниже пределов, установленных ГК РФ. Однако общий размер компенсации все равно не должен составлять менее 50% суммы минимальных размеров всех компенсаций за допущенные нарушения.

При реализации данных правил, подчеркнул Конституционный Суд РФ, не исключаются ситуации, когда размер взыскиваемой компенсации может оказаться чрезмерным, не отвечающим требованиям разумности и справедливости. Причем если применение такой санкции к юридическому лицу обычно не приводит к непропорциональному вторжению в имущественные права его участни-

²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2016 г. № 28-П по делу о проверке конституционности подпункта 1 статьи 1301, подпункта 1 статьи 1311 и подпункта 1 пункта 4 статьи 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Арбитражного суда Алтайского края // *Собрание законодательства РФ*. 2016. № 52 (Ч. V). Ст. 7729.

²³ *Собрание законодательства РФ*. 2006. № 52 (Ч. II). Ст. 5496.

ков, то возложение на индивидуального предпринимателя столь серьезных имущественных обязательств может не только поставить под сомнение возможность продолжения им предпринимательской деятельности, но и крайне негативно отразиться на его жизненной ситуации. При некоторых обстоятельствах ответственность, к которой привлекается нарушитель, в сопоставлении с совершенным им деянием может превысить допустимый с точки зрения принципов равенства и справедливости предел и даже привести к нарушению ст. 21 Конституции РФ, гарантирующей уважение достоинства личности и не допускающей наказаний, унижающих человеческое достоинство (п. 4 мотивировочной части).

В связи с этим Конституционный Суд РФ предписал законодателю внести в ГК РФ необходимые изменения, которые бы позволили суду при определении размера компенсации, подлежащей выплате правообладателю в случае нарушения индивидуальным предпринимателем одним действием прав на несколько объектов интеллектуальной собственности, устанавливать общий размер компенсации ниже предусмотренного ГК РФ минимального предела, если размер подлежащей выплате компенсации, исчисленной по установленным правилам, многократно превышает размер причиненных правообладателю убытков (что должно быть доказано ответчиком) и если правонарушение совершено индивидуальным предпринимателем впервые и нарушение прав на объекты интеллектуальной собственности не являлось существенной частью его предпринимательской деятельности и не носило грубый характер (п. 2 и 3 резолютивной части).

В трудовом праве при применении санкций, предусмотренных статьей 192 Трудового кодекса РФ²⁴, работодатель должен исходить из тяжести совершенного проступка и обстоятельств, при которых он был совершен. Из этих положений непосредственно следует необходимость при наложении взыскания руководствоваться принципом соразмерности. Таких подходов придерживается и судебная практика. Например, Верховный Суд РФ в апелляционном определении от 17 января 2014 г. № 46-АПГ13-16 признал несоразмерной санкцию, наложенную на работника, который покинул рабочее место до окончания смены, выполнив необходимый объем работ. Суд отметил, что работодателю необходимо было учесть, что работник покинул рабочее место ранее окончания смены на непродолжительное время и при отсутствии объема работ, переданных ему на исполнение, а также тот факт, что данное обстоятельство не повлекло для работодателя наступление каких-либо негативных последствий²⁵.

²⁴ Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (Ч. I). Ст. 3.

²⁵ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 января 2014 г. № 46-АПГ13-16 // СПС КонсультантПлюс.

IV. РЕАЛИЗАЦИЯ ТРЕБОВАНИЯ СОРАЗМЕРНОСТИ САНКЦИИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

В американской практике требование соразмерности наказания выводится из VIII поправки к Конституции США: «Чрезмерные залоги не должны требоваться, чрезмерные штрафы не должны налагаться, жестокие и необычные наказания не должны назначаться». Соблюдение принципа соразмерности при назначении наказания является и законодательным требованием. Так, в Модельном законе о назначении и исполнении наказаний 1978 г. принцип соразмерности (наказание не должно быть более строгим, чем того заслуживает лицо) назван одним из основных принципов, определяющих индивидуализацию наказания, наряду с принципом равенства (необходимо избегать неравенства в наказаниях) и принципом гуманизма (более предпочтительными являются наказания, не связанные с лишением свободы) (Zhidkikh, 2015:18).

В Своде законов США определен общий перечень критериев назначения наказания (Титул 18), которыми необходимо руководствоваться: характер и обстоятельства совершения преступления; биография и другие данные, характеризующие обвиняемого; необходимость назначения конкретного вида наказания²⁶. При назначении наказания для судов большое значение имеют обстоятельства дела, а именно причиненный вред (как личным, так и общественным интересам), а также степень вины правонарушителя (наличие умысла и мотив) (Sullivan & Frase, 2008:122–124).

Верховный суд США выработал процедуру, которую суды штатов должны использовать для нахождения соразмерного наказания и установления единообразной практики назначения наказаний, при этом данная процедура прошла довольно долгий эволюционный путь (Baker, 2008:485–490; Millen, 1984; Raymond, 2006; Romero, 2008)

Первую попытку толкования VIII поправки к Конституции США можно найти в деле Уильяма Кеммлера²⁷.

Уильям Кеммлер был приговорен к смертной казни на электрическом стуле за убийство топором своей сожительницы Тилли Циглер, совершенное 29 марта 1889 г. Председатель Верховного суда М.У. Фуллер отметил, что наказание в виде смертной казни не является явно жестоким и необычным, однако с целью соблюдения Конституции США должны быть определены конкретные наказания, которые являются недопустимыми в силу VIII поправки, такие как сожжение на костре, распятие и т.д. VIII поправка распространяет свое действие на

²⁶ United States Code. Режим доступа: <http://uscode.house.gov>. Дата обращения: 15.02.2017.

²⁷ In re Kemmler, 136 U.S. 436 (1890). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/136/436/case.html>. Дата обращения: 15.02.2017.

конкретные формы наказания, которые заключаются не просто в лишении жизни, а предусматривают варварские способы исполнения этого наказания.

Далее идея соразмерности наказания совершенному правонарушению получает развитие в деле Уимс против США²⁸, где Верховный суд впервые обратился к проблеме, может ли определенный срок лишения свободы рассматриваться как недопустимый исходя из VIII поправки к Конституции США.

Обвиняемый Уимс — американский чиновник на Филиппинах — был приговорен к 15 годам принудительных работ за преступление, связанное с подделкой официальных документов и использованием их в своих интересах.

Важная позиция в отношении стандартов соразмерности была высказана судьей Дж. Маккенной. Позиция судьи Маккена заключалась в следующем: поскольку формулировка VIII поправки к Конституции США не является четкой и однозначной, то ее толкование не может быть статичным, поправка должна толковаться исходя из меняющихся стандартов в обществе. По мнению судьи Маккены, наказание, наложенное на Уимса, было жестоким и чрезмерным в сопоставлении с совершенным им преступлением.

Данный подход получил развитие в деле Салем против Халем²⁹, где суд пришел к выводу, что VIII поправка не только устанавливает ограничения в отношении допустимых видов наказаний, но и предполагает соотношение назначенного наказания с совершенным преступлением. В решении по данному делу Верховный суд США установил, что в целях оценки соразмерности наказания необходимо: (1) сравнить характер и тяжесть наказания с совершенным правонарушением; (2) сравнить решения по схожим правонарушениям, вынесенные в том же штате; (3) сравнить решения по схожим правонарушениям, вынесенные в других штатах.

Впоследствии этот трехступенчатый тест на соразмерность, предложенный в решении по делу Салем против Халем, был модифицирован в решении по делу Хармелин против Мичигана³⁰. Хармелин был признан виновным в хранении 672 граммов кокаина и приговорен к пожизненному заключению без права досрочного освобождения. Он утверждал, что такое наказание несоразмерно деянию и, следовательно, является жестоким и необычным в смысле VIII поправки к Конституции США. Итогом рассмотрения дела стала модификация трехступенчатого теста на соразмерность, где первый этап приобрел пороговое значение, т.е. если преступление было признано судом тяжким или серьезным, то следующие два критерия (этапа) оценки соразмерности не применялись. Для

²⁸ *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/217/349/case.html>. Дата обращения 15.02.2017.

²⁹ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/463/277/case.html>. Дата обращения: 15.02.2017.

³⁰ *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991). Режим доступа: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/957/case.html>. Дата обращения: 23.05.2017.

правонарушителя, совершившего тяжкое или серьезное преступление, соразмерным признавалось любое наказание, предусмотренное законом за данное преступление, кроме явно жестокого или необычного. Тяжкими или серьезными считаются преступления, сопряженные с насилием, а также ненасильственные преступления, которые представляют серьезную угрозу для других лиц (например, управление автомобилем в нетрезвом состоянии); при этом вопрос об определении тяжести преступления остается в ведении суда³¹.

Таким образом, в США оценка соразмерности санкции осуществляется с помощью трехступенчатого теста, предложенного в решении по делу Салем против Халем и модифицированного с учетом тяжести преступления в решении по делу Хармелин против Мичигана.

В Канаде требование соразмерности наказания выводится из статьи 12 Канадской Хартии прав и свобод: «Каждый имеет право на защиту от жестокого и необычного обращения или наказания». Сам же метод установления соразмерности наказания, так же как в американской практике, включает три этапа, однако критерии, используемые канадскими судами, позволяют точнее решать вопрос о соразмерности. Так, в решении по делу Эдварда Смита³², который, будучи ранее осужден за хранение наркотических средств, был пойман с 7,5 унций кокаина в канадском аэропорту и приговорен к восьми годам лишения свободы, Верховным судом были предложены три критерия соразмерности наказания. При оценке соразмерности суд должен выяснить: (1) являются ли применяемые меры необходимыми для достижения действительной цели наказания; (2) основано ли наказание на других приговорах судов; (3) были ли альтернативы установленному наказанию.

В ст. 718.2 Уголовного кодекса Канады³³ (далее — УК Канады) закреплены принципы, следование которым является необходимым условием соразмерности наказания: (1) учет смягчающих и отягчающих обстоятельств; (2) аналогия наказаний — наказание должно быть аналогично наказанию, применяемому в отношении таких же преступников за совершение подобных преступлений; (3) запрет чрезмерно длительных и жестоких наказаний при назначении комбинированных наказаний; (4) неприменение наказания в виде лишения свободы, если с учетом обстоятельств дела могут быть назначены менее тяжелые наказания.

УК Канады (п. «а» ст. 718.2) также устанавливает открытый перечень обстоятельств, которые могут являться отягчающими ответственность: (а) совер-

³¹ *Smallwood v. Scott*, 73 F. 3d 1343, 1346-47 (5th Cir. 1996). Режим доступа: <https://casetext.com/case/smallwood-v-johnson>. Дата обращения: 23.05.2017. Подробнее см.: Baker, 2008: 487–490.

³² *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 SCR 1045, 1987 CanLII 64. Режим доступа: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/227/index.do>. Дата обращения: 20.02.2017.

³³ Canadian Criminal Code. Режим доступа: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/ю>. Дата обращения: 23.02.2017.

шение преступления по мотивам дискриминации, ненависти или вражды, основанной на признаках расы, национального или этнического происхождения, языка, цвета кожи, религии, пола, возраста, умственных или физических недостатков, сексуальной ориентации или любых других подобных факторах; (б) совершение преступления, сопряженного с применением насилия к супругу или партнеру виновного; (в) совершение преступления с применением насилия в отношении лица, не достигшего 18-летнего возраста; (г) совершение преступления путем злоупотребления своей властью или доверием жертвы; (д) совершение преступления в пользу, под руководством или совместно с преступной организацией; (е) совершение преступления террористического характера.

Обстоятельства, смягчающие ответственность, прямо в УК Канады не предусмотрены; признание тех или иных обстоятельств смягчающими наказание отнесено к компетенции суда (Сулейманова, 2013:1137). Так, например, в решении по делу Джеймисона³⁴, который убил свою жену кухонным ножом, суд признал отягчающими обстоятельствами то, что преступление было связано с супружеским насилием, а также использование в качестве орудия преступления кухонного ножа. В то же время смягчающим обстоятельством суд счел признание Джеймисоном вины и тем самым избавление родственников от тяжести судебного разбирательства.

В Германии принцип соразмерности наказания правонарушению также выводится Федеральным конституционным судом путем толкования положений Основного закона: «Каждый имеет право на жизнь и физическую неприкосновенность. Свобода личности ненарушима. Вмешательство в эти права допустимо только на основании закона» (абз. 2 ст. 2). Федеральный конституционный суд признал, что право на физическую неприкосновенность включает в себя и защиту человека от жестоких и необычных наказаний³⁵.

Федеральный конституционный суд исходит из того, что принцип соразмерности должен быть применим к любому ограничению конституционных прав человека³⁶. Таким образом, все оспариваемые ограничения прав человека проверяются на соблюдение принципа соразмерности, что предполагает выявление их легитимной цели, рациональной связи между используемыми мерами и целью, на достижение которой они направлены, а также надлежащего баланса между установленными ограничениями и получаемой за счет этого пользой (Barak, 2012:179–181). Данный тест на пропорциональность Федеральный кон-

³⁴ R. v. Jamieson, 2012 ONSC 1114 (CanLII). Режим доступа: <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2012/2012onsc1114/2012onsc1114.html>. Дата обращения: 01.05.2017.

³⁵ BVerfGE 45, 187 (1977) — Lebenslange Freiheitsstrafe. Режим доступа: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html>. Дата обращения: 21.05.2017.

³⁶ BVerfGE 16, 194 (1963) — Liquorentnahme. Режим доступа: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv016194.html>. Дата обращения: 21.05.2017.

ституционный суд использует и при проверке соразмерности назначенного наказания³⁷.

С целью соблюдения принципа соразмерности при назначении наказания в ст. 46 Уголовного кодекса ФРГ³⁸ (далее — УК ФРГ) закреплены основные критерии, которые должны учитываться судами при вынесении приговора: (1) мотивы и цели лица, совершившего деяние; (2) образ мыслей, выявившийся при совершении лицом преступного деяния, и проявившаяся при этом воля; (3) степень нарушения установленных обязанностей; (4) способ совершения и последствия деяния; (5) предшествующая жизнь правонарушителя, его личные и материальные обстоятельства, а также его поведение после совершения деяния, особенно его усилия, направленные на возмещение причиненного вреда и достижение соглашения с потерпевшим.

На основании ст. 46а УК ФРГ суд может смягчить наказание, если правонарушителем были предприняты попытки к возмещению причиненного вреда. Однако это положение не применяется, если совершено деяние, за которое установлено наказание в виде лишения свободы на срок более чем один год (Малиновский, 1988:53). При этом, так же как и в УК Канады, в УК ФРГ отсутствует перечень обстоятельств, смягчающих ответственность, однако в ст. 49 Кодекса предусматриваются правила смягчения наказания, с конкретными указаниями на какой срок наказание может быть снижено, если оно связано с ограничением свободы, или заменено на другое наказание (например, лишение свободы на денежный штраф). Кроме того, в ст. 60 УК ФРГ установлено, что суд может отказаться от назначения наказания, предусмотренного законом, и заменить его другим, если предусмотренное наказание явно не достигнет своих целей.

В практике Федерального конституционного суда тест на пропорциональность активно применяется с целью проверки соразмерности назначенного наказания. Одним из классических примеров является дело о марихуане³⁹.

В УК ФРГ за хранение марихуаны была предусмотрена санкция в виде штрафа или лишения свободы на срок до пяти лет. Легитимной целью данного ограничения права на свободу, в частности свободу передвижения, Федеральный конституционный суд признал охрану общественного здоровья. Криминализация хранения марихуаны, по мнению Суда, является необходимой мерой для достижения этой цели, а с учетом вреда, наносимого обществу употреблением марихуаны, — и соразмерной достигаемой общественной пользе. Вместе с

³⁷ BVerfGE 90, 145 (1994) — Cannabis. Режим доступа: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>. Дата обращения: 21.05.2017.

³⁸ Criminal Code of Germany 1998 (Strafgesetzbuch, StGB). Режим доступа: <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=752>. Дата обращения: 02.03.2017.

³⁹ BVerfGE 90, 145 (1994) — Cannabis. Режим доступа: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090145.html>. Дата обращения: 21.05.2017.

тем Федеральный конституционный суд отметил, что в силу отсутствия в статье УК ФРГ четкого указания на количество хранимой марихуаны ее диспозиция не предусматривает исключения для владения небольшим количеством марихуаны, предназначенной для личного употребления.

Суд подчеркнул, что указанная статья охватывает широкий круг деяний, значительно отличающихся по характеру и степени опасности для общества. И в некоторых случаях угроза общественному интересу оказывается столь незначительной, что для подобных деяний уголовная ответственность и санкция в виде лишения свободы на срок до пяти лет является очевидно несоразмерной.

Однако Федеральный конституционный суд не признал соответствующие положения УК ФРГ неконституционными; вместо этого Суд возложил на суды и прокуратуру обязанность прекращать малозначительные дела и не привлекать к уголовной ответственности в случаях, когда количество хранимой марихуаны было невелико и предназначалось для личного употребления, в силу чего деяние не представляло угрозы для других лиц (Sulkhanishvili, 2016:42–46).

Таким образом, в США, Канаде и Германии на законодательном уровне и в практике высших судебных органов установлены конкретные требования и процедуры, которым суды должны следовать при вынесении решения о назначении наказания с целью обеспечения его соразмерности правонарушающему деянию.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сегодня, несмотря на определенную критику на доктринальном уровне (Lacey & Pickard, 2015), принцип соразмерности лежит в основе законодательного регулирования и практической реализации юридической ответственности во всех демократических странах. Соразмерность наказания совершенному правонарушению рассматривается как необходимое условие его справедливости. Из принципа соразмерности следуют обязанность законодателя предусматривать в нормативных правовых актах такие санкции, которые обеспечивают соразмерность деяния и наказания, и обязанность судов осуществлять их надлежащее применение, в случае необходимости обращаясь непосредственно к самому принципу соразмерности.

Вместе с тем и в доктрине, и на практике отсутствует единое представление о содержании принципа соразмерности, вытекающих из него требованиях и критериях справедливости наказания. Однако проведенный анализ законодательства и судебной практики России, США, Канады и Германии позволяет выявить некоторые общепринятые способы законодательного установления санкций (квалифицированные составы правонарушений, дифференцированные санкции, возможность назначения наказания ниже низшего предела), позволяющие судам осуществлять необходимую индивидуализацию наказания в целях реализации требования соразмерности, а также процедуры судебной проверки соразмерности санкций, предусмотренных законодательством, и конкретных

правоприменительных решений. При этом подходы, выработанные в практике высших судебных органов США, Канады и Германии, отличаются большей формализованностью и конкретностью по сравнению с теми, которые используют российские суды.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alekseev, S. S. (1981) *Obshchaya teoriya prava. Kurs v 2 tomakh. Tom 1* [General Theory of Law. Course in 2 Volumes. Volume 1]. Moscow, Yuridicheskaya literature publ. (in Russian)
Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в 2 т. Том 1. М. : Юридическая литература, 1981.
- Baker, R. B. (2008) Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment. *Miami Inter-American Law Review*. 39(3), 483–502.
- Barak, A. (2012) *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Translated from the Hebrew by Kalir, D. Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2012. Available from: doi:10.1017/cbo9781139035293.
- Jhering von, R. (1875) *Dukh rimskogo prava na razlichnykh stupenyakh ego razvitiya. Chast' 1* [Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 3. Bd. 1] Translated from German. Saint Petersburg, Tipografiya V. Bezobrazova i K°. (in Russian)
Иеринг фон Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Часть 1 / пер с немецкого. СПб. : Типография В. Безобразова и К°, 1875.
- Khachaturov, R. L. (1988) *Stanovlenie prava (na materiale Kievskoi Rusi)* [The Formation of Law (on the Material of Kievan Rus)]. Tbilisi, Tbilisskii universitet publ. (in Russian)
Хачатуров Р.Л. Становление права (на материале Киевской Руси). Тбилиси : Издательство Тбилисского университета, 1988.
- Klimenko, T. M. (2011). Spravedlivost' kak printsip prava [Justice as a Principle of Law]. *Vektor nauki Tol'yattinskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Yuridicheskie nauki* [Science Vector of Togliatti State University Series: Law]. (1), 135–137. (in Russian)
Клименко Т.М. Справедливость как принцип права // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2011. № 1. С. 135–137.
- Krasavchikov, O. A. (1973) Otvetstvennost', mery zashchity i sanktsii v sovetskom grazhdanskom prave [Responsibility, Measures of Protection and Sanctions in the Soviet Civil Law]. In: *Problemy grazhdansko-pravovoi otvetstvennosti i zashchity grazhdanskikh prav: Sbornik uchenykh trudov. Vyp. 27* [Problems of Civil Liability and Protection of Civil Rights: Collection of Scientific Works. Issue. 27]. Sverdlovsk, Sverdlovskii gosudarstvennyi institute publ. pp. 5–16. (in Russian)
Красавчиков О.А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав: Сборник ученых трудов. Вып. 27. Свердловск: Издательство Свердловского юридического института, 1973. С. 5–16.
- Krasnov, A. V. (2013) Soderzhanie sanktsii norm prava v svete informatsionno-psikhologicheskogo podkhoda k issledovaniyu pravovykh yavlenii [Content of Legal Norms' Sanctions in Information-psychological Approach to the Research of Legal Phenomena]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava* [Actual Problems of Economics and Law]. (4), 226–232. (in Russian)

- Краснов А.В. Содержание санкций норм права в свете информационно-психологического подхода к исследованию правовых явлений // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 226–232.
- Lacey, N. & Pickard, H. (2015) The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems. *Modern Law Review*. 78(2), 216–240. Available from: doi:10.1111/1468-2230.12114.
- Leist, O. E. (1981) *Sanktsii i otvetstvennost' po sovetskomu pravu* [Sanctions and Responsibility under Soviet Law]. Moscow, Moskovskii universitet publ. (in Russian)
Лейст О.Э. Санкции и ответственность по советскому праву. М.: Издательство Московского университета, 1981.
- Malinovskii, A. A. (1988) *Ugolovnoe pravo zarubezhnykh gosudarstv* [Criminal Law of Foreign States]. Moscow, Novyi yurist. (in Russian)
Малиновский А.А. Уголовное право зарубежных государств. М.: Новый юрист, 1988.
- Mal'tsev, G. V. (2012) *Mest' i vozmezdie v drevnem prave* [Revenge and Retribution in Ancient Law]. Moscow, Norma: INFRA-M. (in Russian)
Мальцев Г.В. Месть и возмездие в древнем праве. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012.
- Migacheva, A. Yu. (2014) Sorazmernost' kak kriterii printsipa spravedlivosti v grazhdanskom prave [Proportionality as a Criterion of the Principle of Justice in the Civil Law]. *Teoriya i praktika obshchestvennogo razvitiya* [Theory and Practice of Social Development]. (14), 130–132. (in Russian)
Мигачева А.Ю. Соразмерность как критерий принципа справедливости в гражданском праве // Теория и практика общественного развития. 2014. № 14. С. 130–132.
- Millen, P. (1984) Interpretation of the Eighth Amendment — Rummel, Solem, and the Venerable Case of Weems v. United States. *Duke Law Journal*. 1984(4), 789–804. Available from: doi:10.2307/1372420.
- Musatkina, A. A. (2015) Ob obshchem ponyatii sanktsii normy prava [On the General Definition of Sanction in a Legal Norm]. *Aktual'nye problemy rossiiskogo prava* [Actual Problems of Russian Law]. (1), 32–38. (in Russian)
Мусаткина А.А. Об общем понятии санкции нормы права // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 1. С. 32–38.
- Panova, A. S. (2015) Znachenie pravovoi kategorii “sanktsiya” [On Meaning of a Legal Category of “Sanction”]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava* [Actual Problems of Economics and Law]. (2), 204–213. (in Russian)
Панова А.С. Значение правовой категории «санкция» // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 2. С. 204–213.
- Raymond, M. (2006) “No Fellow in American Legislation”: Weems v. United States and the Doctrine of Proportionality. *Vermont Law Review*. 30(2), 251–301. Available from: doi:10.2139/ssrn.634261.
- Romero, L. M. (2008) Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: the Importance of Legislative Limits. *Connecticut Law Review*. 41(1), 109–160.
- Rouland, N. (1988) *Yuridicheskaya antropologiya: Uchebnyk dlya vuzov* [Anthropologie juridique]. Translated from French by Danchenko, L. P., Kovler, A. I., Pinyal'ver, T. M., Zologina, O. E. (1999). Moscow, NORMA publ. (in Russian)
Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов / пер. с франц. Л.П. Данченко, А.И. Ковлера, Т.М. Пиньяльвер, О.Э. Золиной. М.: Издательство НОРМА, 1999.
- Sharogoodskii, M. D. (1957) *Nakazanie po ugolovnomu pravu ekspluatatorskogo obshchestva* [Punishment on the Criminal Law of the Exploitative Society]. Moscow, Gosyurizdat. (in Russian)

- Шарогоодский М.Д.* Наказание по уголовному праву эксплуататорского общества. М.: Госюриздат, 1957.
- Suleimanova, S. T. (2013) *Naznachenie nakazaniya v ugovnom prave Kanady* [The Appointment of Punishment in the Criminal Law of Canada]. *Lex Russica*. XCV(10), 1133–1145. (in Russian)
- Сулейманова С.Т.* Назначение наказания в уголовном праве Канады // *Lex Russica*. 2013. Том. XCV. № 10. С. 1133–1145.
- Sulkhanishvili, G. (2016) *Judicial Review, Proportionality and Criminal Punishments: A Comparative Analysis of the United States, Germany and Georgia. L.L.M. Short Thesis*. Budapest, Central European University. Available from: www.etd.ceu.hu/2016/sulkhanishvili_giorg.pdf. [Accessed 1 May 2017].
- Sullivan, E.T. & Frase, R.S. (2008) *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Action*. Oxford, New York, Oxford University Press. Available from: doi:10.1093/acprof:oso/9780195324938.001.0001.
- Taribo, E. V. (2014) *Konstitutsionnaya proverka zakonodatel'stva ob administrativnykh pravonarusheniyakh: aktual'nye problem* [Constitutional Control of Legislation on Administrative Offences: Modern Issues]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya* [Journal of Constitutional Justice]. (5), 32–38. (in Russian)
- Тарибо Е.В.* Конституционная проверка законодательства об административных правонарушениях: актуальные проблемы // *Журнал конституционного правосудия*. 2014. № 5. С. 32–38.
- Zhidkikh, I. V. (2007) *K voprosu o zakonodatel'nom opredelenii printsipa spravedlivosti* [On Legislative Definition of a Principle of Justice]. *Vestnik Adygeiskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 1: Regionovedenie: filosofiya, istoriya, sotsiologiya, yurisprudentsiya, politologiya, kul'turologiya* [The Bulletin of Adyghe State University. Series 1: Regional Studies: Philosophy, History, Sociology, Jurisprudence, Political Science, Culturology]. (1), 248–252. (in Russian)
- Жидких И.В.* К вопросу о законодательном определении принципа справедливости // *Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология*. 2007. № 1. С. 248–252.
- Zhidkikh, I. V. (2015) *Kriterii i printsipy naznacheniya nakazaniya v ugovnom zakonodatel'stve Kanady i SShA* [Criteria and Principles of Punishment Imposition in the Criminal Legislation of Canada and U.S.A.]. *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya* [International Criminal Law and International Justice]. (6), 17–19. (in Russian)
- Жидких И.В.* Критерии и принципы назначения наказания в уголовном законодательстве Канады и США // *Международное уголовное право и международная юстиция*. 2015. № 6. С. 17–19.
- Zolotarev, A.P. (2016) *Ob obshcheteoreticheskom ponimanii yuridicheskoi otvetstvennosti* [About General Understanding of Legal Liability]. *Izvestiya Yugo-Zapadnogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Istoriya i pravo* [Proceedings of South-West State University. Series History and Law]. (2), 40–48. (in Russian)
- Золотарев А.П.* Об общетеоретическом понимании юридической ответственности // *Известия Юго-Западного государственного университета. Серия: История и право*. 2016. № 2. С. 40–48.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Бажанов Александр Александрович, аспирант, кафедра теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов.

ORCID: 0000-0002-9431-5227

Контактная информация:

e-mail: 1042153133@pfur.ru

Для цитирования:

Бажанов А.А. Соразмерность как условие справедливости санкции // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 486–507, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-486-507

**PROPORTIONALITY AS A CONDITION
OF SANCTION`S JUSTICE**

Alexander A. Bazhanov

RUDN University

Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The principle of proportionality is one of the fundamental legal principles defining the limits of state authority. The principle of proportionality, among other things, is the basis of legal responsibility and ensures the justice of the punishment being imposed. The roots of the requirement of proportionality of punishment to the committed offense goes to the early history of mankind, the first institutions for responding to crimes — blood feud and talion — were based on the idea of proportionality. The universality of these institutions in the history of mankind also attests to the universality of the principle of proportionality. Gradually, in the process of developing social relations, a transition was made from direct physical punishment, which was supposed to be blood vengeance and talion, to material compensation for damage. At the same time, modern approaches to determining the proportionality of punishment for an offense arose.

Today, the principle of proportionality underlies the legislative regulation and practical implementation of legal responsibility in all democratic countries. It is actively applied in the practice of national and international courts for the protection of human rights. The principle of proportionality requires that a balance of competing interests be found when establishing the sanction, and not only how the sanctioning measures will help protect public and private interests, but also what impact they will have on the person who violated the law. The principle of proportionality presupposes the duty of the legislator to provide in the normative legal acts such sanctions that ensure the proportionality of the act and punishment, and the duty of the courts to exercise their proper application. The analysis of the legislation and jurisprudence of Russia, the United States, Canada and Germany makes it possible to identify some of the generally accepted methods of legislative regulation of sanctions (qualified offenses, differentiated sanctions, the possibility of imposing punishment below the lowest limit), ensuring the implementation of the requirement of proportionality, as well as judicial verification of proportionality of legislative sanctions and enforcement decisions (proportionality test).

Key words: proportionality; legal responsibility; justice; sanction; offense; punishment; blood feud; talion

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Alexander A. Bazhanov, Postgraduate Student, Theory of Law and State Department, Law Institute, RUDN University.

ORCID: 0000-0002-9431-5227

Contact information:

e-mail: 1042153133@pfur.ru

For citation:

Bazhanov, A. A. (2017) Sorazmernost' kak uslovie spravedlivosti sanktsii [Proportionality as a Condition of Sanction's Justice]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 486–507. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-486-507.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-508-527

РОССИЙСКИЙ ПРОТЕКТОРАТ НАД БУХАРОЙ В ОЦЕНКАХ БУХАРСКОЙ ЭЛИТЫ КОНЦА XIX — НАЧАЛА XX в.¹

Р.Ю. Почекаев

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
Юридический факультет
198099, Санкт-Петербург, Россия, Промышленная ул., 17

В статье анализируются сведения и оценки представителей бухарской правящей и интеллектуальной элиты 1870–1910-х гг. о правовых преобразованиях, произведенных российскими властями в Бухарском эмирате, с 1868 г. попавшем под протекторат Российской империи. Привлечены труды ряда авторов, являющихся как чиновниками бухарских эмиров, одни из которых критиковали политику властей (А. Дониш, А. Сами), другие были полностью лояльны ей (Садр и Зийа, Салимбек), так и оппозиционерами — сторонниками реформ (А. Фитрат, С. Айни).

С использованием историко-правового, формально-юридического, сравнительно правового анализа дается характеристика отношения представителей местной элиты к вмешательству имперских властей в дела Бухары в целом, а также их оценка изменений, произошедших после установления российского протектората в отдельных сферах правоотношений — налоговой, торговой, уголовно-правовой и процессуальной, а также в области здравоохранения.

Социальный статус и политические взгляды представителей бухарской элиты современников, работы которых анализируются, во многом повлияли на их оценку преобразований, произведенных в Бухарском эмирате по инициативе российских властей. Консервативные представители власти весьма критически оценивают эти преобразования и всячески выступают против реформ в Бухаре, реформаторы же (джадиды, младобухарцы) многие нововведения оценивают положительно. Вместе с тем нельзя не отметить довольно противоречивую позицию ряда авторов: приветствуя изменения, которые имперская администрация пыталась провести в Бухаре, они вместе с тем опасались окончательной утраты эмиратом независимости и его дальнейшего развития по «русскому» (т.е. европейскому) пути, без учета национальной и религиозной специфики местного населения, традиций государственности и права Средней Азии. Тем не менее, практически все авторы, несмотря на настороженное отношение к российским правовым преобразованиям, демонстрируют адаптацию к новым политическим и правовым реалиям, осознают, что влияние России на дальнейшее развитие эмирата — свершившийся факт и в ряде случаев даже

¹ Статья представляет собой переработанный и дополненный доклад, представленный на XIX Международном конгрессе по источниковедению и историографии стран Азии и Африки (Санкт-Петербург, 21–23 июня 2017 г.).

приводят сведения о том, как они сами или их знакомые научились даже извлекать пользу из изменения правоотношений в той или иной сфере.

Сведения бухарских современников о правовых преобразованиях в Бухаре под российским протекторатом представляют ценное дополнение к правовым памятникам и свидетельствам российских и западных современников, относящимся к этому периоду, и позволяют раскрыть еще один аспект правовой политики Российской империи в Средней Азии.

Ключевые слова: Российская империя; Бухарский эмират; протекторат; реформы; модернизация; имперское законодательство; традиционное право

I. ВВЕДЕНИЕ

Ценные сведения о политике Российской империи в Бухарском эмирате, находившемся с 1868 по 1917 г. под российским протекторатом, содержатся не только в официальной документации русского и бухарского происхождения (нормативных правовых актах, переписке властей различных уровней), но и в свидетельствах современников — российских сановников и чиновников, иностранных путешественников, а также, безусловно — в записках самих жителей Бухары. Отдельные исследователи обращались к свидетельствам среднеазиатских современников, отражающим реалии колониального периода, однако в большей степени рассматривали их именно как источник о политической истории Средней Азии под властью Российской империи (Sangirova, 2003; Babadzhanov, 2004). В настоящей статье предпринимается попытка проанализировать представления представителей местной элиты о том, как менялись правовые реалии Бухары в период российского протектората, выявить их отношение к реализуемым Россией преобразованиям в эмирате, их оценки проводимых мероприятий.

Объектом анализа являются сочинения шести бухарских авторов, которых объединяет то, что они принадлежали к элите Бухарского эмирата, отличались широким кругозором и хорошим слогом, что делает их труды не только ценными, но и легко читаемыми источниками. Вместе с тем они принадлежали к разным социальным и политическим кругам и, соответственно, по-разному оценивали деятельность российских властей в Бухарском эмирате.

Ахмад Дониш (1827–1897) являлся высокопоставленным сановником бухарских эмиров, но вместе с тем и мыслителем, придерживавшимся просветительских взглядов. В связи с этим он нередко открыто критиковал действия бухарских властей, сравнивая их с политикой Российской империи. Будучи патриотом своей страны, Дониш поначалу воспринял установление протектората над Бухарой как трагедию, однако со временем нашел немало положительного во влиянии России на эмират. Этот подход нашел отражение в произведении «История мангитской династии», представляющем собой часть его незавершенного «Исторического трактата». Это сочинение представляет большую ценность для анализа, поскольку Дониш был свидетелем и участником описываемых им событий, принимал участие и в выработке политических решений эмирата, непосредственно взаимодействовал с высокопоставленными российскими представителями властей — как региональных (туркестанских), так и централь-

ных, поскольку трижды побывал в Санкт-Петербурге в качестве секретаря бухарского посольства.

Мирза Абдал'Азим Сами (ок. 1838 — ок. 1914), подобно Ахмаду Донишу, был бухарским сановником, занимая пост мунши (секретаря) эмира. Соответственно, он также имел возможность лично участвовать в важных политических событиях, в том числе и в сфере русско-бухарских отношений. Однако в начале XX в. он по какой-то причине был удален от двора и, вероятно, именно это повлекло критическую оценку им деятельности бухарских властей в составленной им «Истории мангытских государей». Правда, в отличие от Дониша, Сами не склонен превозносить российскую политику в Бухаре — напротив, на страницах своего произведения он неоднократно выражал надежду на восстановление независимости эмирата.

Мирза Салимбек (1848–1930), потомственный бухарский сановник, последовательно занимал ряд высоких постов — секретаря при эмире Музаффаре, бека Чарджуя при его сыне и преемнике Абдул-Ахаде и, наконец, верховного зякетчи (фактически — министра финансов) при последнем эмире Алим-хане. Его воспоминания под названием «Тарих-и Салими» (т.е. «История Салима») были написаны уже под конец его карьеры, в 1917–1920 гг. и, в отличие от записок Дониша и Сами, отражают крайне консервативные взгляды автора и его безусловную лояльность бухарским правителям — тем большую, что писал он свои мемуары без намерения опубликовать их и тем самым добиться от правителя каких-то дополнительных благ. Он крайне негативно относился к деятельности «неверных» российских властей в Бухарском эмирате и, соответственно, резко осуждал любые попытки преобразований, предпринимавшиеся местными реформаторами под влиянием России. Тем не менее, как мы покажем ниже, он сам сумел приноровиться к новым политико-правовым реалиям и даже извлекать выгоду из отношений с русским чиновничеством.

Мухаммад Шариф Садр-и Зийа (1867–1932) также принадлежал к сановной элите эмирата, некоторое время в 1917 г. занимая даже должность главного кадия (верховного судьи) эмирата. Его взгляды представляют собой нечто среднее между позициями Аздада Дониша и Абдал'Азима Сами с одной стороны и Мирзы Салимбека с другой: демонстрируя лояльность к эмиру, он, вместе с тем, осознавал необходимость преобразований и в начале XX в. оказывал покровительство бухарским реформаторам-джадидам. Его взгляды нашли отражение в его «Рузнома» («Дневнике»), также анализируемом в настоящей статье.

Садриддин Айни (1878–1954), выдающийся таджикский советский просветитель и писатель, в конце XIX — начале XX в. являлся приверженцем движения джадидов, считавших своим вдохновителем Ахмада Дониша² (Becker,

² Рзаев А.К., Ташкулов Д. Туси. Дониш. М. : Юридическая литература, 1990. С. 67.

2004:159; Grassi, 2015). В отличие от вышеперечисленных авторов, он не занимал государственных постов и принадлежал, таким образом, не к сановной, а к интеллектуальной элите Бухарского эмирата. Это нашло отражение в его произведениях — «Воспоминаниях» и «Истории мангытских эмиров», в которых важные политические события он описывает не в качестве очевидца по рассказам других лиц (в том числе и Дониша). Вместе с тем в его записках приводится немало конкретных фактов российского влияния на правовую жизнь Бухарского эмирата, которое он оценивает с точки зрения обычных местных жителей, тем более что многие конкретные примеры правоотношений в новых условиях он приводит из личного опыта или со слов своих близких знакомых. Впрочем, нельзя не принимать во внимание, что анализируемые сочинения Айни были написаны им уже в советский период, так что, вполне возможно, он несколько преувеличил положительный характер российского влияния в Бухаре в дореволюционный период по сравнению с тем, как он мог его оценивать непосредственно на рубеже XIX–XX вв.³

Наконец, последний из авторов анализируемых нами сочинений, Абдур-Рауф Фитрат (1886–1938), как и Айни, относится к интеллектуальной, а не к сановной элите, поскольку происходил из купеческой семьи, а потом предпочел заняться научной и общественной деятельностью. Его публицистическое произведение «Рассказы индийского путешественника (Бухара как она есть)» является своего рода «популярным изложением» программы бухарских реформаторов-джадидов. Фитрат однозначно одобряет многие направления политики российских властей в Бухаре (неслучайно русский перевод его произведения был опубликован в 1913 г. в российском Самарканде), что представляется весьма показательным, учитывая, что автор провел несколько лет в Турции и, соответственно, должен был бы в большей степени выступать сторонником реформ не по российскому, а младо-турецкому пути.

Таким образом, в нашем распоряжении имеются записки представителей различных групп бухарской элиты, анализ и систематизация которых позволяют сформировать целостное и объективное представление о том, как различные социальные слои и политические группы бухарского общества оценивали режим российского протектората в Бухарском эмирате, его последствия для политического и правового развития государства.

³ Исследователи считают, что С. Айни поначалу был представителем «мягкого» течения реформаторов, ограничивавшихся просветительскими целями, и лишь со временем перешел на позиции радикальных джадидов, придерживавшихся антифеодальных и антимоноархических взглядов (Казумова, 1997:51).

II. УКРЕПЛЕНИЕ ВЛИЯНИЯ РОССИЙСКОЙ АДМИНИСТРАЦИИ В БУХАРСКОМ ЭМИРАТЕ: ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ

Наиболее противоречивы, на наш взгляд, сведения анализируемых источников о положении Бухарского эмирата и его правителей по отношению к Российской империи, о процессе укрепления российского контроля над Бухарой.

Так, А. Дониш трижды (в 1857–1858, 1869–1870 и 1873–1874 гг.) побывал в составе бухарских посольств в Санкт-Петербурге и имел возможность убедиться в многих преимуществах России по сравнению с Бухарой, что, собственно, и обусловило его реформаторские воззрения, изложенные в том числе в дневнике его путешествия в Петербург⁴ (Khaydarov, 2012:11). Его политическим идеалом, как ни странно, стала система управления, существовавшая в России, и император, по его мнению, мог бы стать образцом для бухарских монархов, как правитель, установивший и поддерживающий порядок в государстве⁵ (Yuldashev, 1963:56). Но при этом, несмотря на преимущества, А. Дониш весьма далек от мысли, что вхождение в состав России пойдет на пользу Бухаре — напротив, он весьма болезненно реагирует на позорный мир 1868 г., превративший эмират в протекторат Российской империи, необходимость выплаты контрибуции и т.д.

При этом в течение конца 1860-х — 1870-х гг. в Бухаре еще питали надежду на то, что Россия возвратит эмирату отторгнутые от него территории (в частности, города Самарканд и Джизак), уповая на то, что другие великие державы сдерживают агрессивные устремления русских. Весьма показательным в этом плане сообщение А. Дониша о том, что русские имеют намерение вырезать все местное мусульманское население Самарканда, и только Османская империя, Франция и Индия (т.е. Великобритания) не позволяют им сделать это.

Тем не менее, в записках ученого неоднократно проскальзывает опасение, что русские скоро захватят и оставшуюся часть эмирата — что противоречит его же собственному (и вполне обоснованному) мнению о том, что русским выгодно не захватывать страну, поскольку сохранение власти эмира позволило им экономить средства, которые пошли бы на изменение системы управления в Бухаре⁶.

А. Дониш осуждает робкую и нерешительную позицию эмира Музаффара по отношению к России, в частности, проявившуюся даже в том, что правитель не осмеливался самостоятельно решать проблему нехватки воды для столицы,

⁴ Любопытно отметить, что и сам эмир Абдул-Ахад (первый бухарский монарх, вступивший на престол при прямой поддержке Российской империи) в свое время побывал в Петербурге и отразил свои впечатления в личном дневнике (Yastrebova, 2004).

⁵ Рзаев А.К., Ташкулов Д. Указ. соч. С. 114.; Айни С. Воспоминания / пер. с тадж. А. Розенфельд. М.;Л.: Издательство АН СССР, 1960. С. 789.

⁶ Дониш А. История мангитской династии / пер. И.А. Наджафовой. Душанбе: Дониш, 1967. С. 80, 87.

сложившуюся после захвата русскими Самарканда и установления контроля над верховьями р. Зеравшан, питавшей также и Бухару. Русские же, как полагал А. Дониш, готовы были решить эту жизненно важную проблему лишь после того, как полностью присоединят территорию эмирата к своим владениям⁷. Впрочем, по мнению ученого, эмир Музаффар, фактически подчиняясь России, все же формально сохранял самостоятельность своего государства, тогда как его сын Абдул-Ахад после вступления на трон даже формально признал вассальную зависимость от Российской империи⁸. Про нового эмира даже говорили, что он практически не бывает в Бухаре, а живет в Кермине, потому что провинился перед русским царем, и тот запретил ему бывать в собственной столице!⁹

Аналогичных взглядов придерживаются и другие местные авторы. А. Сами и Салимбек однозначно осуждают политику имперской администрации, которая, внешне демонстрируя мир и дружбу Бухаре, тем не менее предоставляет убежище противникам эмира — мятежным региональным правителям Бабабеку и Джура-беку, которые даже получили высокие воинские звания русской армии, а также племяннику эмира Музаффара, которого последний подозревал в намерении захватить трон¹⁰ (Pierce, 1960:27–28).

В глазах бухарских авторов прокладывание на территории Бухарского эмирата железной дороги, проведение телеграфа, строительство мостов и пр. являлось еще одним символом подчинения Бухары России. Поэтому они весьма одобрительно отзываются о попытках эмира Музаффара не допустить введения этих «новшеств» в эмирате, сокрушаются о том, что эмир под давлением туркестанского генерал-губернатора М.Г. Черняева все же дал согласие, а его сын и наследник Абдул-Ахад сам способствовал строительству железной дороги, телеграфа (владельцем которого он и стал) и пр. при пассивной позиции собственных сановников, которые никак не противились русским предложениям¹¹ (Şadr Ziyā', Shukurov & Shakuri et al., 2004:190–191).

Строительство железной дороги и телеграфа стало в глазах бухарских современников одним из первых этапов подчинения Бухары Российской империи¹². В дальнейшем русские использовали еще несколько поводов для усиле-

⁷ Там же. С. 97.

⁸ Впрочем, подобная позиция нового эмира вполне объяснима: именно благодаря поддержке имперских властей Абдул-Ахад вступил на престол без всякой борьбы за власть. См.: Айни С. История мангытских эмиров // Айни С. Собрание сочинений. Т. 6. М.: Наука, 1966. С. 299.

⁹ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 436.

¹⁰ Мирза Абдал'Азим Сами. Та'рих-и салатин-и мангитийа (История мангытских государей) / пер. Л.М. Епифановой. М.: Наука, 1962. С. 113–114; Мирза Салимбек. Тарих-и Салими (Источник по истории Бухарского эмирата) / пер. Н.К. Норкулова. Ташкент: Akademiya, 2009. С. 48–49.

¹¹ Дониш А. Указ. соч. С. 111; Мирза Абдал'Азим Сами. Та'рих-и салатин-и мангитийа (История мангытских государей) / пер. Л.М. Епифановой. М.: Наука, 1962. С. 1118; Мирза Салимбек. Указ. соч. 2009. С. 65–66.

¹² При этом нельзя не отметить, что и железнодорожное сообщение, и телеграф (в отличие от многих

ния своего контроля над эмиратом и его правителем. Первым из них стало назначение русского «консула» (т.е. императорского политического агента) в Бухаре, чего крайне не хотели представители эмирской администрации, опасаясь вмешательства этого представителя имперских властей во внутренние дела эмирата. Российские власти уверяли, что в задачу этого дипломатического чиновника будет входить только защита русских подданных на территории Бухары, однако бухарские сановники не без оснований сомневались в том, что он этим ограничит свою деятельность¹³.

И их сомнения оправдались в 1888 г., когда был убит главный зякетчи Мухаммад-Шариф-диванбеги, считавшийся сторонником российских интересов в Бухаре. Его убийство стало поводом для активного вмешательства имперских властей в процесс расследования, причем в качестве подозреваемого был допрошен даже сам эмир, сумевший, впрочем, доказать свою непричастность к убийству¹⁴. С этого времени в столице эмирата говорили, что отныне господом богом для Бухары стал туркестанский генерал-губернатор, а политический агент — его пророком!¹⁵ А. Сами язвительно писал, у эмира осталось совсем немного полномочий: назначить пять-шесть чиновников да собрать налоги для русской казны¹⁶.

Наконец, завершающим этапом административного подчинения эмирата России, по мнению, современников, стали события религиозного конфликта в Бухаре — суннитско-шиитской резни в январе 1910 г.

Эмир Абдул-Ахад выказал полную неспособность самостоятельно справиться с волнениями (его солдаты и офицеры сами становились в конфликте на сторону своих единомышленников), что и заставило задействовать в их подавлении сначала охрану императорского политического агентства, а затем и перебросить в Бухару дополнительные войска. Русские власти, как и во время убийства Мухаммад-Шарифа-диванбеги, сами провели расследование, возложив вину за резню на руководство шиитской диаспоры, что послужило поводом для отстранения от власти сановников-шиитов и замены их суннитами (Şadr Ziyā', Shukurov & Shakuri et al., 2004:255–256; Tukhtametov, 1977:44).

других преобразований, осуществленных российскими властями в Бухаре) вводились в эмирате на основе соглашений с эмиром, т.е. формально соблюдался суверенитет Бухарского эмирата, и эти действия юридически осуществлялись в формате международного сотрудничества (Logofet, 1909:218–221).

¹³ Мирза Салимбек. Указ. соч. С. 70–71.

¹⁴ Айни С. История мангытских эмиров. Указ. соч. С. 299; Мирза Абдал'Азим Сами. Та'рих-и салатин-и мангитийа (История мангытских государей). Указ. соч. С. 117–118.

¹⁵ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 725.

¹⁶ Мирза Абдал'Азим Сами. Та'рих-и салатин-и мангитийа (История мангытских государей). Указ. соч. С. 120.

В результате этих событий на территории Бухары (формально — столицы независимого государства) было организовано российское полицейское управление, две трети суммы на содержание которого должен был выплачивать эмир (Tukhtametov, 1977:46).

Беспомощность эмира, таким образом, послужила поводом для очередного активного вмешательства России во внутренние дела Бухары и вновь поднять вопрос о возможном упразднении эмирской власти и включения Бухары в состав империи (Carrère D'Encausse, 2009:90; Khalid, 2000:384). Все это в глазах представителей бухарской элиты выглядело как окончательная утрата Бухарой самостоятельности.

Религиозные радикалы стали обвинять даже самого эмира Абдул-Ахада в том, что он симпатизирует шиитам (которых большинство населения Бухары считали агентами российского влияния (Tukhtametov, 1977:33), а его сын и наследник Алим-хан вообще воспитывается в Петербурге в христианском духе. Все это должно было, как утверждали представители антироссийских кругов Бухары, закончиться окончательным присоединением Бухары к России и запретом мусульманского вероисповедания. Помимо эмира доставалось также бухарским государственным деятелям и джадидам, выступавшим за реформы. Так, Салимбек критикует деятельность Мирзы Насруллы кушбеги, который в начале 1910-х гг. выступал за проведение частичных реформ¹⁷ и, по словам автора, «на каждой улице, на базарах Бухары и в вилайатах... устраивал скопища джадидов и продвигал свои дела». Самых же джадидов Салимбек и его единомышленники обвиняли в сближении с русскими и даже в том, что они готовы носить русскую одежду¹⁸.

III. ПРЕОБРАЗОВАНИЯ В УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ И СУДЕБНОЙ СФЕРЕ

Российские власти старались внести изменения в сфере уголовно-правовых и процессуальных отношений в Бухарском эмирате. С. Айни приводит яркие примеры вмешательства российского политического агентства и туркестанских властей в судопроизводство эмирских чиновников. При этом имперские власти настаивали на отказе эмирской администрации от жестоких наказаний за ряд преступлений и до определенной степени преуспели в этом: вскоре после вступления на престол эмир Абдул-Ахад отменил самое варварское наказание — сбрасывание с минарета, а также закрыл зиндан — подземную тюрьму при

¹⁷ Насрулла-бек парвоначи стал первым министром эмира под влиянием российских властей, добившись отставки его предшественника — Астанакула-кушбеги, придерживавшегося крайне консервативных позиций (Khalid, 2000:378).

¹⁸ Мирза Салимбек. Указ. соч. С. 139.

своем дворце, перестал превращать казни в некое подобие общественных празднеств¹⁹ (Becker, 2004:157).

Однако когда они попытались воздействовать на эмира с целью отмены суровых наказаний за религиозные преступления, их действия оказались не столь успешными. Дело в том, что Бухара на протяжении многих веков являлась среднеазиатском центром мусульманской культуры и образования, в т.ч. и в сфере правоуправления, и установление над ней российского протектората не изменило этой ситуации (Khalid, 2000:372).

С приходом к власти династии Мангытов (на рубеже XVIII–XIX вв.) начались конфликты между эмирами и мусульманским духовенством по поводу судебных полномочий: влиятельные улемы настаивали на том, что вмешательство правителей в дела правосудия противоречит шариату, и во время правления Абдул-Ахада существенно усилили свои позиции, взяв в свои руки решение большинства гражданских и уголовных дел (Abdirashidov, 2016:104; Sartori, 2016:196, 220). Вмешательство же России в этих условиях они трактовали как как посягательство на религиозные основы жизни населения эмирата, и с подачи улемов несправедливый суд стали называть «русским судом»²⁰.

Впрочем, изначально поводом для вмешательства русских властей в уголовно-правовую сферу отношений в эмирате формально являлась защита интересов русских подданных: согласно действовавшему законодательству, все гражданско-правовые споры и уголовные дела с участием подданных Российской империи должны были решаться в русском суде (политического агентства и Самаркандской области). Это, как отмечает тот же С. Айни, заставило многих бухарцев принимать российское подданство, тем самым приобретая судебный иммунитет в эмирате. Стражники эмира не имели права задерживать этих ново-явленных русских подданных, а должны были через кушбеги (первого министра эмира) информировать императорского политического агента о правонарушении, и он либо сам выносил решение или приговор, либо же просто «принимал к сведению» такую информацию²¹.

В результате многие авантюристы, перестав быть подданными эмира, даже начали заниматься различной профессиональной деятельностью, не получая обязательного в таких случаях разрешения эмирских властей. С. Айни расска-

¹⁹ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С.827.

²⁰ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 720–724. Это в значительной степени противоречит информации российских чиновников в Бухаре, согласно которой русский суд, напротив, воспринимался местным населением как более справедливый и гуманный, и многие жители даже свои внутренние споры (т.е. не только с русско-подданными и другими иностранцами) пытались решать в русских судебных инстанциях (Почекаев, 2004:199–200). Даже А. Дониш, говоря о взятии русскими Ташкента, упоминает, что русские сразу же установили там справедливый суд, который даже принимал сторону слуг, споривших со своими хозяевами. Дониш А. Указ. соч. С. 57.

²¹ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 681.

зывает, как его знакомый, пользуясь неграмотностью чиновников и стражников и их незнанием, как должны выглядеть русские паспорта, избежал ответственности, предъявив представителям власти некую яркую бумагу с изображением русских геральдических знаков — потом оказалось, что это была упаковка от русского мыла с изображением медалей, полученных им на специализированных выставках!²²

IV. ИЗМЕНЕНИЯ В ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЯХ

В экономической сфере современники весьма сурово критикуют отсталость эмирата по сравнению с Россией, затрагивая такие аспекты как налогообложение, промышленность, торговля, сельское хозяйство.

Одним из существенных доводов в пользу антироссийских настроений, по мнению местных авторов, стало существенное повышение налогов, которые шли в российскую казну. Прежде всего речь идет об огромной контрибуции, для выплаты которой эмир практически грабил своих подданных²³. При этом, как отмечает А. Дониш, русских подобная позиция вполне устраивала: «Между тем русские чиновники хорошо понимали, что контрибуцию они сами не смогут собрать в казну, поскольку открытая тирания и насилие не свойственны их законам и поскольку они сверх установленного порядка на большее не осмеливаются. Они видели, что эмир пьет кровь своего народа, и им это было приятно и они говорили, согласно стиху: “Откуда бы ни совершалось убийство, — все нам на пользу. Когда жители города станут бессильными, то после того, как одержим победу и завладеем им [городом], — сохранить и удержать их в подчинении будет легче”».

Другие сборы осуществлялись эмиром для даров и взяток российским властям. Так, чтобы получить воду от самаркандских властей, эмир Музаффар объявил чрезвычайный сбор в 100 000 таньга, которые были переданы русским чиновникам, в ведении которых находилось водоснабжение Самарканда и Бухары. Его сын Абдул-Ахад, отправляясь в Санкт-Петербург, собрал 45 млн таньга «на подарки и подношения», т.е. для даров императору и взятки сановникам²⁴.

Многие члены движения джадидов происходили из купеческой среды (сам лидер движения А. Фитрат был сыном богатого бухарского торговца), а некоторые и сами занимались предпринимательской деятельностью (Carrère D'Encausse, 2009:88, 95). Неудивительно, что в своей политической программе младобухарцы большое внимание уделяли вопросам развития торговли и про-

²² Там же. С. 682–687.

²³ Там же. С. 182; Дониш А. Указ. соч. С. 69. Иностранные современники, побывавшие в Бухаре, отмечают, что выплаты в пользу России нередко становились просто поводом для повышения налогов и сборов в результате не только политики эмирского правительства, но и злоупотреблений отдельных чиновников (Blagoveshchenskiy, 2006:268–269).

²⁴ Дониш А. Указ. соч. С. 80, 110, 115.

мышленности в Бухаре соответственно, в сочинениях А. Фитрата и С. Айни дается анализ экономического положения эмирата, подчеркиваются преимущества ведения дел русскими купцами и промышленниками. Так, А. Фитрат отмечает, что бухарские купцы стараются не столько получить прибыль, сколько подчеркнуть масштабы своей деятельности, при этом нередко действуя себе же в убыток — например, старясь купить максимум товара и переплачивая за него, чтобы прослыть самым крупным торговцем. В таких условиях, продолжает ученый, купцы конкурируют между собой, не имея возможности обрести крупный капитал для ведения действительно крупных дел — в отличие от русских купцов, которые издавна организуют товарищества и используют объединенные капиталы для выгодных сделок²⁵. Еще А. Дониш предлагал создать в Бухарском эмирате государственный банк, который оказывал бы поддержку местным предпринимателям (Yuldashev, 1963:58), однако его идеи вызвали осуждение со стороны ревностных приверженцев ислама, заявлявших, что дача денег под проценты противоречит шариату²⁶.

Русские эффективно использовали отсутствие промышленных традиций в Бухаре, организуя на территории эмирата собственные заводы и фабрики, тем самым разоряя местных мелких производителей. В какой-то мере этому способствовали эмиры и сановники, сами обращавшиеся к русским властям с предложениями организации в Бухаре промышленных предприятий. Так, вскоре после вступления на трон Абдул-Ахад (по совету А. Дониша) предложил создать в Бухаре завод для изготовления сахара и сладостей из овощей и фруктов, большое количество которых пропадало из-за невозможности продать их²⁷.

Весьма противоречиво складывалась ситуация в сельскохозяйственной сфере. С одной стороны, бухарские власти и население негативно относились к европейским методам обработки земли — по их словам, так «обрабатывают землю в аду черти»²⁸. В результате все попытки русских властей и отдельных специалистов по сельскому хозяйству внедрить передовые технологии неизменно заканчивались провалом.

С другой стороны, эмирские власти не могли отказать российским предпринимателям в аренде земель, которые те орошали и возделывали так, как считали нужным. Впрочем, время от времени отдельные консервативно настроенные региональные правители-беки осмеливались отказать русским, несмотря на их привилегированное положение. Салимбек с гордостью пишет в своих мемуарах, как он сумел заставить русского инженера Ананьева отказаться от претен-

²⁵ Абд-ур-Рауф. Рассказы индийского путешественника (Бухара, как она есть) / пер. с перс. А.Н. Кондрагьева. Самарканд: Типо-литография Тов-ва Б. Газаров и К. Слиянов, 1913. С. 94–97.

²⁶ Кадимисты о ссудном проценте / пер. Н.К. Гарипова // Мусульманский мир. 2017. № 1. С. 71–73. С. 72, 74.

²⁷ Дониш А. Указ. соч. С. 116.

²⁸ Абд-ур-Рауф. Указ. соч. С. 65–66.

зий на участок земли, который тот (по его собственным словам) оросил и возделал за свой счет — пришлось ему ограничиться арендой участка за 400 руб. в год, причем вся сумма шла самому Салимбеку. Когда же четыре других предпринимателя попытались также взять в аренду земли (причем достаточно запущенные и не слишком плодородные), обратившись непосредственно к кушбеги, Салимбек, не имея возможности получить от них доход, добился, чтобы центральные власти отказали им²⁹.

Подобные случаи показывают, что даже явно антироссийски настроенные представители бухарской знати со временем приноравливались к новым реалиям и даже находили возможность извлекать прибыль даже при ведении дел с русскими³⁰. Торговцы же, имея постоянный опыт взаимодействия с российскими партнерами, старались использовать самые разные возможности получения прибыли — порой даже в весьма специфических сферах. С. Айни вспоминает, как один купец мочил хлопок перед взвешиванием, а потом долго просушивал его. На вопрос, зачем он это делает, тот объяснил, что русские страхуют хлопок по весу, поэтому если его взвесить мокрым, а затем, после доставки в пункт назначения — сухим, окажется, что товар потерял в весе, и есть возможность получить страховое возмещение за потерянный вес³¹.

С. Айни и А. Фитрат неоднократно подчеркивают в своих сочинениях, что несовершенство хозяйства и экономических отношений в Бухаре тем более очевидно, что рядом, в соседнем Самарканде такое же население живет гораздо лучше, эффективнее ведет хозяйство и не страдает от разорительных поборов властей³².

V. ПОПЫТКИ ИЗМЕНЕНИЙ В СФЕРЕ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ

Еще одна сфера, в которой русские власти старались проводить преобразования, вызывает полное одобрение прогрессивных бухарских современников — речь идет о медицине, гигиене и санитарии в Бухаре. Еще в 1890-е гг. имперской администрацией предпринимались первые попытки повышения уровня бухарской медицины: создавались больницы с русским персоналом, проводилась профилактика и лечение болезней, борьба с эпидемиями. Однако населе-

²⁹ Мирза Салимбек. Указ. соч. С. 116–120.

³⁰ По сведениям С. Айни, сам эмир Абдул-Ахад имел немалый доход от торговли каракулем в России. См.: Айни С. История мангытских эмиров С. 304.

³¹ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 461–462.

³² Абд-ур-Рауф. Указ. соч. С. 75, 79. Оснований для таких сравнений было предостаточно, поскольку российская администрация сохранила в Туркестане и некоторые институты, действовавшие ранее под властью Бухары — например, местное самоуправление, осуществляемое аксакалами. Бухарские реформаторы, таким образом, видели, что даже традиционные институты функционируют под российской властью эффективнее (Morrison, 2008:114). Впрочем, в своих записках Фитрат зашел так далеко, что даже экономическую политику англичан в Индии оценивал выше, чем деятельность бухарских властей (Khalid, 2004:260).

ние в течение длительного времени не доверяло русским медикам, против которых его также настраивало и духовенство, обвинявшее русских врачей в том, что их деятельность противоречит шариату. Не без доли юмора С. Айни описывает ситуацию в связи с эпидемией холеры в 1893 г.: бухарские власти, опасаясь владений, официально запретили лечить бухарских подданных в русской больнице, и «теперь “задачей” больницы было уничтожение лишь русских подданных», за которыми «охотились» казаки из императорского политического агентства, приходившие в дом к больному и требовавшие предъявить документы — если больной оказывался русско-подданным, его доставляли в больницу³³.

Неоднократно в Бухаре бывали медицинские комиссии по борьбе с эпидемиями и риштой (ленточным червем). Они проводили исследования и давали рекомендации эмирским властям по улучшению санитарной ситуации в столице — следовало осушить болота, вырыть новые каналы, очистить улицы и запретить продажу на них еды³⁴. Однако эмир и его сановники запросили улемов, будут ли эти действия соответствовать шариату, на что, естественно, получили отрицательный ответ³⁵. В результате эмир не только не выполнил рекомендаций, но даже отказался приказать своим чиновникам, чтобы те запретили жителям пить сырую воду (из-за чего у многих и возникла болезнь ришты), хотя это не должно было ничего стоить эмирской казне³⁶.

В 1895 г. инженер Х. Гельман, используя поддержку русского политического агентства, добился согласия правительства эмира на проведение мер по санации городских водоемов Бухары, однако на этот раз проект не был реализован по вине самого эмира, который, узнав, что затраты на него составят 120 тыс. руб., отказался предоставить средства (Becker, 2004:157). Русским медикам удалось добиться только одного — перенести скотобойню из жилой части города на окраину, но и это действие дало повод антироссийским кругам лишний раз обвинить эмира в том, что он подчиняется всем требованиям русских³⁷.

В первом десятилетии XX в. ситуация не изменилась: как сообщает А. Фитрат, бухарские лекари (многие из которых получали знания из старинных книг, унаследованных от предков, также занимавшихся медициной) продолжали обвинять русских врачей в нарушении шариата и призывали бухарцев не лечиться у «кяфиров». При этом сам Фитрат (выступая в собственном сочинении как «индийский путешественник») утверждал, что никаких нарушений шариата в деятельности русского доктора он не видит, в том числе и в строительстве рус-

³³ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 453.

³⁴ Там же. С. 596.

³⁵ Например, в ответ на рекомендацию подметать улицы, бухарцы стали кричать, что русские намерены «выгнать из Бухары все добро и благодать божью». См.: Абд-ур-Рауф. Указ. соч. С. 50.

³⁶ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 869–893.

³⁷ Там же. С. 596–599.

ских больниц³⁸. Противники российской медицины в Бухаре распускали слухи также о неопытности русских врачей, в результате возникали интересные казусы: бухарцы из знатных и богатых семейств в случае болезни не обращались к русским медикам в Бухаре, а предпочитали ехать в русское поселение в Чарджуе или даже в Самарканд и лечиться у тамошних докторов — также русских!³⁹

При этом стоит отметить несколько двойственную позицию бухарских современников-джадидов в отношении русской медицины (равно как и культурной сферы в целом). С одной стороны, они признают необходимость повышения уровня чистоты в городе и проведения медицинских мероприятий — профилактики и лечения болезней, предупреждения эпидемий и пр., но при этом стараются найти некую «золотую середину» между современными европейскими достижениями в этой сфере и соблюдением принципов шариата. Именно поэтому многие представители реформаторского движения склонялись больше к заимствованию не российского опыта преобразований в Туркестане, а результатов реформ в Османской империи (в частности и анализируемый нами А. Фитрат, четыре года обучавшийся в Турции⁴⁰ [Abdirashidov, 2016:103; Akhatova, 1998:4; cf. Voboyorova, 2010:8–9]). Вероятно, именно эта протурецкая ориентация джадидов в течение длительного времени заставляла имперские власти относиться к ним с подозрительностью, несмотря на реформаторский характер их движения, в целом соответствующий и целям модернизации в эмирате, реализуемой российской администрацией⁴¹.

VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итак, несмотря на противоречивое (и, как мы убедились, преимущественно критическое) отношение бухарской элиты к российским преобразованиям в эмирате, в начале XX в. российский протекторат стал осознаваться как свершившийся факт и неотъемлемая часть политической и социально-экономической жизни Бухары. Изменения, проведенные русскими, невозможно было игнорировать, и часть элиты сумела даже приспособиться к новым реалиям.

³⁸ Абд-ур-Рауф. Указ. соч. С. 46–49, 52.

³⁹ Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 452.

⁴⁰ Первое джадидское общество было также образовано в 1909 г. именно в Стамбуле — столице Османской империи (Becker, 2004:162).

⁴¹ В течение долгого времени консервативно настроенные круги самой Российской империи были вполне довольны состоянием дел в Бухаре и осознали необходимость преобразований лишь в начале XX в. В результате имперскую администрацию не устраивали позиции ни консервативных бухарских чиновников, ни радикальных реформаторов-джадидов (Khalid, 2000:386; Morrison, 2008:91). В этот же период реформаторское движение возникло и в Русском Туркестане, однако младотуркестанцы (в отличие от младобухарцев) придерживались менее «туркофильских» позиций (Grassi, 2011:5–6).

Никоим образом не рассматривая Бухару как часть Российской империи, представители местной элиты не могли игнорировать факт ее участия в общеимперской политике и, как следствие, старались анализировать даже внешнюю политику России с точки зрения ее последствий для Бухарского эмирата. Так, А. Сами и Садр-и Зийа в своих записках довольно много внимания уделяют событиям русско-японской войны 1904–1905 гг.

Привыкнув к этому времени считать Российскую империю едва ли не самой могущественной в мире державой, бухарские современники испытали нечто вроде шока, узнав о понесенном ей поражении от какой-то Японии. Подобное событие не могло быть рационально объяснено в привычных им категориях⁴², поэтому единственным «разумным» объяснением стало божественное вмешательство. И у А. Сами, и у Садр-и Зийа в записках присутствует суждение, что ранее Россия (в период Петра I и его преемников) возвысилась благодаря справедливому правлению и постоянно побеждала, теперешний же царь Николай II стал поступать несправедливо, притеснять собственных подданных, особенно мусульман, что и привело к его поражению. Япония же победила, потому что, как пишет А. Сами, ступила «на путь искания истинной веры». Теперь, продолжает историк, Бухара может воспользоваться ослаблением России и вернуть те земли, которые империя отторгла у нее почти сорок лет назад⁴³ (Şadr Ziyā', Shukurov & Shakuri et al., 2004:217–220; Kositova, 2017:68–69).

Садр-и Зийа также обращает внимание и на другие политические события, участником которых была Российская империя. Так, он осуждающе говорит о захвате русскими Маньчжурии, много пишет о борьбе «британского льва» и «русского медведя» за Иран, который в его интерпретации предстает «слабым зайцем» (Şadr Ziyā', Shukurov & Shakuri et al., 2004:223–225, 278–282; Kositova, 2017:67; Shukurov, 2007:34–35).

Однако подобная широта взглядов была характерна для части сановников, представителей торговых кругов, формирующейся бухарской интеллигенции, тогда как основная часть населения продолжала пребывать под влиянием консервативных кругов и радикального мусульманского духовенства и воспринимать процесс модернизации, проводимый русскими, враждебно⁴⁴.

⁴² Хотя Садр-и Зийа и приводит вполне объективные причины поражения России: неопытность русских командующих, отсутствие стратегических целей в войне, неподдержание контактов между воинскими соединениями и пр. (Şadr Ziyā', Shukurov & Shakuri et al., 2004:236–237).

⁴³ Мирза Абдал'Азим Сами. Та'рих-и салатин-и мангитийа (История мангытских государей). Указ. соч. С. 120–122.

⁴⁴ Подобный раскол в обществе подтверждается даже в отношении русского языка: С. Айни в своих «Воспоминаниях» не раз упоминает о том, как преследовались студенты медресе и прочие представители простого населения за попытки выучить русский язык и его использование, поэтому его приходилось изучать тайно. Тогда как представители сановной знати не только не скрывали знания русского языка, но и, напротив, считали его своим дополнительным преимуществом в борьбе за власть при дворе. См.: Айни С. Воспоминания. Указ. соч. С. 220–224, 246–251, 394–395. Лишь в начале XX в.

Таким образом, анализ сведений представителей бухарской элиты о российской политике в Бухарском эмирате, учитывая разнообразие представленных в них позиций, позволяет сформировать достаточно объективное представление об отношении местной элиты к действиям Российской империи в своем протекторате в рассматриваемый период — с конца 1860-х до середины 1910-х гг.

Как мы имели возможность убедиться, даже сторонники реформ однозначно положительно воспринимали все преобразования, проводимые российскими властями в Бухаре, полностью одобряя любые попытки их вмешательства во внутренние дела эмирата. Ни один из авторов (за исключением С. Айни в его «послереволюционный» период жизни) не отождествлял себя с Россией, с подданством ей. Поэтому в их оценках российской политики в Бухаре отчетливо просматривается патриотическая линия, а также у ряда авторов — и приверженность к исламу. Эти факторы обусловили в значительной степени негативное отношение к российской политике в эмирате даже тех авторов, которые традиционно считаются в науке симпатизирующими России и ее прогрессивным мероприятиям в Бухаре — в частности, таких как А. Дониш и С. Айни.

Наконец, следует учитывать, что в ряде случаев информация, представленная в анализируемых источниках, имеет разное происхождение, включая несколько «слоев»: ряд случаев авторы описывали по рассказам очевидцев, другие — как свидетели и участники событий, по некоторым же событиям они дают не только описание, но и собственные оценки и суждения (интерпретации). Учет этих моментов позволил провести более объективный анализ оценок представителями бухарской элиты российской правовой политики в Бухаре эпохи протектората, тем самым продемонстрировав важность исследуемых текстов как ценного источника по истории правовой политики Российской империи на «национальных окраинах».

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Abdirashidov, Z. (2016) Known and Unknown Fitrat: Early Convictions and Activities // *Acta Slavica Iaponica*. 37, 103–118.
- Akhatova, D. A. (1998) *Prosveitiel'sko-pedagogicheskie vozzreniya Abduraufa Fitrata* [Enlightening and Pedagogic Views of Abdurauf Fitrat]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Pedagogical Sciences. Uzbek Scientific Research Institute of Pedagogical Sciences named after T.N. Kari-Niyazov. (in Russian)
Ахатова Д.А. Просветительско-педагогические воззрения Абдурауфа Фитрата : автореф. ... канд. пед. наук. Ташкент, 1998.
- Babadzhanov, B. (2004) Russian Colonial Power in Central Asia as Seen by Local Muslim Intellectuals. In: Eschment, B. & Harder, H. (eds.). *Looking at the Coloniser: Cross-Cultural*
-

официально было разрешено преподавание русского языка в школах, открытых джадидами (Boboerova, 2010:3).

- Perceptions in Central Asia and the Caucasus, Bengal and Related Areas*. Würzburg, Ergon Verlag, pp. 75–90.
- Becker, S. (2004) *Russia's Protectorates in Central Asia: Bukhara and Khiva, 1865–1924*. London, New York, Routledge.
- Blagowietschensky, G. (2006) *Die wirtschaftliche Entwicklung Turkestans*. Translated from German by Zakharova, L. A. In: *Istoriya Kazakhstana v zapadnykh istochnikakh XII–XX vv*. T.V: Nemetskie issledovateli v Kazakhstane. Ch. 1 [History of Kazakhstan in Western sources of the 12th – 20th cc. Vol. 5. German scholars in Kazakhstan. Pt. 1]. Almaty, Sanat, pp. 241–282. (in Russian)
- Благовецкий Г.* Экономическое развитие Туркестана // История Казахстана в западных источниках XII–XX вв. Т. V: Немецкие исследователи в Казахстане. Ч. 1 / пер. с нем. Л.А. Захаровой. Алматы: Санат, 2006. С. 241–282.
- Boboyorova, L. Kh. (2010) *Ayni i tadjikskaya prosvetitel'skaya literature* [Ayni and Tajik enlightening literature]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Philological Sciences. Tajik National University. (in Russian)
- Бобоерова Л.Х.* Айни и таджикская просветительская литература : автореф. ... канд. филол. наук. Душанбе, 2010.
- Carrère D'Encausse, H. (2009) *Islam and the Russian Empire: Reform and Revolution in Central Asia*. London, I.B. Tauris.
- Grassi, E. (2011) *Tajik literature between reforms and revolutions (1870–1954)*. PhD Thesis. Università degli Studi di Napoli L'Orientale.
- Grassi, E. (2015) The Manuscripts of the Works by Aḥmad Dāniš and his Popularity as a “Precursor” of the Bukharan Jadids. In: Chiara, M. De & Grassi, E. (eds.) *Iranian Languages and Literatures of Central Asia (From the 18th Century to the Present)*. Paris, Peeters Publishers, pp. 233–258.
- Kazymova, G. (1997) Dzhadidizm i stanovlenie obshchestvenno-filosofskikh vozzreniy S. Ayni [Jadidism and Formation of Social-Philosophical Views of S. Ayni]. *Obshchestvennyye nauki v Uzbekistane* [Social Sciences in Uzbekistan]. (5), 49–52. (in Russian)
- Казымова Г.* Джадидизм и становление общественно-философских воззрений С. Айни // Общественные науки в Узбекистане. 1997. № 5. С. 49–52.
- Khalid, A. (2000) Society and politics in Bukhara, 1868-1920. *Central Asian Survey*. 19 (3-4), 364-393. Available from: doi:10.1080/026349300750057991.
- Khalid, A. (2004) Visions of India in Central Asian Modernism: The Work of Abd ar-Ra'uf Fitrat. In: Eschment, B. & Harder, H. (eds.). *Looking at the Coloniser: Cross-Cultural Perceptions in Central Asia and the Caucasus, Bengal and Related Areas*. Würzburg, Ergon Verlag, pp. 253–274.
- Khaydarov, A. A. (2012) *Reformatorskie vzglyady Akhmada Donisha v obnovlenii sistemy obrazovaniya v Bukharskom emirate (XIX i nachalo XX vekov)* [Reformative Views of Ahmad Donish on the Renovation of the Education System in the Bukharan Emirate (19th and beginning of the 20th centuries)]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Pedagogic Sciences. The Finance and Economics Institute of Tajikistan. (in Russian)
- Хайдаров А.А.* Реформаторские взгляды Ахмада Дониша в обновлении системы образования в Бухарском эмирате (XIX и начало XX веков) : автореф. ... канд. пед. наук. Душанбе, 2012.
- Kositova, U. F. (2017) «Ruznoma» («Dnevnik») Sadri Zie i osobennosti tadjikskoy memuaristiki v kontse XIX i nachale KhKh vekov [“Ruznoma (“Diary”) of Sadri Ziyoy and specific features of Tajik memoirist literature at the end of the 19th — beginning of the 20th centuries].

- The Dissertation of Candidate of Philological Sciences. Khujand State University named after academician B. Gafurov. (in Russian)
- Коситова У.Ф.* «Рузнома» («Дневник») Садри Зие и особенности таджикской мемуаристики в конце XIX и начале XX веков : дисс. ... канд. филол. наук. Худжанд, 2017.
- Logofet, D. N. (1909) *Strana bespravniya. Bukharskoe khanstvo i ego sovremennoe sostoyanie* [The Land of Lawlessness. Bukharan Khanate and Its Present Status]. Saint-Petersburg, V. Berezovskiy publ. (in Russian)
- Логофет Д.Н.* Страна бесправия. Бухарское ханство и его современное состояние. СПб. : Издательство В. Березовский, 1909.
- Morrison, A. S. (2008) *Russian rule in Samarkand, 1868–1910: A comparison with British India*. Oxford, Oxford University Press.
- Pierce, R. A. (1960) *Russian Central Asia 1867–1917. A Study in Colonial Rule*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press.
- Pochekaev, R. Yu. (2004) Rossiyskiy sud v Bukharskom emirate i ego rol' v protsesse frontirnoy modernizatsii [Russian Court in the Bukharan Emirate and its Role in the Frontier Modernization Process]. In: *Sborniki Prezidentskoy biblioteki. Seriya «Istoricheskoe pravovedenie*. [The Presidential Library Collections. Series: “Studia Historica-Juridica”]. Issue 2. Saint Petersburg, Prezidentskaya biblioteka imeni B.N. El'tsina, pp. 188–203. (in Russian)
- Почекаев Р.Ю.* Российский суд в Бухарском эмирате и его роль в процессе фронтальной модернизации // Сборники Президентской библиотеки. Серия «Историческое правоведение». Вып. 2: Российская судебная власть в контексте историко-правовых исследований. СПб. : Президентская библиотека имени Б.Н. Ельцина. С. 188–203.
- Sadr Ziyā', S., Shukurov, R., Shakuri, M. & Allworth, E. (2004) *The Personal History of a Bukharan Intellectual*. Leiden, Brill.
- Sangirova, D. Kh. (2000) “*Tarikhi Azizi*” — vaznyi istochnik po istorii izucheniya tsarskogo kolonial'nogo perioda [“*Tarikhi Azizi*” as an Important Source on History of Tsarist Colonial Period]. Author's Abstract of Dissertation of Candidate of Historical Sciences, Institute of Oriental Studies named after Abu Raykhan Biruni of the Academy of Science of Uzbekistan. (in Russian)
- Сангирова Д.Х.* «Тарихи Азизи» — важный источник по истории изучения царского колониального периода : автореф. ... канд. ист. наук. Ташкент, 2000.
- Sartori, P. (2016) Ijtihād in Bukhara: Central Asian Jadidism and Local Genealogies of Cultural Change. *Journal of the Economic and Social History of the Orient*. 59 (1–2), 193–236. Available from: doi:10.1163/15685209-12341397.
- Shukurov, R. (2007) Anatomiya otchuzhdeniya: voobrazhaemaya karta mira v “Dnevnikе” Sadr-i Ziya [Anatomy of Estrangement: Imaginary Map of the World in the Diary of Sadr-i Ziya]. *Iran-name*. (3), 29–39. (in Russian)
- Шукуров Р.* АНАТОМИЯ отчуждения: воображаемая карта мира в «Дневнике» Садри Зийа // Иран-наме. 2007. № 3. С. 29–39.
- Tukhtametov, T. G. (1977) *Rossiya i Bukharskiy emirat v nachale XX veka* [Russia and the Bukharan Emirate in the Beginning of the 20th Century]. Dushanbe, Irfon. (in Russian)
- Тухтаметов Т.Г.* Россия и Бухарский эмират в начале XX века. Душанбе : Ирфон, 1977.
- Yastrebova, O. (2004) The Bukharan Emir Abd ak-Ahad's Voyage from Bukhara to St. Petersburg. In: Eschment, B. & Harder, H. (eds.). *Looking at the Coloniser: Cross-Cultural Perceptions in Central Asia and the Caucasus, Bengal and Related Areas*. Würzburg, Ergon Verlag, pp. 63–74.

Yuldashev, K. (1963) O sotsial'no-ekonomicheskikh vozzreniyakh Akhmada Donisha [On the Social-Economical Views of Ahmad Donish]. *Obshchestvennye nauki v Uzbekistane* [Social sciences in Uzbekistan]. (10), 55–58. (in Russian)

Юлдашев К. О социально-экономических воззрениях Ахмада Дониша // *Общественные науки в Узбекистане*. 1963. № 10. С. 55–58.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Почекаев Роман Юлианович — кандидат юридических наук, доцент, профессор, заведующий кафедрой теории и истории права и государства, Юридический факультет, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» — Санкт-Петербург.

ORCID: 0000-0002-4192-3528

Контактная информация:

e-mail: gorot@mail.ru

Для цитирования:

Почекаев Р.Ю. (2017) Российский протекторат над Бухарой в оценках бухарской элиты конца XIX — начала XX в. // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2017. Т. 21. № 4. С. 508–527, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-508-527

RUSSIAN PROTECTORATE OVER BUKHARA AS IT EVALUATED BY BUKHARAN ELITE OF 19TH — BEGINNING OF 20TH CENTURY

Roman Yu. Pochekaev

National Research University Higher School of Economics — Saint Petersburg Law Faculty
17, Promyshlennaya st., Saint-Petersburg, Russia, 198099

Goal. Article devoted to analysis of information and evaluations of the members of the Bukharan elite of the 1870s — 1910s on legal transformations made by Russian authorities in the Bukharan Emirate which since 1868 was under the protectorate of the Russian Empire. Author used works of contemporaries — Bukharan officials who were loyal to emir's government (Sadr-i Ziya, Salimbek) or criticized them (A. Donish, A. Sami) as well as oppositionists who demanded reforms (A. Fitrat, S. Ayni).

Methods. Using methods of historical legal, formal legal and comparative legal analysis the author characterizes attitude of contemporaries on the interference of the Russian authorities in the internal affairs of Bukhara in general and their evaluation of transformations made by Russians in different fields of legal relations — taxation, trade, criminal and judicial and even the public health.

Results. Author finds that social status and political vies of members of the Bukharan elite (authors of analyzed works) substantially affected their evaluation of transformations made in the Bukharan Emirate with initiative of Russian authorities. Conservative officials criticized these transformations and opposed any reforms in Bukhara. Reformers (jadids or Young Bukharans) evaluated many of transformations positively. At that it makes sense to note the contradictory position of some authors: they welcome changes carried out by Russian authorities but at the same were afraid that Emirate would lose completely its independence to Russia and its development would continued in the “Russian” (i.e. European) way without considering national and religious specific features, traditions of Central Asian

state and law. Nevertheless, in fact, all authors demonstrated their adaptation for new political and legal realities, realized that influence of Russia became “fait accompli” and sometimes even gave information on getting out profit (by themselves or their familiars) in the changed circumstances in different fields of legal relations.

Conclusions. The information of Bukharan contemporaries on the legal transformations in Bukhara under the Russian protectorate is a valuable addition to the legal monuments and notes of Russian and western contemporaries related to this subject.

Key words: Russian Empire; Bukharan Emirate; protectorate; reforms; modernization; imperial legislation; traditional law

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Roman Yu. Pochekaev — Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Professor, Head of the Theory and History of Law and State Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics — St. Petersburg.

ORCID: 0000-0002-4192-3528

Contact information:

e-mail: ropot@mail.ru

For citation:

Pochekaev, R. Yu. (2017) Russian Protectorate over Bukhara as It Evaluated by Bukharan Elite of 19th — beginning of 20th Century. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 508–527. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-508-527.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-3-528-540

ФЕДЕРАЛИЗМ КАК ПРОДУКТ ЗАПАДНОЙ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

В.М. Платонов

Российский университет дружбы народов
Факультет гуманитарных и социальных наук
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 10/2

Статья посвящена обоснованию того, что федерализм имеет ряд особенностей, общих с признаками и характеристиками демократии. Автор доказывает, что оба этих явления представляют собой политические формы организации общества, выработанные западноевропейской и североамериканской политической и правовой культурами. Взаимосвязь между федерализмом и демократией прослеживается в западной правовой и политической культурах на концептуальном, структурном и функциональном уровнях, эти явления вызваны типологической спецификой западных обществ. То есть диффузия публичной власти, конкуренция социальных групп, развитие институтов гражданского общества внутренне имманентно западной политической и правовой культурам.

Интегрирующие элементы федерализма обеспечиваются рассмотрением его в трех основных плоскостях — как структурно-функционального принципа, характеризующего общество и публичную власть, как способ политико-территориальной организации государства, предполагающий сочетание элементов централизации и децентрализации, и как процесс, характеризующий общество в аспекте его демократизации.

Представители американской и европейской политической и правовой науки второй половины XX века приходили к выводу, что формирование демократического государства и реализация принципов федерализма невозможна в обществах, где имеет место идеологическое противостояние, отсутствие однородной политической и правовой культуры, дифференциация общества по религиозному, этническому, социальному и иным принципам.

В стремлении решить проблему теоретического обоснования возможности внедрения принципов либеральной демократии и федерализма в любом обществе, в любых культурно-исторических условиях идеологи либеральной демократии идут на видоизменение их концептов. Примером может служить идея консоциативной демократии, которая рассматривается как своего рода «социальное измерение федерализма». Однако, несмотря на такие попытки, следует признать, что в тех обществах, где политическая власть институционализировалась в иных, чем в Европе и Северной Америке, исторических условиях, где в основу взаимоотношений индивида, общества и государства легли иные принципы, где либерализм и либеральная демократия как концепции не являлись продуктом самого общества, а были привнесены извне, принципы федерализма в их западном, либерально-демократическом понимании оказываются неприменимы в силу отсутствия объективных социальных, экономических, политических, идеологических и культурных предпосылок к их реализации.

Ключевые слова: форма государственного устройства; федерализм; культурно-исторический контекст; культурологический подход; западная правовая культура; консоциативная демократия

I. ВВЕДЕНИЕ

М. Форсайт неоднократно отмечал, что федерализм имеет ряд особенностей, общих с признаками и характеристиками демократии. Так, с одной стороны, он является идеологией, а с другой — формой осуществления власти, представляющей собой продукт вполне определенных политических обстоятельств (Forsyth, 1989; Forsyth, 1994). Федерализм и демократия представляют собой политические формы организации общества, выработанные западноевропейской и североамериканской политической и правовой практикой (LeOn & Orriols, 2016; Kalu & Bing, 2016; Arnold & Stadelmann-Steffen, 2017).

Думается, что ряд элементов демократической политической организации общества в ее западном, либеральном понимании находит свое наиболее полное отражение в федерализме как специфическом концептуальном каркасе взаимоотношений индивида, общества и государства. Так, принцип разделения властей в федеративном государстве обогащается за счет того, что горизонтальное разделение властей (по ветвям государственной власти) дополняется как минимум двумя аспектами вертикального разделения — во-первых, разделения государственной власти между федерацией и ее субъектами, во-вторых, разделением публичной власти на власть государственную и власть местного самоуправления. В этом аспекте федеративное территориально-государственное устройство становится территориально-политическим измерением демократии, «территориальным выражением внутреннего кредо демократии» (Duchacek, 1986).

II. ВЗАИМОСВЯЗЬ ФЕДЕРАЛИЗМА И ДЕМОКРАТИИ В ЗАПАДНОЙ ПОЛИТИЧЕСКОЙ И ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЕ

В федеративном территориально-государственном устройстве наиболее полно раскрывается такая составляющая демократии, как плюрализм, понимаемый достаточно широко — и как учет многообразия территориальных, национальных, конфессиональных, культурных идентичностей внутри государства, и как специфическая характеристика федеративного общества в целом, предполагающая многообразие конкурирующих между собой центров политического давления, как имеющих, так и не имеющих территориальных характеристик, представляющих собой как субъектов государственной власти, так и волеизъявление структур гражданского общества.

Взаимосвязь между федерализмом и демократией прослеживается в западной правовой и политической культурах на концептуальном, структурном и функциональном уровнях. Оба понятия отражают требования легитимности государственной власти, контроля населения за ее осуществлением, известную автономию структурных составляющих общества (территориальных единиц, социальных общностей и т.д.). Институциональные формы выражения исследуемых понятий разнообразны, но сводятся к категории «компетентность гражд-

дан», предполагающей вовлечение общества и гражданских структур в процесс осуществления государственной власти (Chryssoschoou, 1998; Dahl, 2000).

Природа федерализма и демократии в западной политической и правовой культуре замыкается на понятии соглашения, договора, компромисса (Schleicher, 2017; Benz & Sonnicksen, 2017; Keating, 2017). Он одновременно выступает и формой организации власти, и содержанием федеративных отношений, предполагающим достижение согласия членов общества в процессе конкуренции центров политического влияния. В этой связи распределение предметов ведения и полномочий между федеральным центром и субъектами федерации не на основе взаимного согласия всех участников политического процесса создает специфическую децентрализованную территориальную организацию власти, но не федеративное государство в том смысле, какой предполагается особенностями западной политической и правовой культуры.

Далее, неэффективность выполнения публичных полномочий на уровне субъектов федерации, их фактическая неспособность выполнять роль действенного противовеса федеральной власти, «перекос» в полномочиях и фактической политической роли в сторону федеральной власти в контексте западной политической и правовой культур означает, что при внешней реализации федеративных форм в осуществлении государственной власти в сущности федерализм не находит своего воплощения.

И демократия, и федерализм предполагают реализацию принципа субсидиарности, залогом успеха которого является наличие развитых институтов гражданского общества (Fabbrini, 2017; Thorlakson, 2017; Fossum & Jachtenfuchs, 2017). Они, в свою очередь, предполагают постепенное смещение акцентов в государственном управлении от субъектов государства к общественным структурам. Д. Элазар связывал понятие федерализма со спецификой связей между людьми, а также между ними, обществом и государством; такие связи, по его мнению, должны отражать стремление членов общества к единству и гражданскому согласию (Elazar, 1994; Elazar & Kincaid, 2000).

III. АМЕРИКАНО-ЕВРОПЕЙСКИЕ КОРНИ ПОНЯТИЯ «ФЕДЕРАЛИЗМ»

Западные политическая и правовая культуры формируют следующие тенденции развития федерализма в его взаимосвязи с либеральной демократией: 1) демократизация федеративных отношений; 2) проявление четких взаимосвязей между объемом предметов ведения и полномочий субъектов публичной власти и степенью их ответственности за их реализацию; 3) развитие местного самоуправления; 4) проведение децентрализации государственной власти на основе принципа субсидиарности; 5) повышение роли договорных форм взаимодействия между субъектами политического общения.

Тесной связи федерализма с демократией в ее либеральном западном понимании есть объяснение — основы федерализма зарождались в теории феде-

ральной теологии, которая в сочетании с либерализмом как концептуальным противовесом абсолютистской власти породила демократическую форму нового типа — представительную демократию, предполагающую широкую децентрализацию государственной власти.

В тех обществах, где абсолютистская власть монарха уступила место иным политическим формам в силу принципиально других причин, где обоснование новых политических форм не имело ничего общего с теологическими учениями, где либерализм как концепция не являлся никогда продуктом самого общества, федеративные отношения строятся по совершенно иным принципам и не отражают основ федерализма в его западном, либерально-демократическом понимании.

Другой пример факторов, повлиявших на формирование концепции федерализма в западной политической и правовой культурах, — это США, где федерализм был вызван самой структурой общества. Общество переселенцев характеризовалось относительной гомогенностью, там не было ярко выраженной аристократии, изначально в основе социального устройства лежала не социальная стратификация по имущественному принципу, а понимание общества как совокупности свободных граждан и самоуправляющихся общин. То есть диффузия публичной власти, конкуренция социальных групп, развитие институтов гражданского общества было внутренне имманентно политической и правовой культуре США (Shaikhutdinova, 2017; Goelzhauser & Rose, 2017).

Непосредственную связь между федерализмом и либеральной демократией мы находим в «Федералисте». Авторы обращают внимание на особую роль так называемых «крамольных сообществ», «групп интересов», на соперничество партий как на факторы становления политической системы США. Сложности в согласовании их интересов приводят к необходимости формирования представительных органов. Причем авторы предлагают оградить представителей от «чрезмерного» влияния избирателей, особенно на федеральном уровне. С этой целью и необходимо, по их мнению, сочетать всенародное представительство для реализации общенациональных интересов и представительство штатов для реализации местных, частных интересов. Значение такой системы представительного правления выражается в том, что она исключает возможность узурпации власти на федеральном уровне «крамольными сообществами», действующими исключительно в собственных интересах, поскольку множество субъектов федерации-штатов препятствуют этому (Интересен тот факт, что один из авторов «Федералиста» — Дж. Мэдисон — будучи изначально сторонником федерализма, впоследствии превратился в его умеренного противника, поскольку даже в этой системе он увидел возможности к чрезмерному усилению федеральной власти, что, по его мнению, противоречило самому духу явления и

созданной политической системе США.). Федерализм понимался авторами «Федералиста» как гарантия свободы и дополнительный аспект разделения властей¹.

Не меньший вклад в развитие концепции федерализма в его взаимосвязи с либеральной демократией внес А. де Токвиль, который рассматривал федеративное государственное устройство в качестве гарантии принципа равенства. В частности, для обоснования своей позиции А. де Токвиль исследовал соотношение институционально-правовых форм выражения принципов федерализма и характеристик общества, где эти принципы реализуются. Так, по его мнению, федерализм предполагает четкое определение границ централизации — в виде предоставления полномочий федеральной власти и закрепления за ней особых предметов ведения, предоставление свободы субъектам федерации в части решения остальных вопросов и учреждение независимого судебного органа, уполномоченного рассматривать споры о компетенции в федеративном государстве. Однако даже этот перечень конкретных институционально-правовых форм не обеспечивает реализацию принципов федерализма, если только общество не обладает специфическими характеристиками. В числе таких характеристик А. де Токвиль видел общность нравов и привычек (то есть, по сути, культурную однородность общества), высокий уровень политического и правового сознания членов общества и их активное компетентное гражданское участие в управлении государством в сочетании с сильной федеральной властью (что обеспечивает сохранение единства общества и одновременно гарантирует свободу его членам и защиту от узурпации власти), гарантии прав личности и независимую судебную систему, право граждан на объединение и развитие местного и иного территориального самоуправления².

На американско-европейские корни феномена федерализма и на его неуниверсальный характер обращали внимание представители западноевропейской политической и правовой науки (André, 2017). Так, А. Степан отмечал, что федерализм в его североамериканском понимании отражает специфические качества и ценности, характеризующие американское общество, но не подходящие для других обществ, особенно если речь идет о многонациональных, этнически и конфессионально неоднородных обществах (Stepan, 1999). Федерализм, по его мнению, должен трактоваться шире и с учетом вариативности политического, социально-экономического и культурного контекста. В противном случае возможности реализации его моделей в различных, отличающихся от американского, обществах существенно сужаются. Точки соприкосновения, своего рода

¹ Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея / пер. с англ. И.Н. Яковлева. М. : Весь мир, 2000.

² Токвиль А. де. Демократия в Америке / пер. с франц. В.Т. Олейника, Е.П. Орловой, И.А. Малаховой, И.Э. Иवानян, Б.Н. Ворожцова. М. : Весь мир, 2000.

интегрирующие элементы федерализма обеспечиваются рассмотрением его в трех основных плоскостях — как структурно-функционального принципа, характеризующего общество и публичную власть, как способ политико-территориальной организации государства, предполагающий сочетание элементов централизации и децентрализации, и как процесс, характеризующий общество в аспекте его демократизации.

При этом даже такая попытка «расширить» понятие федерализма оставляет за пределами понятия «федеративные государства», в котором не наблюдаются три обозначенные плоскости его реализации. Так, по мнению А. Степана, СССР нельзя считать федеративным государством, поскольку федерализм там реализовывался только в плоскости политико-территориальной организации государства с преобладанием централизационных механизмов. Ни о каком процессе федерализации, а тем более ни о каком структурно-функциональном принципе, обеспечивающим особый характер взаимодействия индивида, общества и государства, в СССР и речи не шло.

Обобщая основные выводы А. Степана, следует отметить, что он связывает федерализм с либерально-демократическими принципами, признавая вариативность его конкретных форм, но исключительно в рамках этих принципов. Неотъемлемой составляющей федерализма он считает полицентризм публичной власти и политическую активность общества. Выделяя три плоскости понимания федерализма, он признает, что между их практической реализацией может наблюдаться известный дисбаланс. Так, он допускает создание федерации «сверху», когда институциональная структура опережает структурные изменения в самом обществе, в сознании людей. Кроме того, процесс федерализации общества может предшествовать своему институциональному оформлению и нормативному закреплению.

IV. ФЕДЕРАЛИЗМ И НЕЕРОПЕЙСКИЕ ПОЛИТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ КУЛЬТУРЫ

Отметим тот факт, что многие представители американской и европейской политической и правовой науки второй половины XX в. приходили к выводу, что формирование демократического государства и реализация принципов федерализма невозможна в обществах, где имеет место идеологическое противостояние, отсутствие однородной политической и правовой культуры, дифференциация общества по религиозному, этническому, социальному и иным принципам. Эта точка зрения нашла свое подтверждение на целом ряде исторических примеров, в частности, ее лучшим образом иллюстрируют провалы экспериментов по федерализации ряда стран Африки и Азии (O'Driscoll, 2017).

В стремлении решить проблему теоретического обоснования возможности внедрения принципов либеральной демократии и федерализма в любом обществе, в любых культурно-исторических условиях идеологи либеральной демократии пошли на видоизменение их концептов. Примером такой позиции может

служить труды А. Лейпхарта, посвященные исследованию особенностей реализации принципов либеральной демократии в многосоставных обществах (Lijphart, 1969; Lijphart, 1990).

Предложенная им модель получила название «консоциативная демократия» и по сути представляет собой модель взаимодействия множества сообществ внутри многосоставного общества. В качестве примеров консоциативных демократий А. Лейпхарт называет ЮАР, Индию, Бельгию и делает вывод, что для реализации принципов федерализма в таких государствах неизбежна, поскольку только федерализм способен обеспечить учет интересов всех составляющих их сообществ для обеспечения требований либеральной демократии применительно к их политическим системам. А. Лейпхарт предложил модель поступательного развития федерализма в многосоставных обществах. Так, на первом этапе в них может проводиться так называемая «политика аккомодации», когда основной целью становится урегулирование внутренних структурных и функциональных проблем и конфликтов в обществе, достижение минимального консенсуса. На основе этого этапа постепенно обеспечивается все более широкое «соучастие во власти» конкурирующих сообществ. Такое соучастие со временем получает и институциональное и процедурное обеспечение, элементами которого являются: 1) выявление значимых сегментов многосоставного общества и формирование коалиции из их представителей для осуществления политической власти; 2) создание механизмов вето на решения большинства для гарантий интересов меньшинства; 3) внедрение принципа пропорциональности политического представительства на всех уровнях осуществления политической власти; 4) обеспечение автономности каждого значимого сегмента многосоставного общества в управлении своими внутренними делами в том объеме, в каком это обусловлено масштабами самого сегмента (критериями определения масштаба сегмента могут стать количество членов общества, составляющих сегмент, политическая, экономическая, социальная и иная значимость для общества, интегрирующий потенциал и т.д.) (Mironyuk, 2008).

Принципиальным отличием предложенной модели управления от американской модели федерализма является то, что если в основе последней лежит конкуренция интересов структурных составляющих общества и государства, то консоциативная демократия предполагает акцент на объединении социальных групп. То есть принцип федерализации общества здесь иной. Здесь федерализация служит цели обеспечения единства общества для последующей реализации принципов либеральной демократии, а не наоборот (Kostakopoulou, 2017; Schwarz, 2017).

Концепция А. Лейпхарта позволяет проанализировать ряд правовых механизмов, обеспечивающих реализацию федеративных отношений в рамках консоциативной демократии.

Так, значимым механизмом обеспечения интересов меньшинства — каждого из сегментов многосоставного общества — является вето. Применительно к субъектам федерации его реализация может выражаться в а) участии в процессе законотворчества федерального органа или его составной части, обеспечивающих представительство субъектов федерации на федеральном уровне и их возможность не согласиться с принимаемым федеральным законом; б) участие субъектов федерации в назначении представителей федеральной власти, действующих на территории соответствующего субъекта; в) участие субъектов федерации в назначении судей высших судов, членов высших федеральных органов финансового контроля и т.д.

Принцип пропорциональности выражается в распределении государственных должностей и субсидий из федерального бюджета, в специально завышенном представительстве малых сегментов многосоставного общества в органах власти (так, например, представительство субъектов федерации в федеральном органе может не находиться в зависимости от количества людей, проживающих на территории соответствующего субъекта — в результате субъекты федерации с меньшим числом населения получают то же представительство, что и субъекты с большим числом населения; это явление получило наименование «позитивная дискриминация» и активно применяется в Бельгии, Испании, Индии, ЮАР)³ (Adeney, 2017; Tillin & Pereira, 2017; Kumar, 2017).

Автономия сегментов многосоставного общества предполагает реализацию в государственной политике принципов территориального самоуправления и субсидиарности, когда федеральная власть получает право на вмешательство в дела местного или регионального значения только в тех случаях, когда соответствующий более низкий уровень публичной власти оказывается не в состоянии решить их самостоятельно.

Реализация модели консоциативной демократии требует, по мнению А. Лейпхарта, ряда объективных предпосылок, в числе которых: 1) сопоставимость, равновесие сегментов общества в части их экономического, политического, социального, демографического потенциала; 2) развитая партийная система как на федеральном, так и на региональном уровнях, позволяющая группировать и выражать интересы сегментов общества; 3) обеспечение представительства субъектов федерации в федеральных органах; 4) малый размер государства; 5) наличие внешних факторов, побуждающих сегменты многосоставного общества к интеграции (например, наличие внешней угрозы); 6) территориальный характер сегментов многосоставного общества; 7) традиции полицентризма в публичном управлении; 8) гражданская ответственность членов общества и их лидеров; 9) навыки решения политических проблем через социальный

³ Kumar A.P. Rethinking India's Federalism // *Economic and Political Weekly*. 2017. Vol. 52. N. 29. P. 10–11.

и политический компромисс; 10) традиции парламентского правления, коллегиального характера принятия решений в сфере исполнительной власти, применения пропорциональной избирательной системы.

Консоциативная демократия рассматривается в зарубежной литературе как своего рода «социальное измерение федерализма» (Elazar, 1987). Так, она развивается в обществе на полупоформальной основе, а затем институционализируется и получает свое правовое оформление, включая появление нескольких уровней государственной власти с независимыми источниками легитимности и собственными сферами деятельности и ответственности.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Оценивая идеи консоциативной демократии, следует отметить, что будучи попыткой преодолеть неуниверсальность концепции федерализма американского и европейского теологического типа, она, тем не менее, все равно осталась в рамках западной культурно-исторической парадигмы. Так, по сути, ее краеугольным камнем является наличие в обществе организационно оформленных сегментов со своими политическими элитами, функционирующими в рамках развитой партийной системы. Следовательно, а priori эта идея оказывается неприменима или ограниченно применима в тех обществах, где а) партийная система не развита; б) сегменты общества организационно не оформлены; в) элиты не характеризуются развитыми формами гражданского сознания.

Р. Даль, оценивая универсальность теории консоциативной демократии, отмечал отсутствие на современном этапе общественного развития предпосылок для создания общей модели управления и достижения компромиссов в многосоставных обществах в условиях культурного многообразия (Dahl, 2000).

Тем не менее, теория консоциативной демократии является безусловным подтверждением тому, что идеи федерализма и либеральной демократии как продукт западной правовой и политической культур находятся в тесной взаимосвязи.

Эта связь обусловлена природой этих явлений. Федерализм предполагает деконцентрацию политической власти и разделение властей, что является неотъемлемым элементом либеральной демократии.

Федерализм является средством реализации экономического, политического, идеологического, этнического, конфессионального, культурного плюрализма, обеспечивая свободу, равенство и представительство как инструменты обеспечения конкурирующих интересов в обществе.

Федерализм, так же как и либеральная демократия, в качестве основного способа решения социальных конфликтов рассматривает соглашение и компромисс.

И федерализм, и либеральная демократия одновременно являются идеологиями и формами осуществления государственной власти. Таким образом, за-

падная правовая и политическая культуры обеспечивают связь этих явлений на концептуальном, структурном и функциональном уровнях.

В основе обоих явлений лежат требования легитимности государственной власти, народного суверенитета, автономии структурных составляющих общества, субсидиарности, наличия развитых институтов гражданского общества.

Как следствие, в западном понимании, в контексте либеральной демократии считать федерализм универсальной моделью, применимой ко всем обществам, непродуктивно. В тех обществах, где политическая власть институционализировалась в иных исторических условиях, где в основу взаимоотношений индивида, общества и государства легли иные принципы, где либерализм как концепция не являлся продуктом самого общества, а был привнесён извне, принципы федерализма в их западном, либерально-демократическом понимании, вероятно, окажутся неприменимы в силу отсутствия объективных социальных, экономических, политических, идеологических и культурных предпосылок к их реализации.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Adeney, K. (2017) Does Ethnofederalism Explain the Success of Indian federalism? *India Review*. 16(1), 125–148. Available from: doi:10.1080/14736489.2017.1279933.
- André, J. G. (2017) American Lessons: Legitimacy, Federalism and the Construction of a European Compound Polity. *European Politics and Society*. 18(3), 333–347. Available from: doi:10.1080/23745118.2016.1231451.
- Arnold, T. & Stadelmann-Steffen, I. (2017) How Federalism Influences Welfare Spending: Belgium Federalism Reform through the perspective of the Synthetic Control Method. *European Journal of Political Research*. 56(3), 680–702. Available from: doi:10.1111/1475-6765.12196.
- Benz, A. & Sonnicksen, J. (2017) Patterns of Federal Democracy: Tensions, Friction, or Balance between Two Government Dimensions. *European Political Science Review*. 9(1), 3–25. Available from: doi:10.1017/S1755773915000259.
- Chrysoschoou, D. N. (1998) Federalism and Democracy Reconsidered. *Regional and federal studies*. 8(2), 1–20. Available from: doi:10.1080/13597569808421048.
- Dahl, R. A. (2000) *On Democracy*. Translated from English by A.S. Bogdanovskii. Moscow, Aspekt Press. (in Russian)
Даль Р. О демократии / пер. с англ. А.С. Богдановского. М. : Аспект Пресс, 2000.
- Duchacek, I. (1986) *The Territorial Dimension of Politics within, among and across Nations*. Boulder, Westview Press.
- Elazar, D. J. (1987) *Exploring federalism*. Tuscaloosa, University of Alabama Press.
- Elazar, D. J. (1994) *Federalism and the way to peace*. Kingston, Institute of Intergovernmental Affairs.
- Elazar, D. J. & Kincaid, J. (eds.) (2000) *The Covenant Connection: from Federal Theology to Modern Federalism*. New York, Lexington Books. Available from: doi:10.1093/jcs/44.1.172.
- Fabbrini, S. (2017) Intergovernmentalism in the European Union. A Comparative Federalism Perspective. *Journal of European Public Policy*. 24(4), 580–597. Available from: doi:10.1080/13501763.2016.1273375.

- Forsyth, M. (1994) Federalism and Confederalism. In: Brown, C. (ed.) *Political Restructuring in Europe. Ethical Perspectives*. New York, Routledge, pp. 50–68.
- Forsyth, M. (ed.) (1989) *Federalism and Nationalism*. Leicester, Mass., Leicester University Press.
- Fossum, J. E. & Jachtenfuchs, M. (2017) Federal Challenges and Challenges to Federalism. Insights from the EU and Federal States. *Journal of European Public Policy*. 24(4), 467–485. Available from: doi:10.1080/13501763.2016.1273965.
- Goelzhauser, G. & Rose, S. (2017) The State of American Federalism 2016–2017: Policy Reversals and Partisan Perspectives on Intergovernmental Relations. *Publius*. 47(3), 285–313. Available from: doi:10.1093/publius/pjx038.
- Kalu, J. O. & Bing, D. (2016) Implication of Federalism in 'Federal' Related Political Institutions: A Conceptual Analysis. *Perspectives on Federalism*. 8(3), E45–E68. Available from: doi:10.1515/pof-2016-0016.
- Keating, M. (2017) Europe as a Multilevel Federation. *Journal of European Public Policy*. 24(4), 615–632. Available from: doi:10.1080/13501763.2016.1273374.
- Kostakopoulou, D. (2017) What Fractures Political Unions? Failed Federations, Brexit and the Importance of Political Commitment. *European Law Review*. 42(3), 339–352.
- LeÓN, S. & Orriols, L. (2016) Asymmetric Federalism and Economic Voting. *European Journal of Political Research*. 55(4), 847–865. Available from: doi:10.1111/1475-6765.12148.
- Lijphart, A. (1969) Consociational Democracy. *World politics*. 21(2), 207–225. Available from: doi:10.2307/2009820.
- Lijphart, A. (1990) The Power-Sharing Approach. In: Montville, J. V. (ed.). *Conflict and peacemaking in multiethnic societies*. Lexington, Lexington books.
- Mironyuk, M. G. (2008) Федерализм и демократия [Federalism and Democracy]. *Politicheskie sistemy i politicheskie kul'tury* [Political systems and political cultures]. Moscow, MGIMO (U) MID Rossii. (in Russian)
Миронюк М.Г. Федерализм и демократия // Политические системы и политические культуры. М. : МГИМО (У) МИД России, 2008.
- O'Driscoll, D. (2017) Autonomy Impaired: Centralisation, Authoritarianism and the Failing Iraqi State. *Ethnopolitics*. 16(4), 315–332. Available from: doi:10.1080/17449057.2015.1086126.
- Schleicher, D. (2017) Federalism and state democracy. *Texas Law Review*. 95(4), 763–820.
- Schwarz, P. (2017) Federalism and Horizontal Equity across Switzerland and Germany: a New Rationale for a Decentralized Fiscal Structure. *Constitutional Political Economy*. 28(2), 97–116. Available from: doi:10.1007/s10602-017-9234-1.
- Shaikhutdinova, G. R. (2017) Enhanced Cooperation in Federal States: Democracy through Asymmetry. *Public Administration Issues*. (5), 72–82. Available from: doi:10.17323/1999-5431-2017-0-5-72-82.
- Stepan, A. (1999) Federalism and Democracy: Beyond the U.S. Model. *Journal of Democracy*. 10(4), 19–34. Available from: doi:10.1353/jod.1999.0072.
- Thorlakson, L. (2017) Representation in the EU: Multi-Level Challenges and New Perspectives from Comparative Federalism. *Journal of European Public Policy*. 24(4), 544–561. Available from: doi:10.1080/13501763.2016.1273373.
- Tillin, L. & Pereira, A. W. (2017) Federalism, Multi-Level Elections and Social Policy in Brazil and India. *Commonwealth and Comparative Politics*. 55(3), 328–352. Available from: doi:10.1080/14662043.2017.1327928.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Платонов Владимир Михайлович — кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой политического анализа и управления, Факультет гуманитарных и социальных наук, Российский университет дружбы народов.

ORCID: 0000-0001-8921-9460

Контактная информация:

e-mail: platonov_vm@rudn.university

Для цитирования:

Платонов В.М. Федерализм как продукт западной правовой культуры // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 528–540, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-528-540

FEDERALISM AS THE PRODUCT OF WESTERN LEGAL CULTURE

Vladimir M. Platonov

RUDN University

Faculty of Humanitarian and Social Sciences

10/2, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The Article is devoted to justification of the fact that the federalism has a number of features, which are common with the characteristics of liberal democracy. The author proves that both of these phenomena represent the political forms of the organization of society developed by the Western European and North American political and legal cultures. The interrelation between federalism and democracy is traced in the western legal and political cultures at the conceptual, structural and functional levels, these phenomena are caused by typological specifics of the western societies. That means that the diffusion of the public power, competition of social groups, development of institutes of civil society are internally immanent to western political and legal cultures.

The integrating elements of federalism are provided with its consideration in three main aspects — as the structurally functional principle characterizing society and the public power, as the way of the political and territorial organization of the state assuming a combination of elements of centralization and decentralization and as a process, characterizing society in aspect of its democratization.

Representatives of the American and European political and legal science of the second half of the 20 century came to a conclusion that formation of the democratic state and realization of the principles of federalism are impossible in societies where ideological opposition, lack of uniform political and legal culture, differentiation of society on religious, ethnic, social and to other principles takes place.

In their aspiration to solve a problem of theoretical justification of a possibility of implementation of the principles of liberal democracy and federalism in any society, in any cultural and historical conditions, the ideologists of liberal democracy go for modification of their concepts. As an example the idea of consociation democracy is considered as some kind of «social dimension of federalism». However, despite such attempts, it is necessary to recognize that in the societies where the political power was institutionalized in others, than in Europe and North America, historical conditions, where in a basis of relationship between the individual, societies and the state lie other principles, where liberalism and liberal democracy as concepts weren't a product of the society, and have been introduced from the outside, the principles of federalism in their western, liberal and democratic understanding are inapplicable be-

cause of lack of objective social, economic, political, ideological and cultural prerequisites to their realization.

Key words: form of government; federalism; cultural and historical context; culturological approach; western legal culture; consociation democracy

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Vladimir M. Platonov, Candidate of Legal Sciences, Head of the Department of Political Analysis and Government, Faculty of Humanitarian and Social Sciences, RUDN University.

ORCID: 0000-0001-8921-9460

Contact information:

e-mail: platonov_ym@rudn.university

For citation:

Platonov, V. M. (2017) Federalizm kak produkt zapadnoi pravovoi kul'tury [Federalism as the Product of Western Legal Culture]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 528–540. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21- 4-528-540.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541–564

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРНОГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В НЕМЕЦКОЙ ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ ДОКТРИНЕ XIX–XX вв.

Р.А. Шухорт

Университет Бремена
Юридический факультет
28359, Бремен, Германия, Университетсallee, GW 1
Тюменский государственный университет
Институт государства и права
625003, Тюмень, Россия, ул. Ленина, 38

Исполнение обязательств в рамках договорного права является одним из сложных и содержательных правовых явлений. Правовая природа исполнения договорного обязательства, его теоретические аспекты по-прежнему являются спорными. Единства не существует ни в немецкой правовой доктрине, ни в судебной практике Германии. Однако без четкого и единого понимания сущности исполнения договорного обязательства нельзя установить общие критерии исполнения, а их отсутствие, в свою очередь, порождает противоречивость правоприменения.

Цель статьи — проведение комплексного анализа правовой природы исполнения договорного обязательства и выделение основных его элементов. В связи с этим автор обращается к материалам немецкой цивилистической доктрины XIX–XX вв.

Прежде всего в статье анализируются идеи пандектного права, которые являются фундаментом для изучения сущности исполнения, восходят к римскому праву и отличаются подробной и основательной аргументацией, а также не теряют своей значимости для современного понимания правовой природы исполнения договорного обязательства. В частности, такие основополагающие идеи, как исполнение посредством бездействия, наличие воли, цели и др., нашли свое развитие и в теориях немецкой правовой мысли XX в., а в последующем в немецком законодательстве и судебной практике.

Обращаясь к немецким цивилистическим доктринам XX в. об исполнении договорного обязательства, автор уделяет внимание, во-первых, консенсуальным теориям (общая договорная теория, ограниченная договорная теория, теория соглашения о намерениях); во-вторых, теории реального исполнения договорного обязательства; в-третьих, теории односторонней субъективной природы исполнения договорного обязательства.

В заключении автор делает вывод о наличии трех основных элементов — деяние, воля, целенаправленность — через призму которых должно рассматриваться исполнение договорного обязательства и определяться его правовая природа.

Ключевые слова: обязательственное право; договор; исполнение договорного обязательства; пандектное право; общая договорная теория, ограниченная договорная теория, теория соглашения о намерениях; теории реального исполнения договорного обязательства; теории односторонней субъективной природы исполнения договорного обязательства

Благодарности: Автор выражает благодарность за рекомендации при подготовке статьи — кандидату юридических наук, адвокату Адвокатской палаты Ленинградской области К.В. Гнищевичу

I. ВВЕДЕНИЕ

Правовая природа исполнения договорного обязательства занимает ученые умы уже продолжительное время. С момента появления первых попыток придания общественным отношениям правовой формы возникает вопрос о том, что же есть исполнение. Однозначного ответа до сегодняшнего дня не существует (да и возможен ли он?). При этом изучение правовой природы исполнения обязательства носит не только теоретический характер, а представляет собой тот случай, когда основополагающее теоретическое учение должно способствовать верному и единообразному толкованию и применению права на практике, в чем на настоящий момент видится острая необходимость. С целью изучения природы исполнения договорного обязательства в статье анализируются основные идеи пандектного права и теории немецкой правовой доктрины XX века.

II. ИДЕИ ПАНДЕКТНОГО ПРАВА

Основополагающие идеи об обязательстве и его исполнении были заложены еще римским правом, а в последующем восприняты правом пандектным. Для анализируемой проблематики представляет особый интерес анализ работ Г. Дернбурга, К.Л. Арндтс фон Арнесберга, Д.Ф.Л. фон Келлера, Б. Виндшейда, И. Барона.

Так, Г. Дернбург (1897:1) определял обязательство как правоотношение, которое состоит в обязанности должника исполнить в пользу кредитора определенное действие, обладающее имущественной ценностью. Согласно точке зрения ученого, должник обязывается к «совершению, допущению или не совершению чего-либо, например, в случае запрета конкуренции, согласно которому не разрешается заниматься определенного рода деятельностью» (Dernburg, 1897:2). При этом речь идет не только о совершении деяния. В частности, Г. Дернбург акцентировал внимание на том, почему должник совершает эти деяния, что может выступать побудительным фактором: «Обязательства создают обязанность и тем самым оказывают воздействие на невидимый мир волевых актов. Претворение в жизнь происходит посредством психических средств. Должника побуждает к исполнению частично правосознание и чувство долга, частично желание получить встречное исполнение, частично стремление к охране своего кредита; крайним средством, в конце концов, выступает принуждение со стороны государства» (Dernburg, 1897:2). Таким образом, исполнение представляется волевым актом.

Кроме того, Г. Дернбург строго различал само содержание обязательства (относительное правоотношение «кредитор — должник») и то, что требуется для его исполнения. Относительно последнего ученый приводил пример исполнения обязательства третьим лицом: «...платеж долга в большинстве случаев

может произвести всякий, даже лицо, не являющееся должником, так как его действие обыкновенно приводит к требуемому результату ничуть не хуже исполнения со стороны самого должника и должно быть, таким образом, достаточным для погашения обязательства» (Dernburg, 1897:4).

Действительно, если достигается цель обязательства, пусть и посредством участия третьего лица, то обязательство должно признаваться исполненным. Согласно подобной позиции деятельность должника должна соответствовать цели обязательства, для кредитора же важен лишь тот результат, который должен быть достигнут (Dernburg, 1897:4). Следовательно, одним из важнейших критериев при исполнении обязательства является достижение цели обязательства, а именно удовлетворение того интереса, которое заложено в обязательстве. В конечном итоге исполнение обязательства сводится к триаде: деяние, которое представляет собой волевой акт (воля), направленный на достижение цели обязательства (целенаправленность).

Схожим образом определял обязательство К.Л. Арндтс (1883:363, 410). «Слово “Obligatio” характеризует, с одной стороны, право кредитора, требование, с другой стороны, соответствующую обязанность (долг) должника, так что все правоотношение рассматривается в плане обеих сторон (обязательственное правоотношение) (Arndts, 1883:363). Содержание обязательства заключается в действии должника, причем ученый отмечает, что оно может состоять и в бездействии (негативном действии). Право кредитора представляется в том, что обязанность должника должна быть исполнена. В получении и принятии исполнения состоит отсюда осуществление права требования. При этом полное осуществление требования прекращает это право (Arndts, 1883:409). Данные идеи обосновывает К.Л. Арндтс на цели, смысле самого обязательства: «...цель обязательства есть его погашение через удовлетворение кредитора» (Arndts, 1883:410). Автором не исключается возможность такого удовлетворения третьим лицом, а также принятия не самим кредитором, а иным уполномоченным лицом (*solutionis causa adiectus*) (Arndts, 1883:506).

Таким образом, при исполнении обязательства представляются необходимыми действия обеих сторон — исполнение плюс принятие¹. Само обязательство и его исполнение в целом можно охарактеризовать как «симбиоз» сторон. Особую ценность, как представляется, имеет умозаключение ученого о цели, назначении обязательства, а именно его погашение, которое задает направление для определения природы исполнения, определяет ее ремиссионность.

О том, что представляет собой результат исполнения, писал также Д.Ф.Л. фон Келлер (1861:515): «Общий и абсолютный результат каждого действительного платежа (платежа в широком смысле — *Авт.*) есть совершенное и суб-

¹ При этом Арндтс определяет принятие исполнения кредитором как элемент осуществления его права, не как обязанность.

станциональное разрушение исполненного обязательства». Исполнение, по мнению ученого, является надлежащим видом разрушения или погашения (*solutio*) обязательства (Keller, 1861:514). Оно должно соответствовать содержанию обязательства, то есть должно быть исполнено именно то, что входит в субстанцию требования кредитора. Ученый рассматривал случаи наличия нескольких обязательств между одними и теми же кредитором и должником, при исполнении которых без проявления воли должника не явствует, какое именно обязательство погашается. В таких случаях, кредитор вправе ее (волю должника) супплировать, но при этом с учетом интересов и самого должника (Keller, 1861:516).

Б. Виндшейд, описывая исполнение обязательства, использовал понятие “*Willenstätigkeit*” («волевая деятельность»). Ученый при квалификации исполнений на временные и продолжаемые определял их через способ выражения волевой деятельности как временной или продолжаемой. Подразделяя исполнения на простые и сложные (составные), он описывал последние как исполнения, результат которых может быть достигнут посредством множества волевых действий, каждое из которых приводит к различным результатам, но при этом это множество образуется исходя из единой цели обязательства (Windscheid, 1963:15). Автор допускал наличие как позитивных, так и негативных обязательств (Windscheid, 1963:14). С учетом определения ученым исполнения в целом через волевою деятельность можно предположить наличие волевого элемента и при исполнении негативного обязательства.

И. Барон рассматривал содержание обязательства с двух позиций: позиции кредитора и позиции должника. Со стороны кредитора обязательство — это право: право на исполнение; со стороны должника это обязанность: обязанность обязательство исполнить или принять на себя ответственность за неисполнение или несоответствующее исполнение (Baron, 1890:376).

При этом не всегда необходимо, чтобы исполнение происходило через самого должника и было направлено самому кредитору. Первое требуется только в тех обязательствах, при исполнении которых особую роль играет личность/личностные качества исполняющего (обязательства в сфере искусства, например, труд художника). В иных случаях исполнение может быть совершено другим лицом, и кредитор не должен отказываться от принятия такого исполнения, независимо от того, было ли дано распоряжение должника на это исполнение или нет (Baron, 1890:378). Следовательно, речь идет о том, что кредитору предоставляется не только право, но и вменяется обязанность по принятию исполнения, при этом не играет роли то, кем предлагается надлежащее исполнение.

Исполнение со стороны должника может быть также направлено не самому кредитору, а его представителям (опекунам, доверенным лицам и т.д.); такой вариант должен всегда иметь место при недееспособности кредитора (Baron, 1890:378). Ученый указывает на то, что зачастую данное полномочие закрепляется самим договором или предоставляется должнику позднее (*solutionis causa*

adiectus). Если обязательство связано с предоставлением движимой вещи, которое должник не может исполнить ввиду препятствий со стороны кредитора (кредитор уклоняется от принятия, отсутствует и т.д.), должник может освободиться от обязанности путем судебного депонирования (у римлян — передачи вещи в храм). При этом должник свободен в праве забрать вещь до момента ее получения кредитором, так как кредитор приобретает право собственности лишь с момента получения вещи. Наконец, если должник в этом заинтересован, он может предъявить к кредитору иск о принятии исполнения (Varon, 1890:379).

Таким образом, исполнение обязательства характеризуется как двусторонний акт, а наличие возможности исполнения уполномоченным лицам, депонирования, подачи иска о принуждении к принятию подчеркивает важность не только предложения исполнения, но и его принятия кредитором (иными лицами/иным способом).

Идеи пандектного права представляют большую ценность для изучения правовой природы исполнения обязательства, так как еще в середине XIX в. были заложены основы, формирующие современные представления о том, что есть обязательство и его исполнение. Определение исполнения через действия и/или бездействие как двусторонний акт между кредитором и должником (предложение-принятие), наличие субъективных элементов: воля, цель; определение цели именно как направленности на разрушение/погашение обязательства, исполнение и принятие третьими лицами — те основополагающие идеи, которые воспринимает современная научная мысль в своих доктринах, а также закрепляет в том или ином виде/степени современный законодатель.

III. НЕМЕЦКИЕ ТЕОРИИ XX в.

Многие идеи пандектного права об исполнении обязательства находят свое развитие в исследованиях немецких ученых XX в. Особую популярность в начале данного столетия приобретают консенсуальные теории, характеризующие исполнение как *консенсус* между должником и кредитором (*die Konsensualtheorien*).

3.1. Консенсуальные теории исполнения обязательства

Основополагающая идея консенсуальных теорий заключается в том, что при исполнении помимо фактического предоставления перманентно необходимо наличие соглашения между должником и кредитором (*договор об исполнении*). Данная идея находит свои особенности и принципиальные различия в трех теориях: общей договорной теории (*die allgemeine Vertragstheorie*), ограниченной договорной теории (*die eingeschränkte Vertragstheorie*) и теории о намерении (*die Zweckvereinbarungstheorie*).

В рамках общей договорной теории договор об исполнении рассматривается в значении самостоятельной сделки. Он заключается через предложение исполнения (оферту) и соответствующее принятие (акцепт), пишет Р. Генле

(1934:368). В принятии «как исполнении» через кредитора должно быть видно его распоряжение об обязательстве.

Возникает закономерный вопрос: каким видели этот договор немецкие ученые?

В 1903 г. один из основоположников консенсуальных теорий Р. Клайн (1903:45) писал о так называемом кауза-договоре (*Causa-Vertrag*) как условии исполнения. Согласно его точке зрения исполнение — это всегда действие (причем он понимает действие широко, включая в него и бездействие), которое через представления о результате влечет за собой осознанные телесные движения. Волю на достижение результата он определяет как сделко-правовое выражение воли, проявляющееся как минимум конклюдентно. Воля на погашение обязательства представляется сделкой (отсюда исполнение не только договор, но и одновременно сделка, то есть состоит из обеих частей). Кредитор должен «открыть ворота своего состояния» (Klein, 1903:47), чтобы уплата долга могла быть произведена. Без этого содействия кредитора исполнение произойти не может и также не может перешагивать границы, которое это содействие устанавливает.

В качестве обоснования теории договора Р. Клайн видел и законодательную формулировку § 363 Германского Гражданского Уложения (далее — ГГУ): «Если предложенное должником исполнение *принимается кредитором* в качестве исполнения...»². Кауза-договор, согласно представлениям ученого, не имеет временной зависимости от самого фактического исполнения, оно может быть совершено ранее или позднее. Кауза-оферта должника может быть принята кредитором молчаливо через принятие предложенного исполнения, через осуществление кредитором содействия, через «открытие ворот». Автором видится кауза-договор в отношении исполнения как фактических действий самостоятельным элементом. Ввиду этой абстракции договор может быть недействительным при имеющих юридическую силу действиях и наоборот, то есть кауза-договор как субъективный элемент исполнения и фактические действия как объективный независимы друг от друга. Р. Клайн также подчеркивал независимость договора об исполнении от природы обязательства (что есть важная основополагающая черта общей договорной теории).

Х. Кресс (1929:448) определял договор об исполнении как соглашение между кредитором и должником о цели исполнения, как «соглашение о намерениях (в значении цели)» (*Zweckvereinbarung*). Это соглашение согласно позиции автора прекращает обязательство, что принципиальным образом отличает ее от идеи теории соглашения о намерении и позволяет отнести позицию Х. Кресс к общей договорной теории, несмотря на терминологическую схожесть. Автор размышляет, что исполнение может быть произведено лишь тогда, когда есть

² Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands. URL: <https://dejure.org/gesetze/BGB/363.html>.

законное основание, которое должно быть истолковано из соглашения о намерениях. Решающим для кредитора является не осуществление, а возможность удержания исполненного. Это возможно лишь при действующем соглашении о намерении, иначе должник сможет потребовать исполненное обратно на основании § 812 ГГУ (неосновательное обогащение).

Стоит отметить, что обоими авторами допускается конклюдентное заключение договора об исполнении.

Ф. Лент (1907:11) характеризовал договор об исполнении как связь/отношение между платежом (исполнением) и долгом (обязательством). Его точка зрения имеет обоснование на дословном толковании абз. 1 § 362 ГГУ, особенно формулировки — “*geschuldete Leistung*” — «обязанное исполнение; исполнение, обоснованное обязанностью». Это не только лишь пустое внешнее выражение тождественности Исполняемого и Обязанного (Должного), но и внутренняя волевая связь, которая должна устанавливаться как минимум через волю должника (Lent, 1907:13).

Без намерения никто не действует (не исполняет), полагает автор, а без воли не было бы и намерения. Это намерение на погашения долга выступает самостоятельной сделкой и не всегда имеет место быть по причине заключения обязательственного договора. Соответственно, разделению между обязательственной и распорядительной сделками должна представляться воля на исполнение абстрактно как самостоятельная сделка.

Ф. Лент, аргументируя договорную теорию, ссылается на то, что как начинались договорные отношения через договор, так они им (договором) и заканчиваются. Кредитор через свой волевой акт (действия) приводит обязательство к прекращению и таким образом им распоряжается. Волеизъявление кредитора важно и тогда, когда исполнение происходит и без его содействия. Намерение должника на погашение обязательства проявляется «молчаливо», что, как правило, происходит через совершение самого исполнения. Исключение в договорной теории делает автор в отношении негативных обязательств, которые согласно их догматических особенностей не исполняются и, следовательно, неосознанно и от неспособности иметь сделко-правовой характер могут быть погашены (Lent, 1907:18). А. Шенингер (1906:91) основывает свою позицию на латинском понятии исполнения “*solvere*”, что означает «прекращение, освобождение от долга», и уже отсюда эти отношения предполагаются как определенные обязательственные отношения. Исполнение имеет всегда две персоны (субъекта) — Исполняющего и Получающего, так что кауза предоставления может быть обоснована только через соглашение обоих партнеров.

Несмотря на различное описание договора об исполнении, все представители общей договорной теории видят исполнение как соглашение (договор) между кредитором и должником, который должен приводить к прекращению обязательства. Этот договор является генеральным условием исполнения. Многие авторы указывают на двустороннюю структуру отношений «долг — пла-

теж», при этом ссылаясь на законодательство — § 363, абз. 2 § 362 ГГУ — как подтверждение договорной природы исполнения.

Однако общая договорная теория «не справляется» с такими сложностями, как исполнение фактических обязательств (выполнение работ, оказание услуг), и со случаями, когда кредитор отсутствует. В последнем указание на «всегда необходимое содействия кредитора» при исполнении противоречит не только современным реалиям жизни, но и действующему законодательству (как ГГУ (§§ 372–386), так ГК РФ (ст. 327) содержат, например, такой субститут, как депонирование).

Неубедительной представляется ссылка на такие конструкции, как конклюдентные, предполагаемые договоры об исполнении, которые не имеют материального выражения, но, тем не менее, имеют место быть и, вероятно, представляют собой особую абстрактную материю. Нельзя не согласиться с Г. К. Бекхаус, что обосновывается теория «в общем», без глубокого анализа возможных особенностей и исключений при исполнении обязательства (Beckhaus, 2013:15). На современном этапе развития права данная теория в немецкой доктрине не имеет более сторонников и представляет в конечном итоге историческую ценность.

Следующая консенсуальная теория — ограниченная договорная — в некоторой степени «исправляет» догматические недостатки своей предшественницы. Согласно данной теории договор об исполнении только тогда необходим, когда исполнение не может само без заключения договора воплотиться в жизнь (например, переход права собственности или передача прав/требований (цессия)). В данном случае речь идет о распорядительных действиях. В отличие от общей договорной теории для данной концепции в зависимости от вида обязательства фактического совершения действий или наличия одностороннего волеизъявления должника для исполнения достаточно, насколько вид действий не требует сделко-правового содействия кредитора. Особенно в договорах на выполнение работ и оказание услуг, а также при негативных обязательствах договор об исполнении не требуется. Что же требует исполнение в этих случаях? Здесь мнения ученых расходятся и образуются три основных направления, «подтеории».

Первая исходит из того, что при исключительно *фактических действиях* по исполнению роль играет волеизъявление должника на погашение обязательства, а при *негативном обязательстве* достаточным является объективное исполнение. Представителями выступают такие немецкие ученые, как А. фон Тур и Г. Баллауфф.

Центральный пункт аргументации А. фон Тур — кауза предоставления, которая приводит к «особенному» предоставлению. Примерами являются такие специальные случаи, как пожертвование, публичное обещание вознаграждения, при которых содействие кредитора не требуется. В таких случаях должник может подтверждать каузу предоставления в одностороннем порядке через выра-

жение своего волеизъявления. Интересным представляется умозаключение автора о том, что при неосознанных фактических действиях без наличия намерения на исполнение должника (прекращение обязательства) исполнение также наступает, так как (и только в случае если, полагаем мы) кредитор в конечном итоге получает то, что ему предназначено (Tuhr, 1918:91)³. Однако при этом, когда необходим договор об исполнении, А. фон Тур подчеркивает, что требуется полная дееспособность кредитора без исключений.

По мнению второго немецкого ученого Г. Баллауфф, при исполнении в виде бездействия выражение воли не требуется, так как через само объективное бездействие — независимо от того, что выступает причиной — происходит исполнение (Ballauff, 1915:38).

Согласно второй «подтеории», как *при фактических действиях по исполнению, так и при негативном обязательстве* требуется выражение воли должника на погашение обязательства. К. Кроме, Б. Маттиас исходят из того, что в исключительных случаях вместо основополагающего договора об исполнении требуется односторонняя сделко-правовая воля должника (Crome, 1902:233; Matthiaß, 1914:234). Только при сделко-правовом характере исполнения должна требоваться воля и дееспособность кредитора. Причем при дефекте дееспособности кредитора должник может только тогда потребовать исполненное назад, когда кредитор получил больше, чем ему было положено⁴.

В соответствии с третьей «подтеорией» достаточным является объективное действие по исполнению как *при фактических действиях по исполнению, так и при негативном обязательстве*. В частности, Х. Яскиш, Х. Леманн, Л. Еннесеруз выступают за еще большее ограничение договорной теории. Противоположно приведенным мнениям других авторов ограниченной договорной теории они считают, что как при фактических действиях по исполнению, так и при бездействии не требуется односторонней сделко-правовой воли на погашение обязательства со стороны должника. Достаточными являются явные фактические действия/бездействия, направленные на погашение обязательства (Jackisch, 1919:290; Lehmann, 1906:213; Ennescerus & Lehmann, 1958:174). Основополагающую договорную натуру исполнения Х. Яскиш обосновывает тем, что это соответствует естеству правоприменения, если обязательственное правоотношение может заканчиваться через прекращающий акт, по возможности зеркально соответствующий обязательственной сделке. Особенно материально-правовое

³ Схожие рассуждения встречаются в «Концепции совпадения» известного российского ученого С.В. Сарбаша, которая позволяет, как представляется, разрешить многие спорные вопросы относительно «особых» обстоятельств при исполнении договорного обязательства и сохранить при этом идею единой правовой природы исполнения. См.: *Сарбаш С.В.* Общее учение об исполнении договорных обязательств: дисс. ... д.ю.н. М., 2005.

⁴ Данное единичное исключение, обозначенное немецкими учеными еще в начале XX в., также охватывается уже упомянутой «Концепцией совпадения».

действие исполнения в смысле прекращения обязательства может быть вызвано только через материально-правовой акт — сделку. При этом нельзя считать заблуждением, что, например, должник негативного обязательства будет освобожден от долга и при неосознанном бездействии только лишь за счет своего негативного действия, что должно приводить к такому результату, как отказ от не имеющей исключений договорной природы исполнения (Jackisch, 1919:291).

Помимо трех описанных вариаций ограниченной договорной теории можно выделить еще одну ее особенную форму — ограниченную договорную теорию в «ослабленном варианте». Основная идея заключается в том, что даже при сделко-правовом характере действий по исполнению самостоятельный договор об исполнении не требуется. Речь идет больше о необходимом «соглашении о погасительном характере» возникающего результата исполнения. Кроме того, это единение должно иметь юридический и распорядительный характер — схожее единению в смысле §§ 873, 929 ГГУ⁵. Экономическая и юридическая связь между обязательством и его исполнением устанавливается посредством двустороннего осознания и согласия на погашение долга (Fikentscher & Heine-mann, 2006:164). Г. К. Бекхаус (2013:22), характеризуя изложенную позицию, говорит о том, что налицо лишь терминологическая разница между данной подтеорией и иными подтеориями ограниченной договорной теории, речь в конечном итоге идет о договоре. Представляется, что изложенной концепции можно найти иное объяснение, а именно что в данном случае речь идет не о договоре, а о соглашении, являющемся двусторонней сделкой, но не являющемся договором⁶.

Помимо договорной и ограниченной договорной теорий к консенсуальным можно отнести теорию соглашения о намерении (иное название — теория реального договора), согласно которой исполнение есть двусторонне активный акт. Помимо объективных действий по исполнению должен иметь место субъективный элемент — соглашение о цели исполнения, о цели этих действий. В отличие от договорной теории этот субъективный компонент рассматривается не как «прекращающий обязательство», т.е. не есть распорядительная сделка, а исключительно как «сделко-правовое единение управомоченных лиц о цели,

⁵ § 873 ГГУ — правила о передачи права собственности на земельный участок путем достижения соглашения и внесения записи в поземельную книгу; § 929 ГГУ — правила о передачи права собственности на движимые вещи путем фактической передачи и взаимного соглашения сторон об этом; если вещь уже находится во владении приобретателя, то достаточно одного соглашения.

⁶ Известный российский ученый М.И. Брагинский разграничивал такие юридические явления, как «договор» и «соглашение». Договор представляет собой базовое соглашение, порождающую силу, при этом соглашение (которое не есть договор) выполняет лишь изменяющие, дополняющие или прекращающие функции для основного правоотношения. Соглашение не всегда способно создать базовое правоотношение, а только тогда, когда оно есть договор. По аналогии двусторонняя сделка не всегда есть договор, она может предназначаться только для «обслуживания» исполнения, то есть выступать способом его совершения. См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 1999.

смысле, назначении исполнения», о том, с каким намерением совершаются действия по исполнению, выражаясь более лаконично, так называемое соглашение о намерении или реальный договор (Ehmann, 1968:549-550; Schnauder, 1981:40; Rother, 1969:30⁷).

Согласно позиции Х. Эеманн (1968:549) договорная теория в своем классическом виде — как идея правопрекращающего договора — с момента начала действия ГГУ не имеет больше последователей. Она представляет только определенное историческое значение и была нивелирована уже в римском праве. Поэтому автор предлагает вообще характеризовать концепцию в целом не как договорную, а как «концепцию соглашения о намерении исполнения». Обязательствопрекращающий характер соглашения между сторонами ученый видит только в двух случаях — § 397 ГГУ (обязательственные отношения прекращаются, если кредитор прощает долг по договору должнику) и § 364 ГГУ (обязательственные отношения прекращаются, если кредитор принимает в счет исполнения обязательства по договору иное исполнение от должника). Однако возникает вопрос, который видится нам риторическим: разве не прекращаются они и ввиду принятия надлежащего исполнения?

Соглашение о намерении служит установлению связи между действиями по исполнению и обязательством (платежом и долгом). Так, Х. Эеманн (1969:1833) приводит примеры, когда соглашение о намерении служит основанием для смены носителя бремени доказывания (§ 363 ГГУ), правовому обоснованию неосновательного обогащения (§ 812 ГГУ), а не является «обязательствопрекращающим освободительным фактом».

Модели, заложенные в ГГУ, позволяющие исполнить обязательство односторонне должником, видятся сторонникам теории исключениями ради целесообразности. В конце концов, лишь соглашение о намерении (координирующий договор) связывают разорванные принципом абстрактности обязательственную и распорядительную сделки (Rother, 1969:1, 33). Ключевой момент данного соглашения — координация, соединение исполняемого и должного (платежа и долга). С этой точки зрения разрешается вопрос исполнения фактических обязательств (ключевой критический момент в договорной теории) через предполагаемое, ожидаемое или последующее соглашение о намерениях.

Подводя итог рассмотрения консенсуальных теорий, стоит еще раз кратко отметить, что данные теории исходят из положений о двусторонне активной правовой природе исполнения, при этом субъективный элемент включает в себя соглашение между должником и кредитором (природа этого соглашения описывается учеными различно — как договор об исполнении, соглашение о наме-

⁷ В. Ротер (1969:27) называл данное соглашение координирующим, соединяющим договором (“*Zuordnungsvertrag*”).

рении). Обоснованием часто выступают абз. 2 § 362, § 363 ГГУ, содержащие положения о необходимости содействия кредитора при исполнении.

Договорная теория и теория соглашения о намерении представляются относительно близкими, они обе в отличие от ограниченной договорной теории не делают исключений в плане необходимости наличия соглашения между сторонами, однако в свою очередь различным образом характеризуют природу этого соглашения — договорная теория как обязательствопрекращающий договор об исполнении, теория соглашения о намерениях — сделко-правовое, но не распорядительное, соглашение о намерении исполнения, которое служит координации между долгом и платежом.

В процессе преодоления догматических конструкций общей договорной теории была развита ограниченная договорная теория. В основе своей она имеет также договор об исполнении, прекращающий обязательство, но делает исключения для определенных групп — обязательств, заключающихся только в фактических действиях и бездействии. При этом при определении правовой природы исполнения в таких случаях единства среди представителей теории нет.

В целом все консенсуальные теории подвергаются сильной критике. Сами нормы законодательства содержат случаи, когда содействие кредитора не требуется для исполнения (например, абз. 1 § 366, абз. 1 § 362 ГГУ). Следовательно, данный контраргумент нивелирует все ссылки представителей теорий на нормы ГГУ, хотя, на наш взгляд, ссылки на закон не должны иметь решающего значения для определения правовой природы исполнения.

Что есть закон в данном случае? Это попытка урегулировать отношения, которые характеризуются неимоверно стремительной динамикой, ни одно законодательство не может быть совершенным как минимум в силу своей статичности. Кроме того, речь идет о сущности исполнения, такое глубокое исследование должно проводиться с опорой на правовую мысль, но не на законодательство. И. Казпари (1916:12) отмечал, что ГГУ не содержит норм, которые бы устанавливали состав/элементы исполнения. Нормы ГГУ не выступают обоснованием, базисом ни для одной из теорий исполнения. Совокупность всех норм имеет также не большее значение для этого, чем каждая норма в отдельности. Наглядно идею консенсуальных теорий критикует П. Кречмар (1906:117): «Исполнение есть освобождение через реализацию обязанностей, не через «милость» кредитора». Дифференциация правовой природы исполнения обязательства в зависимости от его вида (ограниченная договорная теория) встречает возражения, которые основываются на том, что правовая природа есть суть явления, его сущность, «правовая природа есть всегда она сама», а ее дробление осуждается как «своевольное и беспринципное» (Oetmann, 1928:368).

3.2. Теория реального исполнения обязательства

Отсутствием «дробления» отличается теория реального исполнения обязательства (*Theorie der realen Leistungsbewirkung*), которая в настоящий момент

является господствующей и в немецкой доктрине (Grigoleit, 2009:125, 127; Lorenz, 2009:109, 111) и практике (Beckhaus, 2013:30)⁸.

Согласно данной концепции для наступления исполнения уже достаточно совершения фактических действий по исполнению обязательства. По причине отсутствия дальнейших требований в абз. 1 §362 ГГУ (отсутствие субъективного элемента) явное объективное достижение результата действий по исполнению является решающим и достаточным для осуществления исполнения. Однако как в литературе (Fromm, 1912:13), так и в судебной практике⁹ отмечается, что данное правило может действовать только тогда, когда действия по исполнению могут быть соотнесены с соответствующим обязательственным правоотношением. Для этого достаточно того, что действия должника по исполнению соответствуют требуемому долгу и отсутствуют другие схожие обязательства, к исполнению которых одновременно или вместо предполагаемого эти действия могут привести.

Координация, соотношение между долгом и платежом находят себя в договорных связях (условиях) из обязательственных отношений и при законодательном регулировании из объективного права. Данная теория ссылается на известный постулат римского права: “*Solvere dicimus eum, qui fecit quod facere promisit*”¹⁰, что означает: «Мы говорим, что тот исполняет, который выполняет то, что он выполнить обещал». Представители данной теории также указывают, что единственным решающим для исполнения в конечном итоге выступает то, что кредитор получает то, что ему положено (Ihrcke, 1903:61). Кредитор не должен самовольно, самоуправно отклонять, соответствующее предмету обязательства, предлагаемое исполнение (Fromm, 1912:27). В реалиях при сделко-правовых действиях по исполнению наличествует как минимум молчаливое волеизъявление. При лишь фактических действиях по исполнению волеизъявление может отсутствовать (Caspari, 1916:62). Некоторые сторонники теории постулируют, что целенаправленности вообще не требуется при исполнении, так как этот субъективный компонент уже заложен в само понятие «исполнение» (Prütting, Wegen & Weinreich, 2011:631). Кроме того, зачастую на практике достаточно явных фактических действий, это соответствует «справедливости и потребностям ежедневной жизни» и обеспечивает надежность оборота, так как кредитор желает получить исполнение и не рассчитывает на неосновательное обогащение и предъявление требований, вытекающих отсюда. В руках же

⁸ При этом Г. К. Бекхаус отмечает, что Верховный суд четко свою позицию относительно правовой природы исполнения не обозначает, а содержит лишь в некоторых единичных решениях высказывания, в которых проявляется данная теория.

⁹ BGH 22.6.1992, NJW 1992, 2698, 2699; BGH 17.7.2007, NJW 2007, 3488, 3489.

¹⁰ Digestorum Lib. XLI. Tit. I. — Digestorum Lib. L. Tit. XVII. con Indice Delle Istituzioni & Indice Del Digesto. 50, 176.

должника находится предложение исполнения, в его интересах избежать отклонения исполнения и кондикционных требований (Caspari, 1916:63).

Подобные умозаключения представляются немного идеализирующими реальность, как раз с учетом того, что происходит в современной практике, где каждая сторона правоотношения в первую очередь думает о своем благе и выгоде и стремится всеми возможными способами сократить свои расходы и избежать ответственности.

В случае исполнения обязательства третьим лицом (абз. 1 § 267 ГГУ), а также при преждевременном исполнении согласно данной концепции наличие субъективного компонента все же необходимо. Такое «позитивное» обозначение цели необходимо тогда, когда иначе цель приведения объективно не ясна (Larenz, 1987:240). При этом должно иметь место не только внутреннее выражение воли, она должна быть объективно внешне ясна¹¹.

Таким образом, можно констатировать, что теория реального исполнения, как и иные теории, так же отводит выражению воли при исполнении обязательства определенную роль, несмотря на то, что оно, согласно основополагающей идее, самоследует из объективного права и объективных обстоятельств.

Итак, волеизъявление на погашение обязательства приобретает значение, если не ясно соотношение исполнения к обязательству (платежа к долгу). При этом, согласно представлениям некоторых ученых (Fromm, 1912; Oetmann, 1928; Larenz, 1936;) должнику дозволено в силу принципа частной автономии иметь «негативное» волеизъявление на погашение обязательства и таким образом осуществлять исполнение. Условием, однако, выступает то, что это должно происходить одновременно с выполнением действий по исполнению. Немецкая судебная практика в целом также признает возможность «негативного выражения» воли¹², хотя и существуют решения с противоположной точкой зрения¹³.

Вопрос, должно ли волеизъявление быть выраженным (и только тогда оно принимается во внимание) или же достаточно «молчания» как выражения воли при осуществлении исполнения, остается спорным и в научной литературе. Речь идет не только о различных точках зрения различных ученых, но и о том, что многие авторы в процессе научных исследований меняли свои представления¹⁴.

Не существует единства среди представителей теории также относительно правовой природы такого волеизъявления. Оно определяется как требующее принятия разъяснение воли (Boehmer, 1910:84; Leonhard, 1929:587), сделко-

¹¹ BGH 22.6.1992, NJW 1992, 2698, 2699.

¹² BGH 14.7.1972, WM 1972, 1276, 1277.

¹³ BGH 21.11.2005, NZG 2006, 24,25.

¹⁴ Например, К. Larenz (1936:146; 1987:241) изначально полагал, что только «выраженная» воля может быть действительной, в дальнейшем же ученый приходит к расширению своих взглядов и пишет о том, что воля при исполнении может быть выражена и негативно.

правовое действие (Bamberger & Roth, 2016:§362, Rn.11) исключительно фактическая характеристика исполнения (Westermann, 1967:190, 192). Единство имеется лишь в отношении вопроса о применимости прямо или по аналогии положений §§ 119 ff. ГГУ (положения об оспоримости) к случаям отсутствия воли, когда она необходима¹⁵ (Palandt, 2012:§ 362, Rn. 7).

Таким образом, основополагающе теория реального исполнения видит субъективные компоненты исполнения излишними. Исполнение находит себя исключительно в фактических действиях и объективном праве. При этом волеизъявление должника считают возможным и имеющим значение в таких случаях, как исполнение через третье лицо (абз. 1 § 267 ГГУ), преждевременное исполнение и иные случаи, когда имеет место сомнение в смысле/цели приведении исполнения.

Основная критика теории основана на ее противоречивости ввиду признания негативного (пассивного) волеизъявления (Lent, 1907:15; Margraf, 1911:29), а также отсутствию четкой и убедительной дифференциации между случаями, требующими ярко выраженного волеизъявления и конклюдентного (Eichele, 1965:20). В конечном итоге наступление исполнения обязательства согласно и данной теории зависит от воли должника и тем самым от субъективного элемента, наличие которого теория отрицает, что, на наш взгляд, и составляет самое существенное противоречие.

3.3. Теория односторонней субъективной природы исполнения обязательства

Наиболее глубоко теоретически обоснованной представляется теория односторонней субъективной природы исполнения обязательства (*Theorie der einseitig subjektiven Rechtsnatur der Erfüllung*). Согласно данной теории исполнение не требует соглашения между сторонами, но и лишь фактических действий по исполнению не достаточно. Необходимо же *одностороннее распоряжение должника о цели/назначении действий по исполнению* (Manigk, 1901:40; Hamburger, 1914:211; Rosenberg, 1901:32; Alexander, 1902:64; Bauer, 1903:39; Lutz, 1928:37). Исполнение состоит из одного, но содержащего два акта, фактического обстоятельства (предложение-принятие), и субъективного компонента, в противоположность консенсуальным теориям, имеющего только одностороннюю природу. Именно отсюда следует название теории. Требования, предъявляющиеся к этому субъективному элементу, оцениваются по-разному. Особенно спорным является вопрос относительно того, включает ли при исполнении намерение на погашение обязательства *волеизъявление*. Теория выделяет две подтеории: теорию односторонней сделки (*Theorie des einseitigen Rechtsge-*

¹⁵ BGH 6.12.1988, BGHZ 106, 163, 166.

schäfts) и теорию односторонних сделкоподобных действий (*Theorie der finalen Leistungsbewirkung*).

Согласно первой исполнение — это односторонняя сделка. Намерение должника погасить обязательство классифицируется как волеизъявление и к нему применяются все общие положения о волеизъявлении. А. Манигк (1901:40), Х. Лутц (1928:50) и Х. Хеетфелд (1934:66) также полагают, что исполнение — это всегда сделка, однако разделяют необходимое намерение должника погасить обязательство на волеизъявление и так называемый волевой акт/действие (*Willensgeschäft*). Зачастую в рамках данной теории происходит смешение (отождествление) понятий «сделка» и «волеизъявление». В настоящее время под волеизъявлением понимается частное выражение юридически значимой воли, направленной на достижение юридического результата (Steinfelds, 2011:1420). Иначе, чем при сделкоподобных действиях, наступает этот результат потому, что он желаем заявляющим. Волеизъявление — необходимая часть каждой сделки, но не есть сама сделка. Сделка — это юридический состав, который состоит как из волеизъявления, так и из иных необходимых для ее действительности элементов, приводящий к результату, на который было направлено волеизъявление (Flume, 1992:25). Волеизъявление должно быть обязательно, так как затрагивается правовая сфера кредитора, но оно может быть выражено как конклюдентно, так и в виде собственно пустого молчания, по причине имеющейся в наличии связи между действиями по исполнению и долгом (Manigk, 1901:44). Исключения, требующие внешнего выражения воли, есть случаи, когда отношения между действиями и долгом распадаются/изменяются, как, например, при исполнении через третье лицо.

Согласно существующей догматике, направленность на погашение обязательства и представляет собой волеизъявление, насколько исполнение характеризуется как односторонняя сделка. Как уже было отмечено, иначе видят это А. Манигк, Х. Лутц и Х. Хеетфелд, различая волеизъявление и волевые действия как составные части сделки. Волеизъявление — в данном случае в виде направленности на погашение — не единственная составляющая сделки, так как наступление исполнения имеет место быть настолько, насколько и в объективном отношении требуемое исполнение реализовалось.

Волеизъявление характеризуется через то, что воля предназначается для наступления результата, ее сущность абстрактна, волевые действия выражаются только внешне через фактические действия (Heetfeld, 1934:36). Однако объективный компонент исполнения уже содержит фактический элемент (фактические действия), который в совокупности с волеизъявлением и образует волевые действия. Рассмотренная конструкция видится нам безосновательно усложненной. Сторонников данная точка зрения в современной науке не находит.

Обратимся к еще нескольким точкам зрения представителей данной теории, содержащим свои «особенности». Так, Е. Александер полагал, что необходимое намерение исполняющего направлено на погашение долга, вместе с тем

одновременно и на правовой результат, и представляет собой сделку. Это действует и при фактических действиях по приведению исполнения. А вот для негативных обязательств он устанавливал исключение — здесь, согласно его мнению, неважно, были обязательства целенаправленно или случайно исполнены (Alexander, 1902:41).

Согласно позиции Х. Бауер (1903:53) исполнение есть односторонняя сделка, которая характеризует себя через умышленные результат и действия, которые приводят к юридическому результату, а именно к погашению долга. Ученый различал юридический и экономический умыслы, что видится нам совершенно верным. Первый направлен на погашение обязательства, в то время как второй — например, на приобретение встречного требования (Baueg, 1903:64).

Действительно, когда заказчик оплачивает выполнение работ, то его интензитет не есть «я должен погасить свое обязательство по оплате», а «я должен получить результат выполненных работ»¹⁶.

Ввиду того, что при исполнении затрагивается правовая сфера кредитора, то целенаправленное волеизъявление должника должно быть выражено внешне или конклюдентно. В таких случаях, когда исполнение производится третьим лицом или наличествует множество обязательств, как правило, воля должна будет быть выражена внешне.

Для негативных обязательств Х. Бауер в отличие от Е. Александер не делает исключений (наличие волеизъявления также требуется). Такой же позиции придерживается и А. Марграф, говоря о том, что направленность на погашение может быть также негативной. Так как должник даже при исполнении в качестве бездействия может воспрепятствовать исполнению, то прекращение обязательственных отношений следует не только из наступления исполнения, но и из воли должника (Margraf, 1911:44).

Согласно позиции В. Тема решающий аргумент для одностороннего субъективного момента исполнения — систематическая взаимосвязь между правовой природой исполнения договорного обязательства и правом неосновательного обогащения. Насколько воля должника для наличия правового основания в смысле § 812 ГГУ имеет значение, должна она также находить место в составе исполнения обязательства (Thomä, 1962:626). Так как через целенамерение в силу воли должника, с одной стороны, погашается долг и, с другой стороны, осуществляются действия по исполнению обязательства, то это целенамерение представляет собой сделку и имеет характер, схожий с распоряжением (Thomä, 1962:627). Это правило распространяет себя на все виды обязательств, так как при негативном обязательстве, согласно мнению ученого, исполнение вообще

¹⁶ Данного мнения придерживается и А. Манигк (Manigk, 1901:45), размышляя о том, что должник преследует только экономические интересы при исполнении, и не должен иметь конкретные правовые представления, требования из обязательства погасить.

невозможно, а при фактических действиях намерение на погашение обязательства уже заложено в обязательственной сделке (Thomä, 1962:626). К. Аихеле (1965:23) и Х.И. Виелинг (1977:291), как и Тема, указывают на идентичность целеустановления, а соответственного и его значения, при неосновательном обогащении и исполнении обязательства. При этом К. Аихеле полагает, что одностороннее волеизъявление на исполнение имеет место быть как при сделкоправовых, так и фактических действиях по исполнению обязательства (Eichele, 1965:23). Определяя исполнение как одностороннюю сделку, представители данной теории поддерживают идею применения к целенаправленности общих положений о сделкоспособности (Margraf, 1911; Thomä, 1962; Eichele, 1965; Wieling, 1977).

Теория финального наступления исполнения выступает второй «подтеорией» теории односторонней субъективной правовой природы исполнения. В отличие от теории односторонней сделки она определяет намерение на погашение обязательства только лишь как сделкоподобные действия.

Изначально данная теория была обоснована В. Бойтхен. Он исходил не из абстрактного толкования правовой природы исполнения, а из понятия исполнения согласно абз. 1 § 362 ГГУ. Во избежание произвола наступление исполнения не должно зависеть полностью от воли должника и уж тем более от воли кредитора. Наступление исполнения не есть непосредственно результат, последствия воли должника, а претворение в жизнь итогов действий по исполнению и, следовательно, «фактические деяния, а не претворение воли». К тому же, так как смысл приведения очень часто ясен из самой обязательственной сделки, имеет в конечном итоге намерение на погашение обязательства лишь разъясняющую функцию. Речь идет не о сделко-правовой воле, направленной на правовое последствие «Исполнение», а, в силу правовых последствий, предусмотренных законом и связанных с намерением на погашение обязательства, сделкоподобных действиях. Квалификация намерения на погашение обязательства как сделкоподобных действий позволяла автору разрешить проблему исполнения при неполной дееспособности. Ученый отказывался от признака «осознанного» приведения действий по исполнению: единственным решающим является наличие намеренного поведения. При помощи этого ограничения находилось решение для исполнения посредством бездействия (Beuthien, 1969:290–292) (речь идет о том, что намеренное поведение в данном случае представлено намеренным бездействием).

В период с 1974 по 1982 г. были написаны три диссертационных исследования, посвященных данной теории. Так, В. Шмидт рассматривал волеизъявление также как сделкоподобные действия. Исполнение обязательств согласно ему есть претворение в жизнь действий, а не воли. Если бы исполнение представляло собой претворение в жизнь воли, то была бы необходима не только воля должника, так как в ином случае имел бы должник единоличную власть над наступлением исполнения. С другой стороны, воля кредитора приниматься во внимание не может, так как это могло бы приводить к несправедливым по-

следствиям (Schmidt, 1974:114). Дееспособность согласно теории необходима не всегда. Волеизъявление есть не что иное, как естественная часть распорядительной сделки. Дееспособность должника в рамках проявления волеизъявления необходима лишь тогда, когда это является условием действительности действий по исполнению. У. Хагманн-Лаутербах проводила параллель между исполнением при неосновательном обогащении и исполнением договорных обязательств. В обоих случаях целенаправленность, обозначение цели является условием исполнения. Обозначение цели необходимо всегда и при реальных действиях, и при исполнении негативного обязательства.

Направленность на погашение обязательства есть, согласно точки зрения автора, сделкоподобные действия, так как исполнение согласно букве закона есть «осуществление, реализация действий, а не воли», при этом автор ссылается на В. Бойтхен (Hagmann-Lauterbach, 1976:183). Особенностью точки зрения У. Хагманн-Лаутербах является очень ограниченное применение общих положений о волеизъявлении к направленности на погашение обязательства. Ученая видит излишним требуемое многими авторами генеральное правило о защите не полностью дееспособного кредитора или должника. Положения §§ 104–113 ГГУ о дееспособности не должны находить применения. Отрицает ученая и необходимость применения положений об оспоримости (§ 119 ff. ГГУ). Только когда речь заходит о толковании целенаправленности, общие положения §§ 133, 157 ГГУ о толковании могут находить применение по аналогии к этим специальным сделкоподобным действиям.

У. Саиберт, автор понятия «теория финального наступления исполнения» исходит также из сделкоподобной правовой природы намерения на погашение обязательства. Такое название должно показать контраст и близость с теорией реального исполнения, а также проиллюстрировать как связь с правом неосновательного обогащения, так и содержание состава исполнения из объективного элемента (претворение в жизнь действий по исполнению) и субъективного элемента (итоговое финальное соотношение/координация с обязательством (с долгом), полагал ученый (Seibert, 1982):61). Правовые области исполнения договорного обязательства и неосновательного обогащения автор называл «двумя сторонами одной медали» (Seibert, 1982:67). Согласно подходу У. Саиберт к направленности на погашение обязательства применяются по аналогии положения о толковании волеизъявления (§§ 133, 157 ГГУ), не находят применения §§ 104–113 ГГУ, что совпадает с мнением У. Хагманн-Лаутербах, однако в отличие от нее У. Саиберт полагает, что положения об оспоримости (§§ 119 ff. ГГУ) должны применяться (Seibert, 1982:40).

Существуют мнения, согласно которым направленность на погашение обязательства как субъективное условие исполнения необходимо, но при этом и достаточно, и является сделкоподобным действием. И. Гернхубер полагает, что на практике совершенно не распространено, что должник исполняет свое обязательство без соответствующего намерения погасить это обязательство. Приво-

дится пример исполнения денежного обязательства посредством перевода, при котором в подавляющем числе случаев имеет место указание назначения платежа, которое и представляет собой выражение цели. Следовательно, представляется искусственным входить в противоречие со сложившейся практикой и не требовать наличия направленности на погашение обязательства. Задача этой направленности заключается в единственном — в установлении связи между долгом и платежом (в широком смысле) (Gernhuber, 1994:12). П. Бюлов также присоединяется к этой теории. «Нельзя закрывать глаза на то, что должник при исполнении обязательства о чем-то при этом думает, а именно, что он желает исполнить обязанность», — пишет ученый (Bülow, 1991:529). Если же обращать внимание на необходимость наличия воли у кредитора, то при непринятии исполнения открывает себя возможность впадения в просрочку принятия, так что обязательственное правоотношение продолжает свое существование с последствиями в виде ответственности в смысле §300 ГГУ. Там, где потребность кредитора удовлетворяется уже через предложение исполнения, не может быть задачей права обязательственное правоотношение далее сохранять. Согласно К. Мусхелер и В. Блох целеустановление, целенаправленность служит лишь для соотнесения действий по исполнению с определенным долгом и не направлено на достижение правового результата, сам результат наступает согласно и в силу закона (Muscheler & Bloch 2000:729).

Существуют и мнения, которые нельзя однозначно отнести к одной из двух подтеорий. Так, например, Г.К. Бекхаус описывает позицию Е. Бломеуер, который настаивает на том, что целенаправленность принципиально должна иметь место при исполнении обязательства (Beckhaus, 2013:62). И определяет он ее как волеизъявление. При этом в случаях, когда исполнение выражено в фактическом действии или бездействии, наличие такой направленности на погашение обязательства не является обязательным. В таких случаях достаточно совпадения платежа с долгом. При сделко-правовых действиях по исполнению обязательства (особенно при оплатах) наличие намерения на исполнение обязательства облигаторно. Г. К. Бекхаус определяет позицию ученого как «ограниченную теорию односторонней сделки» (Beckhaus, 2013:62).

Представители теории односторонней субъективной правовой природы исполнения обязательства единственным субъективным условием для прекращения обязательства (в виде исполнения) видят одностороннее намерение должника на погашение обязательства. В силу наличия этого намерения образуется связь между долгом и действиями по его погашению. Разногласия у представителей теории возникают относительно правовой природы этого намерения. В теории односторонней сделки оно квалифицируется как волеизъявление, в то время как согласно теории финального наступления результата действий по исполнению — это лишь сделкоподобные действия. Ввиду этого отсутствует единство относительно применения к исполнению положений законодательства о дееспособности, оспоримости и толковании.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Рассмотренные теории правовой природы исполнения договорного обязательства с их многочисленными «подтеориями», «особыми видениями» отдельных ученых еще раз подчеркивают, насколько данный вопрос сложен и многогранен. При этом глубокий теоретический анализ природы исполнения обязательства без обращения к его теоретико-историческому аспекту, не представляется возможным. Так, например, уже из идей пандектного права можно сделать вывод о значимости исследования исполнения через призму триады: действие, воля и целенаправленность. Эти три элемента «проходят красной линией» и через большинство теорий XX в. Кроме того, сами теории содержат множество положений, которые заслуживают пристального внимания и дальнейшего развития (к примеру, умозаключения о «зеркальности» возникновения и прекращения договорного обязательства, наличие юридического и экономического умысла при исполнении, суждение о наличии волеизъявления и при негативных действиях и др.). Все это задает верный вектор для современных исследований вопросов, касающихся исполнения договорного обязательства.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alexander, E. (1902) *Die rechtliche Natur der Erfüllung*. Rostock, Hinstorff.
- Arndts von Arnesberg, K. L. (1883) *Lehrbuch der Pandekten*. 11. Aufl. nach des Verf. Tode besorgt von L. Pfäff und F. Hofmann. Stuttgart, Gotta.
- Ballauff, G. (1915) *Der Rechtscharakter der Erfüllung. Dissertation Heidelberg*. Borna-Leipzig, Noske.
- Bamberger, H. & Roth, H. (2016) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB. Edition 41. München, C.H. BECK,. Available from: https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/beckok_41_BandBGB/BGB/cont/beckok.BGB.p362.gII.gI2.htm [Accessed: 4th March 2017].
- Baron, J. (1890) *Pandekten*. 7. Aufl. Leipzig, Duncker & Humboldt.
- Bauer, H. (1903) *Die rechtliche Natur der Erfüllung*. Rostock, Hinstorff.
- Beckhaus, G. K. (2013) *Die Rechtsnatur der Erfüllung*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Beuthien, V. (1969) *Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis*. Tübingen, Mohr.
- Boehmer, G. (1910) *Der Erfüllungswille*. München, Beck.
- Bülow, P. (1991) *Grundfragen der Erfüllung und ihrer Surrogate*. *JuS*. 529–536.
- Caspari, J. (1916) *Der Erfüllungstatbestand*. Greifswald, Abel.
- Creifelds, C. (2011) *Rechtswörterbuch*. 20. Auflage. München, Beck.
- Crome, C. (1902) *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen, Mohr.
- Dernburg von, H. von (1897) *Pandekten*. Band 2: Obligationenrecht. Berlin, Verlag von B.W. Müller.
- Ehmann, H. (1968) Die Funktion der Zweckvereinbarung bei der Erfüllung. *JuristenZeitung*. 23 (17), 549–556.
- Ehmann, H. (1969) Ist die Erfüllung Realvertrag? *NJW*. 1833–1837.
- Eichele, K. (1965) *Irrtümliche Eigenleistung bei Bestehen fremder Schuld*. Dissertation Mainz. München, Bauknecht.

- Enneccerus, L. & Lehmann, H. (1958) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band: Recht der Schuldverhältnisse. 15. Bearbeitung. Tübingen, Mohr.
- Fikentscher, W. & Heinemann, A. (2006) *Schuldrecht*. 10. Auflage. Berlin: de Gruyter Recht.
- Flume, W. (1992) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. Berlin, Springer. Available from: doi:10.1007/978-3-642-58112-0.
- Fromm, E. (1912) *Die Frage nach der Vertragsnatur der Erfüllung*. Dissertation Jena. Meiningen, Keyssner.
- Gernhuber, J. (1994) *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*. 2. Auflage. Tübingen, Mohr.
- Grigoleit, H. C. (2009) Die Leistungszweckbestimmung zwischen Erfüllung und Bereicherungsausgleich. In: *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*. Köln, Heymann, pp. 125–153.
- Hagmann-Lauterbach, U. (1976) *Der Zusammenhang zwischen den finalen Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht und den Erfüllungslehren*. Stuttgart, SPRINT-DRUCK.
- Hamburger, H. (1914) *Die rechtliche Natur der Erfüllung bei Schuldverhältnissen auf positive Leistung*. Posen, Decker.
- Heetfeld, H. (1934) *Zur Rechtsnatur der Erfüllung*. Bochum-Langendreer, Pöppinghaus.
- Henle, R. (1934.) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*. II. Schuldrecht. Rostock, Hinstorff.
- Ihrcke, E. (1903) *Ist der Erfüllung Rechtsgeschäft? - Nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch*. Rostock, Boldt.
- Jackisch, H. (1919) Der Begriff der „Erfüllung“ im heutigen Rechte, insbesondere: die mangelhafte Erfüllung. *JherJb*. 68, 287–308.
- Keller von, D. F. L. (1861) *Pandekten. Vorlesungen*. Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz.
- Klein P. (1903) *Die Natur der causa solvendi (Ein Beitrag zur Causa- und Konditionen-Lehre)*. Bonn, Georgi.
- Kress, H. (1929) *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*. München, Scientia-Verl.
- Kretschmar, P. (1906) *Der Erfüllung*. Erster Teil. Historische und Dogmatische Grundlagen. Leipzig: Veit & Co.
- Larenz, K. (1936) *Vertrag und Unrecht*. Erster Teil: Vertrag und Vertragsbruch. Hamburg, Hanseatische Verl.-Anst.
- Larenz, K. (1987) *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München, Beck.
- Lehmann, H. (1906) *Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht*. München, Beck.
- Lent, F. (1907) *Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse*. Leipzig, Deichert.
- Lent, F. (1907) *Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse*. Leipzig: Deichert.
- Leonhard, F. (1929) *Allgemeines Schuldrecht des BGB*. Erster Band. München, Duncker & Humblot.
- Lorenz, S. (2009) Grundwissen — Zivilrecht: Erfüllung (§362 BGB). *JuS*. 109–111.
- Lutz, H. (1928) *Die Rechtsnatur der Erfüllung im Schuldrecht*. Berlin, Nauck.
- Manigk, A. (1901) *Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft*. Breslau, Marcus.
- Margraf, A. (1911) *Der Begriff der Erfüllung nach deutschem Bürgerlichem Recht. Eine privatrechtliche Abhandlung*. Bonn, Georgi.
- Matthiaß, B. (1914) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes*. 6. und 7. Auflage. Berlin, Springer.
- Muscheler, K. & Bloch, W. (2000) Erfüllung und Erfüllungssurrogate. *JuS*. p. 729–740.
- Oetmann, P. (1928) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse*. Erste Abteilung. §§ 241 bis 432. 5. Auflage. Berlin, Heymann.

- Palandt, O. (2012) *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. 71. Auflage. München: C.H. BECK.
- Prütting, H., Wegen, G. & Weinreich, G. (2011) *BGB Kommentar*. 6. Auflage. Köln, Luchterhand.
- Rosenberg, L. (1901) Der Verzug des Gläubigers. *JherJb.* 43, 141–248.
- Rother, W. (1969) Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft. *Archiv für die civilistische Praxis*. 169(1), 1–33.
- Schmidt, W. (1974) *Erfüllung — Erfüllungswille — Erfüllungsvertrag*. Würzburg.
- Schnauder, F. (1981) *Grundfragen zur Leistungskondition bei Drittbeziehungen*. Berlin, Duncker & Humblot.
- Schöninger, A. (1906) *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*. Tübingen, Mohr.
- Seibert, U. (1982) *Erfüllung durch finale Leistungsbewirkung*. Hamburg, Buske.
- Thomä, V. (1962) Tilgung fremder Schulden durch irrtümliche Eigenleistung. *JZ*. 623–628.
- Tuhr von, A. (1918) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Zweiter Band. Zweite Hälfte. München, Duncker & Humblot.
- Westermann, H. P. (1967) *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*. Berlin, De Gruyter.
- Wieling, H. J. (1977) Empfängerhorizont: Auslegung der Zweckbestimmung und Eigentumserwerber. *JZ*. 291–296.
- Windscheid, B. (1963) *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 9. Aufl. Band 2. Darmstadt, Aalen.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Шухорт Раиса Александровна, аспирант, кафедра гражданского права, гражданского процесса и юридической философии, Юридический факультет, Университет Бремена; кафедра гражданского права и процесса, Институт государства и права, Тюменский государственный университет.

ORCID: 0000-0001-8146-4787

Контактная информация:

email: senkinaraisa@gmail.com

Для цитирования:

Шухорт Р.А. Правовая природа исполнения договорного обязательства в немецкой цивилистической доктрине XIX–XX вв. // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 541–564, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541-564

THE LEGAL NATURE OF CONTRACTUAL PERFORMANCE IN THE GERMAN DOCTRINES OF THE 19TH AND 20TH CENTURIES

Raisa A. Schuchort

University of Bremen

Faculty of Law

GW1, Universitätsallee, Bremen 28359, Germany

Tyumen State University

Institute of State and Law

38, Lenina st., Tyumen 625003, Russia

The performance of the obligations in contract law is the complicated legal phenomenon. The Article observes the theoretical aspects of the legal nature of contractual performance, which is the controversial matter and it's have no unity in German legal doctrine and case law.

However, without the clear and common understanding of the essence of performance of the contractual obligation, it is impossible to establish common performance criteria and its caused of inconsistency of law enforcement.

The purpose of Article is to conduct a comprehensive analysis of the legal nature of the performance of the obligations and the selection of its basic elements. In this regard, the author refers to the materials of the German civil doctrine of the 19-20 centuries.

First, the Article analyzes the ideas of pandect law as the basis for the research of the essence of the contract performance and to this day does not lose its significance for the modern understanding of the legal nature of the contractual performance. In particular, the fundamental ideas of pandect law such as the fulfillment through acts of omission, determination, purpose etc., found its development in the theories of German legal thought of the twentieth century and in the German legislation and case law. Turning to the German legal thought of the twentieth century the Article observes the general contractual theory, the limited contractual theory and the purpose agreement theory.

In conclusion, the author singles out the three main elements — the act, will and purpose through the prism which should be considered the performance of contractual obligations and to determine its legal nature.

Key words: law of obligations; contract; legal nature of performance; pandect law; general contractual theory, limited contractual theory and the purpose contract theory; theory of real performance of obligations; theory of one-sided subjective nature of performance of contractual obligation

Acknowledgements: The Author gratefully acknowledges for recommendations to Konstantin V. Gnitsevich (Candidate of Legal Sciences, the Advocate of the Bar Associations of Leningrad Region)

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Raisa A. Schuchort, Postgraduate Student, Civil Law, Civil Procedure and Jurisprudence Department, Faculty of Law, University of Bremen; Civil Law and Civil Procedure Department, Institute of State and Law, University of Tyumen.

ORCID: 0000-0001-8146-4787

Contact information:

email: senkinaraisa@gmail.com

For citation:

Schuchort, R. A. (2017) Pravovaya priroda ispolneniya dogovornogo obyazatel'stva v nemetskoj tsivilisticheskoi doktrine XIX–XX vv. [The Legal Nature of Contractual Performance in the German Doctrines of the 19 th and 20th Centuries]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta družby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 541–564. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-541-564.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-565-581

ИНСТИТУТ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ДОГОВОРА В ИТАЛЬЯНСКОМ ПРАВЕ

А.А. Новицкая

Римский университет Тор Вергата
00173, Италия, Рим, Орацио Раймондо, 18

Актуальность обращения к проблематике регулирования недействительности договора в итальянском праве продиктована кризисом пандектной системы деления порочных договоров на недействительные и ничтожные. Именно в итальянском праве — в судебной практике и доктрине — сделана попытка, оставаясь в рамках пандектной системы недействительности сделок, дополнить ее новыми видами порочности договора, заимствованными в том числе из французской правовой традиции.

Цель статьи — анализ основных черт института недействительности договора в итальянском гражданском праве. При написании статьи использовался главным образом сравнительно-правовой метод, были проанализированы итальянские доктрина и судебная практика.

Прежде всего, в статье уделяется внимание влиянию немецкой и французской правовых традиций на систематику норм о недействительности договора в Итальянском гражданском кодексе 1942 г. Рассматриваются основания ничтожности и оспоримости договоров в гражданском праве Италии. В связи с тем, что особое значение для теории гражданского права отводится центральной роль *causa* в качестве реквизита или существенного условия договора, которая также во-многом определяет организацию норм о ничтожности договора в итальянском гражданском праве, подробно анализируется данная категория. Наконец, рассматриваются такие дискуссионные в итальянской доктрине и судебной практике вопросы, как ничтожность договора по основанию противоречия императивной норме и публичному порядку. В заключительной части статьи представлены общие выводы о регулировании недействительных и оспоримых сделок в итальянском праве, а также представлен обзор таких способов исцеления недействительных договоров, как конвалидация и конверсия.

Ключевые слова: гражданское право Италии; итальянское договорное право; недействительность договора; ничтожность договора; оспоримость договора; кауза, конвалидация; конверсия

І. ВВЕДЕНИЕ

Смещение немецкой доктрины о недействительности сделок с французской моделью договора в Гражданском кодексе Италии 1942 года Общие замечания

Институт «недействительности договора» (*invalidità del contratto*) в современном гражданском праве Италии сформировался в результате смешения раз-

работанной в немецкой пандектистике доктрины о недействительности сделок и модели договора, в основе которого лежит правовая традиция Гражданского Кодекса Франции 1804 г. (далее — ФГК).

В отличие от предыдущего, Гражданским кодексом Италии 1865 г., делившим пороки договора на генетические, т.е. относящиеся к заключению договора, и функциональные, т.е. на стадии его исполнения, действующий Итальянский гражданский кодекс 1942 г. (далее — ИГК) «обратился» к системе недействительности сделок, восходящей к немецкой пандектистике. При этом ИГК по своей структуре и иным правовым институтам следует правовой традиции ФГК. Такое смешение немецкой и французской правовых традиций проявляет себя в следующих особенностях регулирования недействительности договора в итальянском праве.

1. Как в Гражданском кодексе Италии 1865 г., так и в ИГК 1942 г. центральным правовым институтом выступает договор или контракт (*contratto*), но не сделка (!). При этом сделка, хотя и не встречается в тексте ИГК, используется в судебной практике и доктрине в качестве родового понятия (Benedetti, 1969:5), охватывающего соглашения, регулируемые как гражданским правом, так и иными отраслями права¹. Например, вырабатывая правила толкования частноправовых актов, Кассационный суд обращается к более общему понятию «сделка», а не к договору, формулируя правило, согласно которому «предшествующая сделка может использоваться для интерпретации последующей»².

2. На концепцию договора в ИГК оказал влияние ФГК, визитной карточкой которого до 1 октября 2016 г. было понятие кауза (*cause*), выступавшее в качестве существенного условия действительности соглашения (ср. *conditions essentielles pour la validité d'une convention*, ст. 1108 ФГК в редакции, действовавшей до 1 октября 2016 г.). В развитие французской традиции, в ст. 1325 ИГК в качестве «правового реквизита» или существенного условия договора названо наличие каузы (*causa*). При этом итальянская доктрина изначально отказалась от французской концепции *cause* в субъективном смысле как индивидуальной цели (Capitant, 1927:19). В итальянской доктрине *causa* в ст. 1325 ИГК понимается как синоним понятия «тип договора». Кроме того, в положениях статьи 1343 ИГК, посвященной основаниям неправомерности *causa*, дается определение понятию неправомерная кауза (*causa illecita*), восходящее к понятию *cause illicite* кодекса Наполеона (ср. ст. 1133 ФГК в редакции, действовавшей до 1 октября 2016 г.).

3. В ст. 1418 ИГК, обобщающей гипотезы ничтожности, прослеживается влияние как французской, так и немецкой традиций. Например, в положениях абз. 1 ст. 1418 ИГК указано, что ничтожным считается договор, противореча-

¹ Cass.19.12.2012, num. 23441; Cass. 21.03.2013, num. 7214.

² Cass. 27.04.2016, num. 8438.

щий в целом императивным нормам, если законом не установлено иное (абз. 1 ст. 1418) (так называемая «виртуальная ничтожность») (Villa, 1993:26). В итальянской литературе отмечается, что норма абз. 1 ст. 1418 ИГК скопирована с § 134 Германского гражданского уложения (далее — ГГУ), признающего ничтожность сделки, нарушающей запрет закона (Feggi, 1996:396). В то же время в абз. 2 ст. 1418 ИГК среди оснований ничтожности называется отсутствие *causa*. В такой гипотезе ничтожности прослеживается влияние французской модели договора, признающей каузу одним из существенных условий соглашения.

4. Влияние французской модели на регулирование ничтожности договоров в ИГК проявляется в терминологии. Вместо понятия оспоримый договор (*contratto impugnabile*) итальянский законодатель использует термин уничтожаемый или аннулируемый договор (*annulabilità, contratto annullabile*). Несмотря на терминологическое сходство с французским правом, концептуально в доктрине сделан выбор в пользу немецкой модели, поэтому аннулируемые договоры приравниваются к оспоримым согласно немецкой правовой традиции (ср. *anfechtbare Rechtsgeschäfte*) (Messineo, 1952:382). Кроме того, итальянский законодатель использует французский подход о разграничении абсолютной и относительной ничтожности (Cabrilac, 2016:92).

5. Наконец, влияние Кодекса Наполеона проявилось в том, что наряду с делением договоров на ничтожные и оспоримые из французского права была заимствована конструкция «несуществования» (*inesistenza*) договора, не нашедшая отражения в самом тексте ИГК, но используемая в доктрине и судебной практике для квалификации мнимых и притворных договоров (Vauga, 2002:122).

Указанные и многие другие черты института недействительности договора согласно ИГК, воспринявшего одновременно французскую модель договора и немецкую систему недействительности сделок, образуют специфику его регулирования, которая и будет проанализирована далее.

II. НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ДОГОВОРОВ: ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Как известно, ИГК построен по институциональной системе (подобно ФГК). В связи с этим в кодексе отсутствует «Общая часть», в отличие, например, от Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) или ГГУ, следующих пандектной системе. В частности, в то время как правовые нормы о недействительных сделках расположены в ГК РФ или, например, в ГГУ в общей части, институт недействительности договоров в ИГК находится в четвертой книге «Об обязательствах», в титуле II «О договорах в целом», в главах 11 («О ничтожности договора») и 12 («Об оспоримости договора»).

Несмотря на регламентацию института недействительности договора в книге «Об обязательствах», нормы о ничтожности и оспоримости договора применяются также к договорам с реальным эффектом, формализующим кау-

зальный перенос собственности и иных вещных прав (ст. 1367 ИГК) (Breccia, 2011).

Каждая из глав о недействительных договорах (глава 11 «О ничтожности договора» и глава 12 «Об оспоримости договора») построена по более или менее единой логике. Вначале рассматриваются гипотезы, т.е. основания ничтожности (ст. 1418 ГК РФ) или оспоримости договоров (ст. 1425–1440 ИГК), затем специальные нормы о ничтожности и оспоримости многосторонних договоров (ст. 1420 ИГК о ничтожности многосторонних договоров, ст. 1446 об оспори-мых многосторонних договорах). После этого следуют нормы о легитимации на заявление иска о признании недействительным ничтожного договора и о признании оспоримого договора недействительным соответственно (ст. 1421 ИГК для ничтожных договоров, ст. 1441 ИГК для оспоримых) и положения о сроках исковой давности ничтожных (ст. 1422 ИГК) и оспоримых (ст. 1442 ИГК) договоров. В заключительных положениях каждой из глав о ничтожных и оспори-мых договорах установлены способы их исцеления (запрет конвалидации для ничтожных договоров в ст. 1423 ИГК, положения о конверсии ничтожных до-говоров в ст. 1424 ИГК; конвалидация для оспоримых договоров согласно ст. 1444 ИГК).

Институт недействительности договора в ИГК урегулирован несимметрично. Наиболее подробное регулирование посвящено оспоримым договорам. Так, глава 12 «Об оспоримости договоров» делится на три раздела — оспоримость в связи с пороками право- и дееспособности (*Dell'incapacità*), оспоримость в свя-зи с пороками в соглашении (*Dei vizi del consenso*), и раздел, посвященный иску о признании оспоримого договора недействительным (*Dell'azione di annullamento*).

2.1. Критерии разграничения ничтожных и оспоримых договоров

В итальянской доктрине и судебной практике предлагается два основных критерия отнесения порочных договоров к ничтожным или оспоримым — 1) общественное значение порока договора, или характер нарушаемых договором интересов и 2) отношение порока договора к воле и волеизъявлению субъекта договора.

К ничтожным договорам относятся исходя из первого критерия договоры, нарушающие интересы публичного характера (Gabrielli, 2006:1434). Важность санкционирования договоров, затрагивающих наиболее серьезные обществен-ные интересы посредством признания их ничтожными, выражается также в правиле, согласно которому судья может по своему усмотрению разрешить во-прос о ничтожности (ст. 1421 ИГК). Так, если, например, заявлен иск об испол-нении договора, который отвечает признакам ничтожности, судья сам может поставить вопрос о признании такого договора ничтожным.

В литературе возможность рассмотрения ничтожности договора по соб-ственному усмотрению вызывает серьезную критику. Высказывалось мнение, что в основе права судьи рассмотреть вопрос ничтожности договора по соб-

ственному усмотрению — «авторитарная идеология», которая может приводить к преувеличениям и злоупотреблениям (Triolo, 2015:17).

Кроме того, общественное значение порока в ничтожных договорах объясняет неприменение к искам о признании ничтожного договора недействительным срока исковой давности (ст. 1422 ИГК), и, наконец, невозможность «исцеления» договора посредством конвалидации, т.е. последующего одобрения и согласия сторон с правовыми эффектами договора (ст. 1423 ИГК). Единственным способом исцеления ничтожных договоров остается конверсия (ст. 1424 ИГК), т.е. переквалификация одного договора в другой с изменением правового основания, или типа такого договора. В официальном Докладе министра юстиции Д. Гранди о Гражданском кодексе от 4 апреля 1942 г., официальном пояснении к кодексу подобно Мотивам к ГГУ дано следующее разъяснение положениям о ничтожности договора (пункт 650): «Ничтожность, как правило, затрагивает договор и не подлежит исцелению (ст. 1423) и может быть рассмотрена по своему усмотрению судьей (в соответствии со ст. 1421). Не допускается, чтобы истечение времени исцеляло договор (ст. 1422 ИГК), но делается исключение в отношении приобретения по давности и сроков исковой давности по искам о возврате...». Несмотря на отсутствие срока исковой давности для исков о признании ничтожных договоров недействительными сроки исковой давности предусмотрены для исков об возврате недолжного (ст. 2033–2040) и иска из неосновательного обогащения (ст. 2041 ИГК). Такой общий срок исковой давности и для исков о возврате недолжного (который носит общий характер и применяется как для возврата денег, так и иного имущества), и для исков из неосновательного обогащения составляет 10 лет (ст. 2946 ИГК).

Второй критерий предполагает разграничение между оспоримостью и ничтожностью договора по характеру влияния порока договора на волеобразование и волеизъявление стороны договора. Пороки, относящиеся к субъекту договора и к его воле и волеизъявлению, такие как заблуждение, умысел, насилие, недостатки в право- в дееспособности, традиционно охватываются составами оспоримых договоров.

Иными словами, оспоримость относится к порокам, касающимся субъективных условий свободы и сознания субъекта договора, в то время как ничтожность является санкцией, которая направлена на защиту общественных и публичных интересов, которые правовая сделка затрагивает или выражает (Majo, Ferri & Franzoni, 2002:13). Можно также с определенной долей условности сказать, что ничтожная сделка нарушает публичный интерес, а оспоримая — частный (Tommasini, 1978:876).

Разграничение ничтожности и оспоримости договора по характеру нарушаемых интересов нашло отражение в решении Объединенных секций Кассационного суда Италии, отметившего, что «в то время как оспоримость защищает интересы, квалифицированные, но специальные, ничтожность направлена на защиту интересов общих, предусмотренных правом, относящихся к

ценностям, рассматриваемым в качестве фундаментальных скорее для социальной организации, чем для отдельных лиц...»³.

2.2. Недостаточность двухчастного деления недействительных договоров

Двухчастное деление недействительных договоров на ничтожные и оспоримые, образующее каркас итальянской системы порочных договоров, оказалось недостаточным и было дополнено в судебной практике и доктрине категориями несуществования (*inesistenza*) и неэффективности (*inefficacia*) договора. Некоторые авторы, рассматривающие недействительность в широком смысле, как охватывающую не только генетические пороки договора, но и пороки функциональные, т.е. возникающие на стадии исполнения (функциональные пороки), относят к числу недействительных отменяемые (*contratto rescindibile*) и расторгимые (*contratto risolubile*) договоры (Messineo, 1958:576–577). Такие договоры подобно оспариваемым договорам могут лишиться правового эффекта по инициативе одной из сторон.

Расторгимость (*risolubilità*) договора (ст. 1453–1469) наступает в результате порока, затрагивающего исполнение договора, а не его заключение. Об отменности договора (*rescindibilità*) можно говорить, когда модальность правового акта характеризовалась определенными обстоятельствами (угроза, нужда), которые позволили другой стороне получить выгоду и повлекли диспропорцию между двумя предоставлениями (ст. 1447–1452 ИГК).

Следует отметить, что в российском праве сделки, совершенные под влиянием нужды и угрозы (кабальные сделки), считаются оспоримыми (п. 3 ст. 179 ГК РФ), а в ИГК такие сделки квалифицируются как отменяемые (ст. 1447 ИГК).

Остановившись подробнее на несуществовании и неэффективности договора, следует отметить, что о несуществовании (*inesistenza*) договора принято говорить в отношении мнимых и притворных договоров. Например, в одном из решений Кассационный суд указал на то, что мнимый договор является несуществующим. Среди прочих характеристик несуществующего договора суд назвал отсутствие у него *causa* как социально-экономической функции⁴. Неэффективность (*inefficacia*) в отличие от несуществования указывает на его неспособность произвести правовые эффекты в целом, при том, что договор может оставаться действительным. Например, договор, поставленный под отлагательное условие, действителен, но взятый в конкретный момент (до наступления определенного условия) неэффективен (лишен правового эффекта).

Категория неэффективности применяется для квалификации договоров присоединения, содержащих обременительные условия согласно ст. 1343 ИГК (ср. п. 2 ст. 428 ГК РФ).

³ Cass. Sez. U.12.12.2014, num. 26242.

⁴ Cass. 10.05.2016, num. 9401.

Традиционно выделяют неэффективность в широком смысле и в узком. Неэффективность в широком смысле — понятие, охватывающее все сделки, не способные произвести правовой эффект независимо от причины. Неэффективность в узком смысле — понятие, охватывающее действительные сделки, не способные произвести правовые эффекты по причине внешних обстоятельств (таких, как ненаступившее условие, например, или отсутствие одобрения договора, совершенного *falsus procurator*, со стороны представляемого)⁵.

Наконец, принято выделять так называемую защитную ничтожность (*nullità di protezione*) (Prisco, 2012:79). Такая конструкция защитной ничтожности договора предусмотрена для защиты интересов потребителя согласно положениям Потребительского кодекса Италии (*Codice del consumo*), вступившего в силу 6 сентября 2005 г. Право на иск о признании ничтожного договора с участием потребителя недействительным принадлежит лицам, специально указанным в Потребительском кодексе. В свою очередь защитная ничтожность является особой формой более общего вида относительной ничтожности (*nullità relativa*), о которой говорит ст. 1421 ИГК. Относительная ничтожность в отличие от абсолютной предполагает предоставление права на иск о признании ничтожного договора недействительным прямо указанным в законе лицам. По мнению ряда исследователей, фигуры защитной ничтожности, появившейся под влиянием права ЕС, и относительной ничтожности сближают фигуры ничтожного и оспоримого договоров (Putti, 1997:673–705).

Наряду с относительной и защитной ничтожностью в доктрине и судебной практике используется конструкция абсолютной оспоримости, когда в ситуациях оспоримого договора право на заявление иска принадлежит не только стороне договора, но и иным заинтересованным лицам. Примером здесь может быть норма абз. 1 ст. 624 ИГК, в соответствии с которой завещательное распоряжение, сделанное под влиянием заблуждения, насилия или обмана (т.е. оспоримая сделка), может быть оспорено любым заинтересованным лицом, а не только стороной данной сделки.

Поиск в доктрине и судебной практике наряду с ничтожностью и оспоримостью иных способов квалификации порочных договоров, возможно, свидетельствует о кризисе пандектной системы недействительных договоров, замыкающейся на ничтожных и оспоримых договорах. Оказывается, что квалификация договора как ничтожного или оспоримого не всегда позволяет дать ему точную правовую оценку (Gabrielli, 2006:1547). Кроме того, критерии для разграничения ничтожных и оспоримых договора по характеру защищаемых интересов также не всегда справедливы. Наконец, очевидна несоразмерность в качестве признания ничтожными договоров, для которых не соблюдается предп-

⁵ Cass. 08.07.2016, num. 14066; Cass. 17.06.2010, num. 14618; Cass. 08.07.1983, num. 4601.

санная законом форма (Sacco & Nova, 2004:522). Наконец, своего рода кризис двухчастного деления недействительных договоров в итальянском праве вызван также появлением новых видов аномалий договора в праве Европейского Союза, в котором отсутствует какая-либо четко детерминированная система недействительности частноправовых актов (Alpa, & Capilli, 2007:326).

III. ВИДЫ НИЧТОЖНОСТИ ДОГОВОРОВ

Гипотезы ничтожных договоров рассматриваются в ст. 1418 ИГК. Статья 1418 ИГК звучит следующим образом:

«Договор ничтожен, когда [он] противоречит императивным нормам, за исключением случаев, если закон устанавливает иное (абз. 1 ст. 1418 ИГК).

Ничтожность договора порождает отсутствие одного из реквизитов, указанных в статье 1325, неправомерность *causa*, неправомерность мотивов в случае, указанном в статье 1345, и отсутствие в объекте реквизитов, установленных статьей 1346 (абз. 2 ст. 1418 ИГК).

Договор также ничтожен в других случаях, указанных в законе (абз. 3 ст. 1418 ИГК).

Гипотезы ничтожности, приведенные в ст. 1418 ИГК, принято делить на три группы — 1) так называемая виртуальная ничтожность (*nullità virtuale*) в случае противоречия договора императивным нормам вообще (абз. 1 ст. 1418 ИГК), 2) структурная ничтожность (*nullità strutturale*) при наличии порока в структуре договора (абз. 2 ст. 1418 ИГК), 3) текстуальная ничтожность (*nullità testuale*), когда ничтожными являются договоры в случаях, прямо предусмотренных законом (абз. 3 ст. 1418 ИГК) (Rabbits, 2012:527–528).

Анализ каждого из оснований ничтожности требует самостоятельного исследования. В рамках настоящей статьи рассматриваются некоторые наиболее интересных основания ничтожности договора.

3.1. Ничтожность договора вследствие нарушения императивных норм («виртуальная ничтожность»)

Виртуальная ничтожность договора имеет место в результате противоречия договора императивным нормам вообще. Традиционно виртуальная ничтожность противопоставляется гипотезе абз. 3 ст. 1418 ИГК, где речь идет о так называемой «текстуальной ничтожности», где указывается на ничтожность, если о ней прямо указано в законе⁶. Сложность с применением абз. 1 ст. 1418 ИГК вызвана тем, что в законе не говорится, что такое императивная норма. Задача квалификации правовой нормы в качестве императивной или диспозитивной возлагается поэтому на доктрину и судебную практику.

⁶ Ср.: Cass. Sez. U. 17.09.2015, num. 18213.

Сегодня положения п. 1 ст. 1418 ИГК о виртуальной ничтожности имеют второстепенный характер отчасти из-за сложностей квалификации той или иной нормы в качестве императивной, а также из-за того, что почти все основания ничтожности охватываются гипотезами структурной (абз. 2 ст. 1418 ИГК) и текстуальной (абз. 3 ст. 1418 ИГК) ничтожности.

Маргинальное положение «виртуальной ничтожности» определяется также значением принципа сохранения договора согласно ст. 1367 ИГК. Данный принцип предполагает, что в случае неясного содержания договора и сложностей его квалификации, он должен интерпретироваться как имеющий правовую силу.

Следование данному принципу исключает обращение к виртуальной ничтожности при наличии иных способов санкционирования договора, позволяющих сохранить его в силе. Такая интерпретация, обесценивающая положение абз. 1 ст. 1418 ИГК, восходит к решению Кассационного суда 1946 года. Суд указал на остаточную область регулирования положений ст. 1418 ИГК, отметив, что только при невозможности обращения к иным имущественным или дисциплинарным санкциям применяется наиболее жесткая санкция в виде ничтожности⁷. В развитие данного толкования Кассационный суд в одном из решений отметил, что признание договора ничтожным исключается, если хотя и имело место нарушение императивных норм, но такое нарушение может быть источником иной гражданско-правовой ответственности, не связанной с ничтожностью⁸.

В доктрине высказана идея о возможности признания согласно абз. 1 ст. 1418 ИГК ничтожным только такого договора, который кроме нарушения императивных норм одновременно нарушает фундаментальные правовые ценности (Tommasini, 1978:875), или же нарушаемая императивная норма направлена на защиту интересов публичного характера, стоящих во главе ценностей, защищаемых правом (Roppo, 2006:441). Судебная практика следует данной идее, применяя абз. 1 ст. 1418 ИГК как санкцию за нарушение императивной нормы, поставленной на защиту публичного интереса⁹. К таким публичным интересам относятся, например, интересы определенных коллективов. Так, ничтожным является смешанный договор, охватывающий договор купли-продажи и договор подряда на строительство гостиницы или зданий для целей проживания на земельном участке, предназначенном для промышленного строительства. В данном случае защита интересов и прав физических лиц на благоприятную окружающую среду подлежит защите и требует признания соответствующей

⁷ Cass. 16.7.1946, num. 892.

⁸ Cass. 24.11.2005, n. 23914.

⁹ Cass. 5.10.2009, num. 21235; Cass. 28.1.2003, num. 1223.

щего договора ничтожным¹⁰. К публичным интересам относится, например, защита здоровья. Так, в одном из решений Кассационный суд признал ничтожным договор поставки кофе, поскольку на этикетках не была указана дата истечения срока годности¹¹.

3.2. Структурная ничтожность

Гипотезы, охватываемые положениями абз. 2 ст. 1418 ИГК, можно разделить на две группы:

- отсутствие какого-либо из реквизитов договора;
- неправомерность одного из реквизитов договора.

К реквизитам договора (*requisiti del contratto*), если следовать терминологии ИГК, или к существенным условиям договора в близкой российскому читателю терминологии, относятся согласно ст. 1325 ИГК: 1) соглашение, 2) объект договора, 3) *causa*, 4) форма договора, когда ее соблюдение предписано законом под угрозой ничтожности.

Кроме того, своего рода факультативным существенным условием или реквизитом договора является также мотив, если он имеет существенное значение. В этом случае неправомерность совместного для сторон мотива, если исключительно преследование такого мотива побудило контрагентов к заключению договора, приводит к ничтожности договора согласно ст. 1345 ИГК. Следует отметить, что под мотивом в отличие от *causa* понимается некоторый интерес субъективного характера, не обязательно имеющий социально-экономическое значение.

3.2.1. Структурная ничтожность в связи с отсутствием одного из реквизитов договора

Наиболее частыми основаниями структурной ничтожности, связанные с отсутствием одного из реквизитов договора (*mancanza di uno dei requisiti*), являются:

- отсутствие соглашения сторон;
- отсутствие *causa*;
- отсутствие объекта договора и отсутствие в объекте реквизитов, установленных ст. 1346 ИГК.

Следует отметить, что сложность применения указанных оснований ничтожности вызвана отсутствием единого конвенционального толкования понятий «соглашение» (*accordo*), кауза (*causa*) и объект (*oggetto*) договора. Дискуссии и споры в судебной практике и доктрине не вызывает разве что признание ничтожными договоров из-за отсутствия формы, когда ее соблюдение обязательно по закону под угрозой ничтожности (п. 4 ст. 1325 ИГК).

¹⁰ Cass. 17.06.2016, num. 12628.

¹¹ Cass., 18.7.2003, num. 11526.

Об отсутствии, а более точно о недостижении соглашения, принято говорить в следующих типизированных случаях: а) несерьезное волеизъявление, как, например, в рамках учебного эксперимента; б) волеизъявление, совершенное в результате применения физического насилия, в) несоответствие между офертой и акцептом, г) классическим примером отсутствия соглашения является ситуация постановки договора под условие чисто потестативного характера (ст. 1355 ИГК).

В целом, отсутствие соглашения как основание ничтожности в судебной практике применяется редко. Подлинный интерес и споры вызывают случаи ничтожности договора по мотивам отсутствия *causa*.

В доктрине и судебной практике отсутствует единство мнений о том, что такое *causa*. Господствующим в судебной практике остается толкование, сводящее *causa* к объективной социально-экономической функции договора¹². Согласно такой интерпретации *causa* приравнивается к типу договора и служит целям контроля за волеизъявлением сторон, выходящим за пределы признанного договорного типа. Такое понимание *causa* устанавливает область судебного надзора, который ограничивается атипичными договорами, не соответствующими признанным договорным типам. В типичных же договорах судебный контроль за *causa*, понимаемой в объективном смысле, сводится к проверке ее реализуемости в рамках исполнения возникающего из договора обязательства (Rabbiti, M. 2012:554).

Наряду с указанным подходом признанием пользуется интерпретация *causa* как индивидуальной экономической функции (Fertì, 1966:370) или же конкретной функции, которую стороны желали придать собственному договору¹³ (Breccia, 1999:5, 66). К такому толкованию примыкает концепция, согласно которой *causa* является причиной заключения договора (*ragione dell'affare*) (Bianca, 2000:472). Акцентирование в приведенных субъективистских концепциях роли *causa* в качестве конкретной функции договора призвано подчеркнуть, что *causa* выражает прежде всего интересы конкретных контрагентов в договоре (Roppo, 2006:85).

В судебной практике можно выделить следующие типизированные случаи отсутствия *causa*. Например, об отсутствии *causa* принято говорить в случае неадекватности, или необоснованности экономических операций (данный довод используется главным образом со стороны налоговых органов при признании соответствующих договоров ничтожными)¹⁴. Кроме того, отсутствие *causa* предполагается в ситуациях абсурдности принятого по договору обязатель-

¹² Cass. 26.1.2006, num. 1514; Cass. 26.10.2005, num. 20678; Cass. 22.03.2012, num. 4558; Cass. 21.10.2015, num. 21449; Cass. 10.05.2016, num. 9401.

¹³ Cass. 8.05.2006, num. 10490; Cass., 12.11.2009, num. 23941.

¹⁴ Cass. 05.12.2014, num. 25758; Cass. 30.11.2012 num. 21390; Cass. 14.01.2015, num. 405.

ства¹⁵, нереализуемости договорного обязательства¹⁶, неэквивалентности предоставлений по договору¹⁷. Отсутствует *causa* и в алеаторных договорах, лишенных элемента риска, как, например, в договоре ренты с получателем ренты, находящимся на пороге смерти¹⁸.

Достаточно жесткой является судебная практика по признанию отсутствия *causa* в договорах с реальным эффектом (*contratto ad efficacia reale*), когда договор не создает обязательство, но «имеет объектом перенос собственности, создание или перенос вещного права или иного права» (ст. 1376 ИГК). Ничтожным такой договор по причине отсутствия *causa* признается, если в нем не представлено экономическое обоснование реального эффекта (переноса права собственности, перехода вещного права и т.д.). Еще в 1992 году Кассационный суд сформулировал общепринятую сегодня позицию, согласно которой простое и одностороннее наделение имуществом не может ни в коем случае приравниваться к *causa*. И далее суд продолжает: «договор, на основе которого другим передается благо, без спецификации титула для такой передачи... остается, таким образом, ничтожным актом из-за отсутствия *causa*»¹⁹. Такая интерпретация роли *causa* в договоре с реальным эффектом свидетельствует об однозначном выборе итальянского законодателя в пользу каузальной модели переноса собственности.

Относительно отсутствия объекта договора следует отметить, что понятие «объект договора», как и понятие *causa*, вызывает споры в доктрине и судебной практике. Существуют два главенствующих подхода. Согласно одному из них под объектом понимается содержание договора и предоставление, согласно другому — имущественное благо (Marzio, 2008:129).

При этом случаи ничтожности договора из-за отсутствия объекта являются довольно редкими. Так, в одном из дел суд признал договор об установлении сервитута ничтожным из-за отсутствия объекта (земельный участок был разделен на два самостоятельных участка с самостоятельными кадастровыми номерами, а сервитут установлен в отношении участка до разделения, уже не существующего)²⁰. Чаще всего в судебной практике возникают споры, связанные с отсутствием у объекта договора реквизитов, установленных ст. 1346 ИГК, т.е. возможности объекта (*possibilità dell'oggetto*), его правомерности, определенности и определяемости.

¹⁵ Cass. 13.12.1993, num. 1994.

¹⁶ Cass. 22.03.2012, num. 4558.

¹⁷ Cass. 28.8.1993, num. 9144; Cass. 24.2.1968, num. 632; Cass. 08.09.2015, num. 17746.

¹⁸ Cass. 11.8.2004, num. 15541; Cass. 28.04.2008, num. 10798; Cass. 10.11.2015, n. 22950.

¹⁹ Cass. 29.11.1992, num. 12401.

²⁰ Cass. 16.03.2016, num. 5208.

3.2.2. *Неправомерность реквизитов договора*

Наряду с отсутствием реквизитов, указанных в ст. 1325 ИГК, ничтожными являются договоры, в которых такие реквизиты являются неправомерными. В наиболее общем виде неправомерность *causa*, объекта, соглашения и мотива договора проявляется в том, что каждый из указанных элементов или все в совокупности направлены на результат, противоречащий императивным нормам (*norme imperative*), публичному порядку (*ordine pubblico*) или добрым нравам (*buon costume*). В доктрине сложности некоторое время вызывало разграничение императивной нормы и публичного порядка. Часть доктрины предлагала отождествлять публичный порядок с императивными нормами (Ferri, 1970:170), более современная тенденция проводит четкое разграничение между двумя концепциями. Противоречие добрым обычаям устанавливает границу правомерности актов частных лиц. В судебной практике было дано следующее толкование несоответствия договора добрым обычаям: «предоставлениями, рассмотренными в качестве противоречащих добрым обычаям, являются не только такие, что противоречат сексуальной скромности и нравственности, но также и такие, что нарушают принципы и этические требования, принадлежащие коллективному моральному сознанию, которому сообщество добропорядочных лиц подчиняет собственное поведение в определенной обстановке и в определенный исторический момент²¹.

Центральную роль играет гипотеза неправомерности *causa* согласно ст. 1343–1344 ИГК. В доктрине выдвигалась идея, что гипотеза неправомерности *causa* носит настолько общий характер, что охватывает, или, вернее сказать, поглощает в том числе составы неправомерности соглашения, объекта, мотива соглашения, когда последний является существенным реквизитом договора. Неправомерная *causa* имеет две формы — *causa illecita* (ст. 1343 ИГК), а также обход закона (*frode alla legge*). Неправомерность *causa*, например, предполагается в ситуациях договоров, направленных на обход запрета заключения *pactum commissorium* согласно ст. 2744 ИГК²².

На квалификацию договоров как имеющих противоправную *causa* в соответствии со ст. 1343 ИГК оказывает непосредственное влияние теория *causa*. Для представителей доктрины, которые отождествляют *causa* с типом договора, очевидным является то, что типичные договоры, регулируемые в ИГК, такие, как купля-продажа, аренда, не могут быть неправомерными, так как факт заключения указанных договоров уже как бы подтверждает факт действительности *causa*. Неправомерность *causa* ограничивается лишь ситуациями атипичных договоров. Для адептов указанной теории *causa* как конкретной функции кон-

²¹ Cass. 21.4.2010, num. 9441; Cass. 4.6.2001, num. 7523.

²² Cass. 4.3.1996, num. 1657; Cass. 20.7.2001, num. 9900; Cass. 8.2.2007, num. 2725; Cass. 21.01.2016, num. 1075.

кретного договора (*causa concreta*) сама гипотеза неправомерности *causa* выступает иллюстрацией правильности их концепции. Сама постановка вопроса о том, что *causa* может быть неправомерна, хотя типизированные каузы закреплены в законе, показывает очевидным образом, что *causa* не ограничивается типом договора, но может указывать просто на намерения сторон, выраженные в сиделки.

IV. ВИДЫ ОСПОРИМЫХ ДОГОВОРОВ

Наиболее подробное регулирование посвящено в ИГК оспоримым договорам (глава 12). Как было отмечено выше, глава 12 ИГК содержит 3 раздела — раздел 1 «О неспособности», и раздел 2 «О пороках соглашения», раздел 3 «Об иске о признании оспоримого договора ничтожным». В соответствии с указанной систематикой принято выделять оспоримые договоры, совершенные лицами, имеющими пороки в право- и дееспособности (в ИГК для такого рода сделок используется родовое понятие неспособности *incapacibilità*) и оспоримые договоры, затрагивающие пороки соглашения.

К оспоримым договорам, затрагивающим пороки дееспособности, относятся договоры, совершенные недееспособными и ограниченно дееспособными (ст. 1425 ИГК), в том числе несовершеннолетними (ст. 1426 ИГК). К оспоримым договорам в связи с пороками соглашения относятся соответственно договоры, совершенные под влиянием заблуждения (в ИГК вместо заблуждения используется более традиционный термин ошибка, *errore*) (ст. 1427, 1428–1433 ИГК), насилия (ст. 1427, 1434–1436 ИГК), обмана (ст. 1439–1440 ИГК). Кроме того, в ИГК выделяются оспоримые договоры, совершенные под угрозой реализовать собственное право (ст. 1438 ИГК). Регулирование оспоримых договоров в ИГК является непропорциональным. Вопросы право- и дееспособности рассматриваются скудно и только в отношении физических лиц. При этом оспоримость договора по основаниям пороков в соглашении сторон регламентирована очень подробно. Например, предусматривается самостоятельное разведенное по отдельным статьям регулирование случаев заблуждения. ИГК выделяет, в том числе, заблуждение в праве (п. 4 ст. 1429 ИГК) или, например, заблуждение в передаче волеизъявления (ст. 1433 ИГК), специально рассматривает вопросы распознаваемости заблуждения и т.д.

V. СПОСОБЫ ИСЦЕЛЕНИЯ ДОГОВОРА

В итальянском праве в отличие от российского права подробно регламентированы способы исцеления ничтожных и оспоримых договоров. Основное значение имеют конверсия (*conversione*) для ничтожных договоров (ст. 1424 ИГК) и конвалидация (*convalida*) для оспоримых договоров (ст. 1444 ИГК). Под конверсией понимается осуществляемая в силу закона модификация договора, которая позволяет избежать ничтожности всего договора. При этом конвертируемый ничтожный договор способен произвести правовые эффекты иного до-

говора, которому он соответствует по форме и содержанию, когда, принимая во внимание цели сторон, можно допустить, что они заключили бы этот иной договор, если бы знали о ничтожности фактически заключенного договора.

Конвалидация является способом исцеления оспоримых договоров со стороны лица, управомоченного на иск об оспаривании. Она предполагает одобрение оспоримого договора. Конвалидация бывает выраженной (в форме одностороннего правового акта со стороны лица, управомоченного на оспаривание и содержащего указание на оспоримый договор) и молчаливой, в случае подтверждения эффектов оспоримого договора посредством его исполнения со стороны лица, управомоченного на оспаривание договора. Кроме того, в качестве способа исцеления порочных договоров итальянская доктрина и судебная практика рассматривают недействительность части договора (ст. 1419 ИГК) (Новицкая, 2015:108–115). Наконец, в ИГК предусмотрен также механизм ретификации (*retifica del contratto*), т.е. изменение условия договора, составленного под влиянием заблуждения, и сохранение исправленного в результате договора в силе в качестве действительного (ст. 1432 ИГК). Ретификация предполагает, что до причинения вреда вследствие заблуждения или ошибки сторона, знающая о заблуждении контрагента, может предложить заблуждающейся стороне исполнить договор способом, соответствующим содержанию договора и на условиях, на которых заблуждающаяся сторона намеревалась заключить договор.

Указанные способы исцеления договоров призваны смягчить пространные сроки исковой давности для исков о недействительности договоров (для исков о признании ничтожного договора недействительным срок исковой давности отсутствует (ст. 1422 ИГК), а по искам об оспаривании срок исковой давности составляет 5 лет, ст. 1442 ИГК). Кроме того, способы исцеления договора направлены на реализацию принципа сохранения договора, закрепленного в ст. 1367 ИГК.

VI. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Представленный анализ показывает основные черты итальянского института недействительности договора, интегрирующего в себе правовые традиции германской системы недействительности сделки и французской модели договора. В ИГК подробно регламентированы гипотезы ничтожности договора. Системобразующее значение для данных гипотез имеет понятие *causa*. Детально урегулированы также положения об оспоримости договоров. Следует отметить, что серьезное значение в системе норм ИГК занимают положения об исцелении договора, что соответствует принципу сохранения договора как одной из центральных ценностей, определяющих гражданский оборот в итальянском праве, а также позиции судебной практики, которая стремится редуцировать случаи аннулирования правового эффекта договора и его сохранения в целях гарантии стабильности гражданского оборота.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК / REFERENCES

- Alpa, G. & Capilli, G. (2007) *Lezioni di diritto privato europeo*. Milano, CEDAM.
- Baura, E. (2002) Il sistema delle invalidità (inesistenza e nullità, annullabilità e rescindibilità) dell'atto giuridico. In: *L'atto giuridico nel diritto canonico*. Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, pp. 121–141.
- Benedetti, G. (1969) *Dal contratto al negozio unilaterale*. Milano, A. Giuffrè.
- Bianca, C. M. (2000) *Diritto civile*. Vol. III. Milano, A. Giuffrè.
- Breccia, U. (1999) La causa. In: *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*. Vol. XIII, t. III. Torino, G. Giappichelli.
- Breccia, U. (2011) Commentario ad articolo 1324. In: Navarretta, E. Ortestano, A. (eds.) *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli. Dei Contratti in generale*. Vol. I: Artt. 1321–1349 c.c. Torino, UTET Giuridica, pp. 177–183.
- Cabrillac, R. (2016) *Droits des obligations*. Paris, Dalloz.
- Capitant, H. (1927) *De la cause des obligations*. Paris, Dalloz.
- Ferri, G. B. (1966) *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano, A. Giuffrè.
- Ferri, G. B. (1970) *Ordine pubblico e buon costume e la teoria del contratto*. Milano, A. Giuffrè.
- Ferri, G. B. (1996) Appunti sull'invalidità negoziale (da codice civile del 1865 al codice civile del 1942). *Rivista del diritto commerciale*. I, 367–394.
- Gabrielli, E. (2006) *I contratti in generale*; a cura di E. Gabrielli. Torino, Utet Giuridica, 2006.
- Majo Di A., Ferri, G. B. & Franzoni, M. (2002) *La invalidità del contratto. La nullità, la annullabilità — Settimo tomo dei volumi dedicati alla disciplina del contratto nel Trattato di diritto privato dir. da M. Bessone*. Torino, Giappichelli Editore.
- Marzio Di, F. (2008) *La nullità del contratto*. Padova, CEDAM.
- Messineo, F. (1952) *Dottrina generale del contratto*. Milano, Giuffrè.
- Messineo, F. (1958) Annullabilità ed annullamento (diritto privato). In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. II. Milano, A. Giuffrè.
- Novitskaya, A. A. (2015) Dogovor priznan chastichno nedeistvitel'nym. Kakaya iz pravovykh doktrin pomozhet sokhranit' sdelku? [The contract is partially invalidated. Which of the legal doctrines will help preserve the bargain?]. *Arbitrazhnaya praktika dlya yuristov*. (12), 108–115.
Новицкая А.А. Договор признан частично недействительным. Какая из правовых доктрин поможет сохранить сделку? // Арбитражная практика для юристов. 2015. № 12. С. 108–115.
- Prisco, I. (2012) *Le nullità di protezione: indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*. Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- Putti, P. M. (1997) Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria). In: *Digesto IV, Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. Vol. XVI. Torino, UTET Giuridica. pp. 673–705.
- Rabbiti, M. (2012) Commentario ad articolo 1418. In: Navarretta, E. Ortestano, A. (eds.) *Commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli. Dei Contratti in generale*. Vol. III: Artt. 1387–1424. Torino, UTET Giuridica, pp. 521–587.
- Roppo, V. (ed.) (2006) *Trattato del contratto*. Vol II. Milano, A. Giuffrè.
- Sacco, R. & Nova De, G. (2004) *Il contratto*. Vol. 2. Torino, UTET Giuridica.
- Tommasini, R. (1978) Nullità (diritto privato). In: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXVIII. Milano, A. Giuffrè, pp. 866–909.
- Triolo, D. P. (2015) *L'invalidità del contratto*. Firenze, Key Editore.
- Villa, G. (1993) *Contratto e violazione di norme imperative*. Milano, A. Giuffrè.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Новицкая Анна Андреевна, кандидат юридических наук, докторант, Римский университет Тор Вергата.

ORCID: 0000-0003-1520-4578

Контактная информация:

e-mail: anna.novitskaya1985@gmail.com

Для цитирования:

Новицкая А.А. Институт недействительности договора в итальянском праве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 4. С. 565–581, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-565-581

INVALIDITY OF CONTRACT UNDER THE ITALIAN LAW

Anna A. Novitskaya

University of Rome Tor Vergata
18, Via Orazio Raimondo, Rome, Italy, 00173

The problems of regulating the invalidity of contract under the Italian law is dictated by the crisis of the pandect system of the division of irregular contracts into nullity and annullability. In particular, in the Italian doctrine and case-law attempted to add within the pandect system of invalidity of bargains supplement it with new types of irregular contracts, borrowed from the French civil law tradition.

The author using comparative method and examines the invalidity of contract under the Italian law. Firstly, the Article deals with the influence of German and French legal regulation of invalidity of contracts on Italian Law. Secondly, the author discusses the difference between nullity (*nullità*) and annullability (*annullabilità*) of contracts and analyzes the basic concepts of contract law such as *causa* as the essential term of contract, for the most part, determines the organization of norms on the nullity of the treaty in Italian civil law. Also the Article focus on the public order, imperative norms under Italian contract law.

In conclusion of the Article presents general conclusions on the regulation of nullity and annullability under Italian contract law, as well as an overview of convalidation and conversion. The article is oriented to civilists interested in the comparative legal research and the Italian contract law.

Keywords: Italian civil law; Italian contract law, invalidity of contract; nullity of contract; annullability of contract; *causa*; convalidation; conversion

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Anna A. Novitskaya, Candidate of Legal Sciences, Doctoral Student, University of Rome Tor Vergata.

ORCID: 0000-0003-1520-4578

Contact information:

e-mail: anna.novitskaya1985@gmail.com

For citation:

Novitskaya, A. A. (2017) Institut nedeistvitel'nosti dogovora v ital'yanskom prave [Invalidity of Contract under the Italian Law]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 565–581. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-565-581.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-582-587

**ЮБИЛЕЙ КАФЕДРЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
УРАЛЬСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО
ЮРИДИЧЕСКОГО УНИВЕРСИТЕТА:
ДОСТОЙНАЯ ВСТРЕЧА**

**Рецензия на сборник научных статей
«Эволюция российского и зарубежного государства и права.
К 80-летию кафедры истории государства и права Уральского
государственного юридического университета» / под ред.
А.С. Смыкалина. Екатеринбург: Уральский государственный
юридический университет, 2016**

Г.И. Муромцев

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

Рецензия посвящена своеобразному способу празднования 80-летнего юбилея кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета, который состоялся в сентябре 2016 г. Свообразие празднования юбилея состояло в том, что кафедра во главе с ее заведующим профессором А.С. Смыкалиным, проделав гигантскую работу, выпустила в свет сборник научных трудов, четыре тома, общим объемом в 3700 страниц и почти в 310 печатных листов под общим названием «Эволюция российского и зарубежного государства и права». О цели данного издания свидетельствует подзаголовок «К 80-летию кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета (1936–2016)».

Указанное издание отличается также существенным своеобразием с точки зрения состава авторов, структуры публикуемого материала и содержания статей. Его авторами являются 256 ведущих и известных ученых, представляющих почти 80 вузов и около десятка академических учреждений из 37 городов России, а также университеты и исследовательские учреждения США, Германии, Финляндии, ЮАР и Казахстана. В сборнике представлены научные статьи по отечественной и зарубежной истории государства и права, теории государства и права, философии и методологии права, а также практически всех отраслевых дисциплин, изучаемых в юридических вузах. Статьи авторов, не являющихся членами кафедры-юбилея, рассматриваются как ее поздравление с юбилеем. В сборнике глубоко раскрыта история кафедры, а также — в известной мере — состояние современной историко-правовой науки и других отраслей юридического знания.

Ключевые слова: история государства и права; теория государства и права; сборник научных статей; Уральский государственный юридический университет

В сентябре 2016 г. исполнилось 80 лет кафедре истории государства и права Уральского государственного юридического университета. Обычно юбилеям

такого рода посвящаются научные конференции, статьи в научных журналах, сборники научных работ. В данном же случае кафедра отметила свой юбилей весьма своеобразно. Преподавателями кафедры во главе с ее заведующим профессором А.С. Смыкалиным была проделана гигантская работа, итогом которой стали 4 огромных тома общим объемом в 3700 страниц и почти в 310 печатных листов под общим названием «Эволюция российского и зарубежного государства и права». Издание посвящено юбилею кафедры, о чем свидетельствует подзаголовок каждого тома «К 80-летию кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета (1936–2016)». Помимо внушительных размеров четырехтомник отличается также значительным своеобразием с точки зрения состава авторов, его структуры и содержания публикуемых статей. Так, авторами сборника являются 256 ведущих и известных ученых, представляющих почти 80 вузов и около десятка академических учреждений из 37 городов России, а также университеты и исследовательские учреждения США, Германии, Финляндии, ЮАР и Республики Казахстан. В сборнике представлены научные статьи по отечественной и зарубежной истории государства и права, теории государства и права, философии и методологии права, а также практически всех отраслевых дисциплин, изучаемых в юридических вузах. Статьи каждого из авторов, кроме преподавателей кафедры-юбиляра, рассматриваются одновременно и как поздравления с юбилеем.

Естественно, что при подготовке к публикации столь объемного и разнопланового материала редколлегия сборника столкнулась с необходимостью такого его структурирования, которое гармонично сочетало бы проблемы истории кафедры и ее современного развития с проблемами юридической науки, прежде всего истории государства и права. Следует признать, что редколлегия успешно справилась с этой задачей.

Четырехтомник, посвященный столь знаменательному событию, конечно же начинается с материалов, посвященных истории создания и развития кафедры-юбиляра. Ее краткий очерк дается в предисловии Президента Уральского государственного юридического университета, заслуженного юриста, профессора В.Д. Первалова. Ее развернутому изложению посвящена объемная вступительная статья доцента Р.А. Насибуллина, а также ряд последующих материалов. При рассмотрении этого вопроса, с одной стороны, на широкой документальной основе излагается 80-летняя история кафедры, которая разделена на три периода: во-первых, возникновение и рост кафедры (1936–1963 гг.) (в 1939–1963 гг. в составе объединенной кафедры теории и истории государства и права); во-вторых, позднесоветский период развития кафедры (1963–1990 гг.); в-третьих, современный период ее развития (1990–2016 гг.).

Такой подход позволяет показать, как Свердловский юридический институт, на базе которого и возникла кафедра, превратился из небольшого вуза третьей категории в первоклассный центр образования и науки, а его исследования уже с 70-х годов прошлого века образовали отдельную юридическую ураль-

скую школу в системе российского правоведения. В рамках этой школы на кафедре истории государства и права зародилась уральская школа истории государства и права России — СССР, а кафедра стала одним из крупнейших центров научной работы по истории государства и права в стране.

С другой стороны, история кафедры рассматривается сквозь призму жизненного и научного пути ее преподавателей и ученых — заведующих кафедрой, начиная с профессора С.В. Юшкова, стоявшего у ее истоков, до нынешнего заведующего — профессора — А.С. Смыкалина; профессоров кафедры — от уже ушедших (С.Ф. Кечекьяна, В.Н. Дурденевского, А.В. Игнатенко и других) до наших современников (В.П. Мотревича, С.И. Константинова, Т.П. Евсеенко и других), а также доцентов и преподавателей. Как пишет в предисловии к сборнику Президент УРГЮУ профессор В.Д. Перевалов, «это своеобразная портретная галерея с кратким жизнеописанием и историографическим обзором научного творчества ведущих ученых кафедры разных периодов».

Сухие анкетные данные сочетаются здесь с интереснейшими фактами биографий, сквозь призму которых раскрываются картины жизни в стране в 30-е и 40-е годы, тяготы и лишения, связанные с войной и послевоенной разрухой, беззаконие и несправедливость, жертвами которых становились подчас преподаватели кафедры либо их близкие. Такие материалы, включающие подчас воспоминания самих героев публикации, их рассуждения о смысле жизни, выдержки из научных работ и художественных произведений, стихи и т.д., читаются с неослабным интересом, а подчас с волнением.

Не менее интересны интервью преподавателей кафедры, раскрывающие не только их биографические данные, жизненные увлечения, но также их взгляды на науку, обучение юношества, искусство, их философию жизни.

Что касается научных публикаций четырехтомника, то они структурированы в нем следующим образом. Работы преподавателей кафедры-юбиляра помещены в первом томе издания, который включает в себя три раздела. Первый из них — «Из научного наследия кафедры» начинается с обзора диссертаций по истории права, государства и юридической науки, подготовленных и защищенных аспирантами, докторантами, соискателями и преподавателями УРГЮУ за период с 1936 по 2016 г. (автор — профессор А.Н. Якушев (Майкоп). За ним следует каталог диссертаций по истории права, государства и юридической науки, подготовленных и (или) защищенных в УРГЮУ за тот же период (авторы профессор А.Н. Якушев и доцент Р.А. Насибуллин). О масштабах такой работы кафедры свидетельствуют такие цифры: всего за годы существования кафедры на ней было подготовлено и защищено 137 диссертаций, 23 из которых докторские и 112 кандидатские.

Под той же рубрикой публикуются материалы, посвященные ученым кафедры — как уже ушедшим (С.В. Юшкову, Б.Ф. Ливчаку, Б.А. Стародубскому, А.В. Игнатенко), так и ныне здравствующим (А.С. Смыкалину, В.П. Мотревичу, В.А. Суровню). При этом форма подачи материала здесь существенно варь-

ируется: это — и очерки о педагогической и/или научной деятельности того или иного преподавателя, и библиография трудов ряда из них (Б.Ф. Ливчака, Б.А Стародубского), их собственные статьи, а подчас и разгромные рецензии на их работы (например, рецензия И. Королева на учебник профессора С.В. Юшкова по истории государства и права СССР, вышедшая в 1949 г.).

Завершающие разделы тома — «Эволюция российского и зарубежного государства и права в трудах ученых кафедр» и «Эволюция российского и зарубежного государства и права в трудах аспирантов, соискателей и докторантов кафедры» насчитывают соответственно 15 и 17 статей. Всего в первом томе опубликованы статьи 46 авторов из 11 вузов, представляющих 12 городов России и один город зарубежья (Претория, ЮАР).

Второй том сборника также разделен на три раздела, в первых двух из которых опубликованы статьи, посвященные эволюции зарубежного государства и права, учений о зарубежном государстве и праве древнего мира, средних веков, а также нового и новейшего времени. В последнем разделе тома рассматриваются проблемы теории, философии и методологии права и государства.

Авторами тома являются 64 ведущих и известных ученых, представляющих 37 вузов и 4 академических учреждения из 18 городов России, а также 2 вуза и 3 города зарубежья. Особый колорит содержанию тома придает тот факт, что в нем подчас публикуются статьи, авторы которых выражают диаметрально противоположные взгляды по тем или иным проблемам. Так, например, о либертарно-юридической теории академика В.С. Нерсисянца говорится в трех статьях, опубликованных в томе, но если автор одной из них — профессор В.В. Лапаева выступает с позиций ее поддержки, то авторы двух других — профессор О. В. Мартышин и профессор В. В. Сорокин, напротив, резко ее критикуют.

Статьи третьего тома посвящены эволюции российского государства и права, учений о российском государстве и праве периода с IX в. и до начала XXI в. Том содержит немало интересных материалов по истории как российского государства и права, так и взглядов российских мыслителей разных исторических эпох на те или иные вопросы государственно-правового развития России.

Его авторами являются 93 ведущих и известных ученых, представляющих 52 вуза и 6 академических учреждений из 25 городов России, а также 2 зарубежных вуза (Университет штата Пенсильвания (США) и Казахский гуманитарно-юридический университет (Астана, Республика Казахстан).

Наконец, в четвертом томе сборника опубликованы статьи 53 ученых, представляющих все 14 кафедр Уральского государственного юридического университета, по проблемам истории российского и зарубежного конституционного, международного, гражданского, предпринимательского, трудового права, гражданского и уголовного процесса, уголовного права, криминалистики и правоохранительных органов.

По сути в четырех томах сборника дана достаточно широкая картина, позволяющая судить о нынешнем состоянии отечественной историко-правовой науки, а также о проблемах теории, философии и методологии права. Наряду с историками права в сборнике принимают участие «общегражданские» историки.

Среди участников сборника 2 академика РАН, 3 члена-корреспондента РАН, 9 заслуженных деятелей науки России, 3 лауреата Государственной премии России, 2 судьи Конституционного суда России, 151 доктор наук, среди которых 91 доктор юридических наук, 56 докторов исторических наук, 1 доктор политических наук, 2 доктора права из Германии и 1 доктор права из США, 95 кандидатов наук, в числе которых 69 кандидатов юридических наук, 25 кандидатов исторических наук и 1 кандидат политических наук.

Несомненно, что столь представительный состав сборника свидетельствует о высоком авторитете уральской школы правоведения, кафедры истории государства и права и ее заведующего — профессора А.С. Смыкалина.

О значимости четырехтомника прекрасно написал в предисловии к нему Президент УРГЮУ, профессор В.Д. Перевалов. Издание такого фундаментального сборника научных статей, — считает он, — есть «уникальный историографический факт, необычное событие в российской историко-правовой науке. По тематике, по количественному и качественному составу ученых, по географии публикаций данный сборник представляет собой определенный показатель уровня развития отечественной историко-правовой науки в первые два десятилетия XXI в. в условиях методологического и идеологического многообразия».

Едва ли к этому можно что-то добавить. Остается лишь пожелать коллективу кафедры новых успехов в научных историко-правовых исследованиях и в подготовке квалифицированных кадров юристов.

Несомненно, сборник будет с интересом встречен научной общественностью.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Муромцев Геннадий Илларионович, доктор юридических наук, профессор, профессор, кафедра теории права и государства, Юридический институт, Российский университет дружбы народов.

ORCID: 0000-0002-9755-2252

Контактная информация:

email: muromtsev_gi@rudn.university

Для цитирования:

Муромцев Г.И. Юбилей кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета: достойная встреча. Рецензия на сборник научных статей «Эволюция российского и зарубежного государства и права. К 80-летию кафедры истории государства и права уральского государственного юридического университета» / под ред. А.С. Смыкалина. Екатеринбург: Уральский государственный юридический университет, 2016 // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2017. Т. 21. № 4. С. 582–587, doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-582-587

**THE ANNIVERSARY OF THE HISTORY OF STATE AND LAW
DEPARTMENT OF THE URAL STATE LAW UNIVERSITY:
DECENT MEETING**

Smykalin, A.S. (ed.) The Evolution of the Russian and Foreign State and Law. To the 80th Anniversary of the History of State and Law Department of the Ural State Law University (1936–2016). Ekaterinburg, Ural State Law University, 2016

Gennady I. Muromtsev

RUDN University

Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The Review is devoted to a peculiar way of celebration of 80-year anniversary of department of history of state and law of the Ural State Law University which took place in September, 2016. The originality of celebration of anniversary is proved by the fact that the department headed by professor A.S. Smykalin, having done an enormous work. In particular, it published four huge volumes, totally 3700 pages under the general title «The Evolution of the Russian and Foreign State and Law». The purpose of this huge edition is marked in the subtitle «To the 80th Anniversary of Department of History of State and Law of the Ural State Law University (1936–2016)».

The specified edition is remarkable due to its essential originality, from the point of view of the list of authors, structure of the published material and contents of articles. The authors are 256 famous scientists representing nearly 80 higher education institutions and about ten academic institutions from 37 cities of Russia and also from the universities and research institutions of the USA, Germany, Finland, the Republic of South Africa and Kazakhstan. Scientific articles on domestic and foreign history of state and law, the theory of the state and the law, philosophy and methodology of the law and also practically all branches of law studied in law colleges are presented in the collection. At the same time the articles of the authors who are not members of anniversary department are considered as their congratulation to the University. In the collection the history of department is deeply described and also — to a certain extent — a condition of modern historical and legal science and other branches of legal knowledge is estimated.

Key words: history of the state and law, theory of the state and law; collection of scientific articles; Ural State Law University

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Gennady I. Muromtsev, Doctor of Legal Sciences, Professor, Professor, Theory of Law and State Department, Law Institute, RUDN University.

ORCID: 0000-0002-9755-2252

Contact information:

email: muromtsev_gi@rudn.university

For citation:

Muromtsev, G. I. (2017) Yubilei kafedry istorii gosudarstva i prava Ural'skogo gosudarstvennogo yuridicheskogo universiteta: dostoinaya vstrecha. Retenziya na sbornik nauchnykh statei «Evolyutsiya rossiiskogo i zarubezhnogo gosudarstva i prava. K 80-letiyu kafedry istorii gosudarstva i prava ural'skogo gosudarstvennogo yuridicheskogo universiteta» [The Anniversary of the History of State and Law Department of the Ural State Law University: Decent Meeting. Smykalin, A. S. (ed.) The Evolution of the Russian and Foreign State and Law. To the 80th Anniversary of the History of State and Law Department of the Ural State Law University (1936–2016). Ekaterinburg, Ural State Law University, 2016]. *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 582–587. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-582-587.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-588-596

THE REVIEW OF THE 2017 ANNUAL CONFERENCE OF THE ASSOCIATION OF HUMAN RIGHTS INSTITUTES (AHRI) (27 AND 28 APRIL 2017, LEUVEN, BELGIUM)

Aleksandra E. Koneva

RUDN University
Law Institute

6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The 2017 Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI) held at the University of Leuven (KU Leuven) in Leuven (Belgium) from 27 to 28 April 2017 is the one of the leading events among the professional associations uniting international law scholars in human rights field. The conference focused on issues of monitoring compliance with international human rights obligations of States in the activities of universal and regional human rights bodies, particularly UN human rights mechanisms, human rights treaty bodies and regional and sub-regional human rights mechanisms within European, Inter-American and African human rights systems. Within these issues a particular attention was paid to the interaction between universal and regional human rights systems, specifically the role of regional mechanisms in the promotion and protection of human rights and enhancing universal human rights standards enshrined in international human rights treaties.

The paper provides a brief review of the selected reports presented at the conference, which raised a particular scientific interest of the author. The author describes the reports devoted to: 1) factors determining adoption and enforcement of international human rights obligations by States; 2) States' implementation of international human rights norms through the lens of interplay between the international, regional and national levels; 3) the interaction between the universal and European human rights systems (European Court of Human Rights with human rights treaty bodies and special procedures of the UN Human Rights Council).

Key words: Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI); international human rights law; universal and regional human rights mechanisms; human rights treaty bodies; special procedures of the UN Human Rights Council; European Court of Human Rights

Acknowledgements: The Review is prepared within the President's of the Russian Federation Grant for state support of young scientists — candidates of science (Ph.D.) on the theme "Human rights treaty body system: yesterday, today, tomorrow" МК-1952.2017.6 (head of research — A.E. Koneva).

In today's world there are various professional communities, uniting international lawyers dealing with issues of international human rights protection. During the events organized by these communities, scholars exchange views on various international legal problems in human rights field and discuss cooperation, including joint research projects. Among the most authoritative communities in this field are interest

groups on International Human Rights Law”¹ and on International Business and Human Rights² of the European Society of International Law (ESIL)³ and Association of Human Rights Institutes (AHRI)⁴.

Association of Human Rights Institutes is a network of 59 educational institutions from 33 countries in various regions of the world, carrying out research and educational activities in the field of human rights protection. Association’s objective is to unite scientists in the field of international human rights law, promote exchange of views and develop cooperation in the indicated area in scientific and educational directions (including conducting joint researches, implementation of joint educational programs, exchange of students, postgraduate students and lecturers).

One of the members of the organization is the European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (Venice, Italy)⁵, uniting 41 European universities into the Venice Consortium, with which RUDN University is developing cooperation through the Department of International Law in the implementation of the joint Master Program “International Protection of Human Rights”, implemented by the Consortium of 9 Russian Universities⁶.

One of the key events of the Association is the Annual Conference, which was held at various university-members of the organization since 2007⁷. In 2017, the Annual Conference of the Association on the topic “Monitoring compliance with obligations to protect human rights within international and regional organizations” was held from 27 to 28 April 2017 in Leuven (Belgium) at the University of Leuven (KU Leuven). More than 200 scientists and practitioners in the field of human rights, including the author of this article, took place in the event. The conference was held in the form of plenary session and 21 thematic sections.

The main topic of the plenary session was the interaction between universal and regional human rights protection systems, in particular, the role of regional mechanisms in the promotion and protection of human rights and enhancing universal human rights standards enshrined in international human rights treaties. In this regard, particular attention was paid to the resolution of the UN Human Rights Council 34/17 “Regional arrangements for the promotion and protection of human rights” (21 March, 2017)⁸, which, inter alia, contains the request to the Office of the UN

¹ Available from: <http://www.esil-sedi.eu/node/1102>.

² Available from: <https://igbusinessandhumanrights.wordpress.com/>.

³ The author of this review took part in the 12th Annual Conference of the European Society of International Law, held 7-11 September 2016 at the Riga University of Law, and will be participating in the 13th Annual Conference of the Society on 6-9 September 2017 at the University of Naples Federico II (Naples, Italy).

⁴ Available from: <http://www.ahri-network.org>.

⁵ Available from: <https://www.eiuc.org/>.

⁶ Available from: URL: <http://humanrights.ru/>.

⁷ Information of previous conferences of the Association available from: <http://www.ahri-network.org/ahri-conferences>.

⁸ UN Doc. A/HRC/34/L.26/Rev.1.

High Commissioner for Human Rights (OHCHR) “to expand its cooperation with regional human rights mechanisms by creating, as of 2018, a dedicated programme for the said mechanisms to gain experience in the United Nations human rights system in order to enhance capacity-building and cooperation among them” (para. 7 of the resolution). In addition, the Council requested the High Commissioner to hold in 2019 a workshop on regional arrangements for the promotion and protection of human rights to take stock of developments since the workshop held in 2016⁹. Within the framework of the forthcoming event it is planned to organize “a thematic discussion on the role of regional arrangements in the combat against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and in the implementation of the commitments in the Durban Declaration and Programme of Action, based on concrete and practical experience of regional mechanisms, in order to share information on best practices, lessons learned and possible new forms of cooperation, with the participation of relevant experts from international, regional, subregional and interregional human rights mechanisms, as well as Members States, observers, national human rights institutions and non-governmental organizations” (para. 8 of the resolution).

All sections of the conference were combined into three thematic blocks, held simultaneously:

1. “Universal system of human rights protection”;
2. “Regional organizations and human rights”;
3. “International courts and human rights.”

Within each section, lasting 1.5 hours, included 3-4 presentations and discussions. Particular interest of the author of the article was raised by presentations within the sections entitled “States’ adoption, implementation and enforcement of international human rights law,” “The monitoring and enforcement of international human rights law by UN bodies,” “Universal human rights standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.”

Within the framework of these sections, presentations on various aspects of the topics, forming the title of the abovementioned sections, reflecting practical experience of the speaker in the relevant spheres were made. Other presentations contained a brief overview of research conducted by the speaker (goals, methodology, intermediate results, forecasting of project results). The speakers focused on the current state of the following research projects: factors that determine States’ adoption and enforcement of international human rights law; states’ implementation of international human rights law; invoking legal positions of human rights treaty bodies in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) with relation to cases on enforced disappearances; application of legal positions of human rights treaty bodies in the jurisprudence of the ECtHR with relation to cases on racial discrimination; le-

⁹ UN Doc. A/HRC/34/23.

gal positions of special procedures of the UN Human Rights Council in the jurisprudence of the ECtHR.

It seems necessary to further give an overview of the presentations devoted to the abovementioned research projects.

Presentation of the project “Understanding adoption of international human rights treaties: political regimes and commitment patterns”

This project is performed by three scholars of Masaryk University (Czech Republic). In particular, *Katarína Šipulová* (Masaryk University, Department of International Relations and European Studies, PhD Candidate in European Studies) presented in her speech reflected the current state of their research work. The authors’ main issue deals with ascertaining factors determining adoption and enforcement of international human rights obligations by States. They concluded, that the key aspect is conformity or non-conformity of the State’s domestic policy in human rights field with the provisions of international treaties. In case of conformity, a State may express its “serious intent” (authors’ term) or “no serious intent” (authors’ term) to assume the commitments.

In case of “*serious intent*,” a State assumes the commitment fully or partially, making reservations (for example, non-recognition of the competence of human rights treaty bodies to examine communication or conduct inquiries). In case of “*no serious intent*,” States usually do not assume the commitments at all.

In case of non-conformity of the State’s domestic policy in the human rights field with the provisions of international treaties, the State also can express “*serious intent*” or “*no serious intent*.” In the first case, a State makes reservation that modify the legal effect of the treaty provisions enshrining specific rights (“*substantive reservation*” — authors’ version), that authors equate with refusal to assume the commitment. In the second case, a State assumes the commitment partially (“*constrained commitments*” — authors’ version).

When analyzing the authors’ approach it becomes clear that they did not disclose the problem of specific criteria of conformity or non-conformity of the State’s domestic policy in the human rights field with international treaties. It seems, that this aspect deserves detailed consideration for the reason that all subsequent results depend on the examination of this issue.

Paying attention to the State obligations to follow the acts adopted by the control bodies of the relevant international treaties, the scholars noted the problematic nature of the States’ implementation of their acts providing for amending legislation in comparison to acts providing for remedy to victims of violations (for example, compensation). Among the most notable authors’ future research topics is the influence of States’ approaches to determination of the legal status of international law in domestic legal system (monism or dualism) on States’ adoption and enforcement of international human rights treaties.

Presentation of the project “Implementation and compliance with human rights law: An exploration of the interplay between the international, regional and national levels”

This research project¹⁰ is to be carried out in a period from 2015 to 2018 by the group of scientists from four universities: University of Bristol (United Kingdom), University of Essex (United Kingdom), University of Middlesex (United Kingdom) and University of Pretoria (Republic of South Africa) together with *Open Society Justice Initiative*, which main objective is to examine factors influencing the implementation by nine states (Columbia, Guatemala, Canada, Georgia, Czech Republic, Finland, Cameroon, Algeria, Tanzania) of selected decisions of human rights treaty bodies and decisions of regional judicial and quasi-judicial bodies functioning within European, Inter-American and African human rights protection systems.

The co-executor of the project, Doctor of Law, lecturer at the Faculty of Law of the University of Middlesex *A. Donald*, in her presentation focused on the factors that determine the reaction of states to the decisions of international human rights courts (full implementation, partial implementation or refusal to implement). One of the main aspects impacting the level of the implementation of the international judicial bodies' decisions (and acts of quasi-judicial bodies) is the existence of various State structures involved in the implementation of these decisions which have different powers and not always use unified approach in the relevant field. But it is obvious that all these structures are elements of one human rights protection system in a State and may ensure its effective functioning only through sustained interaction between each other. Dr. A. Donald pointed to the positions of international bodies with regard to States' decentralized approach to realisation of acts of international human rights mechanisms. These bodies raise concerns that decentralization may cause discrimination and also emphasize that the commitments apply to States Parties in general, not separate government structures. In this regard, they point to the obligations to provide central authorities with powers to control the activities of local authorities.

Projects related to the interaction between the universal and European human rights systems

Employees of the Institute of Law Studies of Polish Academy of Sciences devoted their presentations to the brief analysis of three research projects related to the interaction between the universal and European human rights systems:

1. Invoking universal standards in adjudication practice of the ECtHR: racial discrimination;
2. Invoking universal standards in adjudication practice of the ECtHR: enforced disappearance cases;
3. UN special procedures in the jurisprudence of the ECtHR.

¹⁰ Information about the project available from: <http://gtr.rcuk.ac.uk/projects?ref=ES/M008819/1>.

Concerning the first project on the racial discrimination the speaker Dr. *Aleksandra Gliszczyńska-Grabias* (Senior Researcher at the Poznań Human Rights Centre, Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences) focused on combating racial hate speeches in the ECtHR practice and pointed to its inconsistent approach with regard to applying the approach of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, which controls the implementation of the 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Convention). In cases of public denial or attempts to justify the Holocaust, the European Court does not refer to the provisions of the Convention and, accordingly, the practice of the Committee, or if it refers to the Convention and the views of the Committee, it supports the Committee's view, pointing to the states' obligation to provide punishment for statements that deny or justify the Holocaust. However, in cases affecting issues of public denial or attempts to justify genocide of other nations, for example Armenians, the European Court chooses another approach. Thus, in case "Perinçek v. Switzerland"¹¹ the ECtHR, considering whether Switzerland's intervention in the applicant's freedom of expression when criminalizing him for denying the Armenian genocide is justified from the point of view of the State's need to follow international obligations in this field, did not support the argument of the respondent State, who referred to the existence of the obligations to criminalize public denial or attempts to justify the Armenian genocide in accordance with the interpretation of Article 4 of the Convention, given in the Committee's general comment¹². Thus, the ECtHR decided that Switzerland went beyond international obligations, including its obligations under the Convention, because no international treaty clearly establishes an obligation to qualify the denial of genocide as a criminal offense¹³.

In the presentation, dedicated to the second project about the universal standards in the jurisprudence of the ECtHR dealing with enforced disappearance cases, it was mentioned that the Human Rights Committee (controls the implementation of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights) developed the biggest practice in the protection of persons from enforced disappearance, since the Committee on Enforced Disappearances, which monitors the implementation of the 2006 International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, was created only in 2011 and cooperates with comparatively small number of States parties to the Convention. The author noted that the legal positions of the Hu-

¹¹ European Court of Human Rights. *Perinçek v. Switzerland*. Application no. 27510/08. 15/10/2015.

¹² UN Doc. CERD/C/GC/35, p. 14: "The Committee recommends that public denials or attempts to justify crimes of genocide and crimes against humanity, as defined by international law, should be declared as offences punishable by law, provided that they clearly constitute incitement to racial violence or hatred. The Committee also underlines that "the expression of opinions about historical facts" should not be prohibited or punished".

¹³ European Court of Human Rights. *Perinçek v. Switzerland*. Application no. 27510/08. 15/10/2015, para. 268.

man Rights Committee had a significant impact on the development of the ECtHR's practice. Herewith, unlike the Committee, which qualifies enforced disappearance as torture or degrading treatment in all considered cases, the ECtHR has developed the additional criterions for determining whether the situation of enforced disappearance considered by it is classified as a crime in the form of torture or degrading treatment or not. Furthermore, the ECtHR has also introduced the additional criterions for the recognition of family members of disappeared persons as victims of violations. Thus, the ECtHR refers enforced disappearances to the category of torture or degrading treatment and also recognizes family members of disappeared persons as the victims of enforced disappearances much less than the Human Rights Committee.

Anna Hernandez-Polczyńska (Senior Researcher at the Poznań Human Rights Centre, Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences), the author of the third research project, talked on the interaction of the special procedures of the UN Human Rights Council with the ECtHR's and identified two types of such cooperation:

1. transmitting to the ECtHR written positions of the special procedures as a third party positions in the case;

2. the European Court invoking the legal positions of the special procedures included in the reports prepared by them, as an additional source of information for establishing the facts of the case, determining the legal content of the affected human rights norms, strengthening the ECtHR's argumentation, and for establishing whether the relevant situation was considered by the special procedures earlier or not¹⁴.

As an example of the first type of interaction the author referred to the case "Al-Nashiri v. Poland"¹⁵, in which the ECtHR uses the argument of the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, provided in its written position to the Court. The applicant in this case also referred to the position of the Special Rapporteur. Moreover, the ECtHR invited the Special Rapporteur to take personal part in the hearing of the case. The Special Rapporteur's materials helped to establish some facts. The second type of cooperation included examples from the ECtHR's practice, when the documents of the special procedures mandate holders, in particular, the reports of the UN Special Rapporteur on the human rights of migrants served as a reliable source of information about the situation in detention centers in Turkey¹⁶.

In conclusion the speaker noted the positive aspects of cooperation between the special procedures and the ECtHR, as for the special procedures benefit from raising awareness about their activities and application of their legal positions at the regional

¹⁴ In case if the situation is the subject of the consideration by the Working Group on Arbitrary Detention, the dispute will be declared inadmissible for consideration by the ECtHR.

¹⁵ European Court of Human Rights. Al-Nashiri v. Poland. Application no. 28761/11. 24/07/2014.

¹⁶ European Court of Human Rights. Yarashonen v. Turkey. Application no. 72710/1124. June 2014.

level, and strengthened protection of the rights of victims. For the ECtHR, the practice of the special procedures is a reliable source of legal argumentation and information about the circumstances of the case, examined by the special procedures during their visits to the relevant State.

The author of the article held a number of meetings with the presenters of the abovementioned research projects and exchanged views with them on the role and status of acts of universal human rights mechanisms in national legal systems, on factors that facilitate or, on the contrary, complicate the process of States' implementation of the recommendations of these mechanisms, as well as decisions of international human rights courts.

The next Annual Conference of the Association will be held at the University of Edinburgh (United Kingdom) on 7–8 September 2018, and will be dedicated to the 70th anniversary of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR

Aleksandra E. Koneva, Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer, International Law Department, Law Institute, RUDN University.

ORCID: 0000-0002-5338-973X

Contact information

e-mail: koneva_ae@rudn.university

For citation:

Koneva, A. E. (2017) The Review of the 2017 Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI) (27 and 28 April, Leuven, Belgium). *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21(4), doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-588-596

ОБЗОР ЕЖЕГОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ АССОЦИАЦИИ ИНСТИТУТОВ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА (27-28 АПРЕЛЯ 2017 Г., ЛЕВЕН, БЕЛЬГИЯ)

А.Е. Конева

Российский университет дружбы народов
Юридический институт
117198, Москва, Россия, ул. Миклухо-Маклая, 6

Ежегодная конференция Ассоциации институтов по правам человека, состоявшаяся 27–28 апреля 2017 г. в г. Левен (Бельгия) на базе Левенского католического университета — одно из важнейших мероприятий профессиональных сообществ, объединяющих юристов-международников, занимающихся проблематикой защиты прав человека.

Ключевыми темами конференции являлись вопросы, касающиеся деятельности универсальных и региональных механизмов по правам человека, а именно: правозащитных органов ООН, договорных органов по правам человека и региональных и субрегиональных правозащитных механизмов в рамках европейской, межамериканской и региональных систем защиты прав

человека, по осуществлению контроля над выполнением международных правозащитных обязательств государств. В рамках обсуждения данных вопросов особое внимание уделялось взаимодействию универсальной и региональной систем защиты прав человека, в частности, роли региональных механизмов в поощрении и защите прав человека и содействии укреплению универсальных стандартов в области прав человека, закрепленных в международных договорах по правам человека.

В данном обзоре представлен краткий анализ отдельных докладов, которые по мнению автора, вызвали особый научный и практический интерес. В частности, уделяется внимание выступлениям, посвященным: во-первых, факторам, обуславливающим принятие государствами международных обязательств по международным договорам по правам человека; во-вторых, имплементации государствами международных норм по правам человека сквозь призму взаимодействия соответствующих органов на международном, региональном и национальном уровнях; в-третьих, взаимодействию универсальной и европейской систем защиты прав человека (Европейского суда по правам человека с договорными органами по правам человека и специальными процедурами Совета ООН по правам человека).

Ключевые слова: ежегодная конференция Ассоциации институтов по правам человека (AHRI); международное право прав человека; универсальные и региональные правозащитные механизмы, договорные органы по правам человека, специальные процедуры Совета ООН по правам человека, Европейский суд по правам человека

Благодарности: Обзор подготовлен в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых — кандидатов наук по теме «Система договорных органов по правам человека: вчера, сегодня, завтра» МК-1952.2017.6 (научный руководитель — А.Е. Конева).

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ

Конева Александра Евгеньевна, кандидат юридических наук, ассистент кафедры международного права, Юридический институт, Российский университет дружбы народов.

ORCID: 0000-0002-5338-973X

Контактная информация:

e-mail: koneva_ae@rudn.university

Для цитирования:

Koneva, A. E. (2017) The Review of the 2017 Annual Conference of the Association of Human Rights Institutes (AHRI) (27 and 28 April, Leuven, Belgium). *Vestnik Rossiiskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki* [RUDN Journal of Law]. 21 (4), 588–596. Available from: doi:10.22363/2313-2337-2017-21-4-588-596.

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал
ВЕСТНИК РУДН
Серия «Юридические
науки»

20831

(индекс издания)

Количество
комплектов:

2018⁰¹³ год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДОСТАВОЧНАЯ КАРТОЧКА

ПВ	место	литер

на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

Стои- мость	подписки	руб. ___ коп.	Количество комплектов:
	переадресовки	руб. ___ коп.	

на2018 год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал
ВЕСТНИК РУДН
Серия «Юридические
науки»

20831

(индекс издания)

Количество
комплектов:

2018⁰13 год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДОСТАВОЧНАЯ КАРТОЧКА

ПВ	место	литер

на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

Стои- мость	подписки	руб. ___ коп.	Количество комплектов:
	переадресовки	руб. ___ коп.	

на 2018 год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДЛЯ ЗАМЕТОК