

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



Вестник Российского университета дружбы народов.

Серия: ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ

2018 Том 22 № 2

doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2

<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.ru

Заместитель главного редактора

М.В. Немытина,

доктор юридических наук,
профессор, РУДН, Россия.

E-mail: lawj@rudn.ru

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.

RUDN University



RUDN JOURNAL OF LAW

2018 VOLUME 22 NUMBER 2

doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2
<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.ru

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

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

E-mail: lawj@rudn.ru

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.

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.

Почкаев 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*, *World Cat*, *Cyberleninka*.

Цель журнала и направленность публикаций

Журнал «Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки» публикует статьи по фундаментальным и прикладным проблемам юридической науки, рецензии на монографии и обзоры научных мероприятий.

Цель журнала — способствовать развитию юридической науки в России и за рубежом.

В журнале публикуются результаты научных исследований по широкому спектру правовых проблем.

Публикуемые материалы основаны на современной методологии юридической науки, содержат доктринальные подходы, отражают новейшие тенденции в законодательстве и правоприменительной практике России и зарубежных стран, международном правовом регулировании.

Политика журнала основана на соблюдении норм научной этики.

Основным критерием отбора материалов для опубликования является их научный уровень.

Материалы для опубликования представляются через онлайн-систему: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

Требования к публикуемым материалам, правила оформления статей, архив и дополнительная информация размещены на сайте: <http://journals.rudn.ru/law>.

Литературный редактор: К.В. Зенкин

Компьютерная верстка: Е.В. Попова

Адрес редакции:

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

Тел.: +7 (495) 955-07-16;

e-mail: publishing@rudn.ru

Почтовый адрес редакции:

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

Тел.: +7(495) 434-22-12; e-mail: lawj@rudn.ru

Подписано в печать 15.09.2018. Выход в свет 25.09.2018. Формат 70×100/16.

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

Усл. печ. л. 20,93. Тираж 500 экз. Заказ № 449. 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. +7 (495) 952-04-41; publishing@rudn.ru

© Российский университет дружбы народов, 2018

EDITORIAL BOARD

Roman Yu. Pochekaev, Candidate of Legal Sciences, Associate 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.*

The Aim of the Journal and the Focus of Publications

RUDN Journal of Law publishes articles on the fundamental and practical issues of legal science, book and conference reviews.

The aim of the journal is to promote the development of legal science in Russia and abroad.

The journal publishes the results of research on a wide spectrum of legal issues.

The papers published are based on contemporary methodology of the legal science, contain doctrinal approaches, reflect new tendencies in legislation and law enforcement practice of the Russia and foreign countries, international legal regulation.

The policy of the journal is built upon the observance of norms of scientific ethic.

The key criteria for the selection of materials is their scientific level.

The submission of the manuscripts is operated through an online system: <http://journals.rudn.ru/law/about/submissions#onlineSubmissions>.

The submission requirements, instructions regarding manuscripts, archive and additional information are available on the website of the journal: <http://journals.rudn.ru/law>.

Review editor *K.V. Zenkin*
Computer design *E.V. Popova*

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

Postal Address of the Editorial Board:
6 Miklukho-Maklaya str., 117198, Moscow, Russia
Ph. +7(495) 434-22-12; e-mail: lawj@rudn.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: publishing@rudn.ru

© Peoples' Friendship University of Russia, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ОБЩАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Соколова А.А., Трофимов В.В.** Социально-интерактивный уровень социализации права как результирующего этапа процесса правообразования 146

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

- Павлова Н.Г.** Национально-культурные пределы правовой интеграции 172
- Серова О.А., Ниятбеков Ш.А.** Имплементация норм исламского права: проблемы изменения правосознания и правовой системы 196

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

- Колмаков С.Ю.** Свобода собраний в практике Конституционного Суда Российской Федерации 215

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Орлова Е.С.** Тенденции развития современных органов международного правосудия.... 249

ПРАВОСУДИЕ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

- Каса И.** Арбитраж (третейский суд): история создания и правовая природа 269
- Жалламион К.** Французская традиция арбитража..... 289

РЕЦЕНЗИИ НА НАУЧНЫЕ ПУБЛИКАЦИИ

- Экимов А.И.** Исследование советской и постсоветской государственности как единого исторического процесса. О книге: М.Н. Марченко «Советское и постсоветское государство и право (сравнительно-правовое исследование)» (Москва: Проспект, 2017 г.) 307

CONTENTS

COMMON THEORY OF LAW AND STATE

- Alla A. Sokolova, Vasili V. Trofimov.** Socio-Interactive Level of the Socialization of the Law as a Resulting Phase of the Law-Making Process..... 146

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Natalya G. Pavlova.** Factors Determining the Limits of Legal Integration..... 172
- Olga A. Serova, Shifo A. Niyatbekov.** The Implementation of Islamic Law: the Problems of Changing of Legal Consciousness and Legal System of Russia..... 196

CONSTITUTIONAL LAW OF RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES

- Stanislav Yu. Kolmakov.** Freedom of Assembly in the Practice of the Constitutional Court of the Russian Federation 215

INTERNATIONAL LAW

- Ekaterina S. Orlova.** Trends of Development of the Modern International Justice 249

JUSTICE IN RUSSIA AND FOREIGN COUNTRIES

- Ilda Kasa.** Arbitration (Arbitral Tribunal): History and Legal Nature..... 269
- Carine Jallamion.** La tradition Française de l'arbitrage 289

REVIEWS OF SCIENTIFIC PUBLICATIONS

- Anisim I. Ekimov.** The Study of Soviet and Post-Soviet Statehood as a Single Historical Process. Book review: "Soviet and Post-Soviet State and Law (Comparative Legal Study)" by M.N. Marchenko (Moscow: Prospekt Publ., 2017) 307



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-146-171

СОЦИАЛЬНО-ИНТЕРАКТИВНЫЙ УРОВЕНЬ СОЦИАЛИЗАЦИИ ПРАВА КАК РЕЗУЛЬТИРУЮЩЕГО ЭТАПА ПРОЦЕССА ПРАВООБРАЗОВАНИЯ

А.А. Соколова

Европейский гуманитарный университет
Академический департамент социальных наук
LT-01127, Вильнюс, Литва, ул. Савичаус, 17

В.В. Трофимов

Тамбовский государственный университет имени Г.Р. Державина
Кафедра теории и истории государства и права
392008, Тамбов, Россия, ул. Советская, 181 Б

В статье рассматривается социально-интерактивный уровень социализации права, которая в структуре правообразовательного процесса позиционируется авторами в качестве результирующей стадии, в определенном смысле завершающей цикл формирования правовых норм. Констатируется, что право становится объективной реальностью только тогда, когда включается в системы социальных взаимосвязей в качестве неотъемлемого их атрибута. Исследуется социально-интерактивная среда правовой социализации, что связывается с характеристикой той роли, которую выполняют процессы социально-правового взаимодействия в плане адаптации вводимых в юридическую практику субъектами правового творчества нормативно-правовых предписаний. Обоснование подхода к пониманию процесса правообразования строится в духе социологической концепции права, проводится сопоставление данной концепции с философским и юридико-позитивистским подходами, при этом каждая из концепций расценивается как элемент интегративного типа правопонимания. Применение интегративного подхода в таком контексте видится перспективным, поскольку в нем могут найти отражение все основные аспекты бытия права (нормы права, правовые отношения и правовое сознание). Для анализа социально-интерактивных аспектов социализации права привлекаются теоретико-методологические подходы, сформировавшиеся в зарубежной и отечественной теории права и общей социологии, в которых феномен взаимодействия (интеракции, коммуникации) представляется в качестве ключевого признака «социального» вообще и «социально-правового» — в частности. Особый акцент в статье делается на анализе специфики социализации права в среде общегражданской жизни и сфере публично-властных компетенций, где имеют воплощение разные уровни правовой ментальности и отношения к праву. Вместе с тем и в первом, и во втором случаях право как действенное средство и результат процесса правообразования получает свое «овеществление» в реальной жизни (объективируется) только после прохождения этапа социализации.

Ключевые слова: право; правообразование; правопонимание; взаимодействие; интеракция; коммуникация; социализация права; социально-интерактивный уровень; акторы; юридический персонал

Благодарности: Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (Отделение гуманитарных и общественных наук). «Социально-интерактивные закономерности права: проблемы методологии и теории», проект № 15-03-00238.

I. Введение

На современном этапе развития общества становятся все более актуальными проблемы усиления роли права в жизни людей, восстановления веры в «право» как отражение идеалов добра и справедливости, меры свободы и реализованного принципа формального равенства, всеобщего (универсального) эталона поведения, преодоления ситуации правового нигилизма, в целом — повышения качества правового воздействия на социальные отношения. Важное место в решении этих вопросов отводится разумной правовой политике, которая на основе глубокого изучения социальных и правовых закономерностей призвана способствовать созданию положительного права, эффективного механизма правового регулирования. К числу искомых социально-правовых закономерностей относятся те, что связаны с процессом образования (формирования) права, правильное понимание природы которого — исходная предпосылка принятия верных правовых решений в правовом творчестве и в процессе применения права. В них право будет выражать свой гуманистический потенциал, социальную миссию по снятию напряженности, конфликтности в обществе, установление порядка и стабильности в жизни общества, будет способствовать формированию замиренной социальной среды.

Научная концепция правообразования позволяет уяснить сущность, содержание права и выводит на понимание качества позитивного права, от которого зависит состояние правозаконности и правопорядка в обществе. В рамках данной проблематики постулируется ответ на крайне важный вопрос: считать ли юридическую (правовую) норму результатом познавательных усилий и причислить ее к категории открытий, изобретений, которыми обогащается сокровищница знаний о мире (иными словами, связывать право и процесс его созидания только с сознательной (волевой) деятельностью субъектов правотворчества (законодателей)); или же правовая норма — это итог более сложного объективного процесса, который происходит в недрах самой социально-правовой жизни, символизирует (выражает) факт ее зарождения, возникновения и развития, что означает связанность законодателей объективной природой права, возможность их деятельности по сотворению правовых норм только в социально обусловленных пределах?

Ответ на этот принципиальный вопрос в ключе первого из вариантов — это суть субъектно-ориентированного типа правопонимания (главным образом, эатистской направленности, когда воля определенного лица (круга лиц, наделенных властными полномочиями) становится источником права). Ответ несложный и многое объясняющий, но только *a prima facie* (лат. — на первый взгляд). Эта линия рассуждений порой приводит в «тупиковое состояние», когда не

проясняется, почему образуются известные разрывы между «правом в книгах» и «правом в жизни» (Р. Паунд), или почему «три слова правки законодателя» достаточны для того, чтобы «целые тома библиотек» летели в «макулатуру» (Ю. Кирхман) и пр. Поэтому такой вариант ответа вряд ли может устроить не только теоретиков права (в силу изначально присущего им мотива к исследовательскому правовому поиску, в частности — посвященного обнаружению факторов, которые либо мешают видеть в праве «писанный разум» и воплощение в нем идеи справедливости и формального равенства, либо способствуют превращению формальных юридических конструкций в эффективно функционирующие основы государственной жизни общества), но прежде всего искренне проявляющих заботу о благе государства и общества практиков, ответственных за достижение государственных целей в плане регулятивного воздействия на общественные отношения.

Есть основания полагать, что именно в параметрах второго варианта ответа, раскрывающего процесс правообразования через его связанность с глубинными процессами социально-правовой жизни, можно найти верные алгоритмы понимания истоков права, объективных законов его бытия и предназначения в обществе. Как убедительно писал русский правовед Ю.С. Гамбаров, «право можно изучать только в связи с целым, часть которого оно составляет, т.е. в связи с изучением всего общества и тех культурных и хозяйственных отношений, выражением которых является как закон, так и всякая иная юридическая норма» (Gambarov, 1907:8).

В этом контексте становится очевидным, что путь права к реализации своих целей — сложный по структуре, длительный по времени, объективно-субъективный по содержанию и детерминированный совокупностью социальных факторов (Pridvorov, Trofimov, 2012; Sokolova, 2005).

В настоящем исследовании предпринимается попытка объяснить логику движения: от зарождения объективных предпосылок правового регулирования, возникновения идеи правового моделирования определенной области общественных отношений (где появилась «нужда» в праве) до *реализации сформулированной идеи в конструкции правового общения, стадии проникновения права в социальную среду, где оно становится «телом и душой» социальной жизни.* Особый акцент в предметном поле исследования будет сделан на характеристике *социально-интерактивного уровня социализации правовых норм* — результирующего этапа процесса формирования права, поскольку, по мнению авторов, право становится объективной реальностью только тогда, когда включается в системы социальных взаимосвязей в качестве неотъемлемого их атрибута.

Исходными теоретико-методологическими основаниями исследовательского замысла послужили, с точки зрения правовой парадигмы, во-первых, *интегративное понимание права* (Дж. Холл, Г.Дж Берман); во-вторых, *концепции юридического поля (П. Бурдые) и публичной сферы (Х. Арендт, Ю. Хабермас)* как арены проявления *социально-правовых интеракций*; в третьих, *социологиче-*

ская концепция формирования права (Sokolova, 2003; Trofimov, 2009), с точки зрения собственно социологии проблемы, — *социологические теории П.А. Сорокина, Т. Парсонса и Н. Лумана, П. Бергера, Т. Лукмана* как выразителей интерактивного (коммуникативного) подхода к пониманию социума и динамики социальных явлений.

II. Социализация права в структуре правообразовательного процесса

Конститутивным тезисом социологических концепций правообразования (своего рода квинтэссенцией научного подхода) является утверждение о социальной природе права и социальных истоках его формирования. В отличие от позитивистской теории права, признающей в одном из своих крайних проявлений государственную монополию на «производство» права/закона, социологическая юриспруденция исходит из признания *социального* контекста зарождения, моделирования, действия правовых норм с надлежащим образом государственно-организованной их фиксацией и обеспечением. Согласно концепции авторов статьи процесс формирования права проходит несколько рубежных этапов (стадий), начиная от *этапа, когда складываются сами объективные предпосылки становления правового содержания* (возникновение под влиянием комплекса правообразующих факторов потребности в правовом регулировании), *стадии перехода этих объективных установок в область сознания* (общественного, субъектов правотворческой государственной деятельности), где в результате «проработки» юридически значимых социальных интересов формулируются синтезированные правовые идеи и моделируются параметры правовой регламентации тех или иных общественных отношений, происходит фиксация (формализация) установленного правового содержания, то есть осуществляется превращение правовой возможности в реальные правовые нормы посредством их позитивации государственными структурами (собственно правотворчество (установление правовых норм)), вплоть до *этапа внедрения формальных правовых предписаний в реальную жизненную стихию*, которая «легитимирует» их именно в качестве действующего права (социализация правовых норм).

Результирующий этап социализации позитивных (формально-определенных) правовых норм в определенном смысле завершает процесс правового созидания или, скорее, результирует этот процесс в текущем интервале социально-исторического времени, поскольку диалектика становления правового содержания и формы не прекращаются, находят свое продолжение во времени и социально-пространственных величинах реальной «жизнью», действием правовых норм в конкретных правовых отношениях; сопровождается наступлением для участников социального общения правовых последствий, отвечающих их интересам или противоречащих им. В целом результатом этого этапа может

оказаться ожидаемый членами общества правовой порядок, и тогда будет позитивно констатировать, что установленные в различных формах (законах, указах, постановлениях и т.д.) правовые нормы есть право. В противоположном случае — в ситуации «правового беспорядка», юридической конфликтности, нарушения прав и свобод граждан и многих других обстоятельств — можно констатировать эффект произвола/неправа. Так вкратце можно представить ход длительного процесса социальной трансформации, рождения и динамического развития права в канве преимущественно социологического типа правопонимания, который, связывая право с реальностью общественной жизни, может, помимо прочего, выступать устойчивой объединительной платформой для других известных магистральных подходов в правопонимании с присущими им опорными концептами.

Каким образом моделирование процесса создания права связано с проблемой его понимания? Применительно к опорной идее представленной модели правообразования значимо осмысление права как целостности, существующей в различных формах его бытия/проявления (правовом сознании, правовых нормах, правовых отношениях). Многоаспектное восприятие права, совмещающее наиболее важные его измерения, — ценностные правопредставления, правовые нормы, правоотношения, характеризует процесс его формирования и социального действия. Содержанию этапов правообразовательного цикла соответствуют формы бытия права: первому — *объективному* — формирование социальных предпосылок возникновения права, потребностей в правовом регулировании; второму — *субъективному* — познание объективных условий правоформирования, освоение правообразующих факторов общественным и индивидуальным сознанием и сам механизм трансформации правовых идей в официальное общезначимое законодательство; их осуществление в социально-правовых отношениях соответствует третьему — *результатирующему (объективно-субъективному)* — этапу правообразовательного процесса.

Формы бытия права связаны с основными направлениями правопонимания, интегрируют их, создавая многомерное целостное явление. Если право существует в правовом сознании членов общества в виде идей, представлений, суждений о правовых явлениях, то с позиции возникновения права исследователя, прежде всего, будет интересоваться, каков характер этих представлений, мера и форма допустимой в данном социальном пространстве свободы; факторы, определяющие параметры равенства и справедливости. Такой подход формирует *нравственное (философское/естественно-правовое) восприятие права*, сторонников которого привлекает в нем оценочный характер суждений о текстах законов, правовой политике государства с позиций здравого смысла, соответствия нравственным ценностям, представлениям о справедливости, правах человека, формах их защиты и т.д. Сущность права может быть обнаружена и конкретизирована в текстах законов или иных источников (создаваемых в ходе деятельности субъектов правотворческой компетенции). Это иная форма бытия

права, рассмотрение которой особенно важно для правообразовательного процесса. В данном случае демонстрируется *нормативный подход* в правопонимании: право есть нормы в текстах законов. Еще одна ипостась права проявляется в действиях и поведении его субъектов, в правоотношениях, в динамике социально-правовой жизни. Это основания *социологического направления* в правопонимании, представители которого акцентируют внимание на изучении социально-реализованного бытия права.

Нравственный (философский/естественно-правовой); нормативный/юридико-позитивистский; социологический подходы к пониманию права позволяют раскрыть различные стороны права как сложного многомерного явления, отражающие траекторию движения правообразовательного процесса: *правовая идея — правовая норма — правовые отношения и/или правовая идея — правовое отношение — правовая норма*. Интегративное восприятие права, исключающее определение доминирующей правовой школы и признающее их взаимозависимость, позволяет раскрыть содержательный потенциал права во всех его основных аспектах и использовать таковой в конструктивных целях правового созидания.

В целом же сам по себе ориентир на гармоничную интеграцию различных доктринальных направлений правоведения представляется вполне перспективным и явно востребованным.

Как справедливо замечает М.В. Немытина в статье, посвященной базовым концептам в российском правоведении, существует необходимость согласования научным юридическим сообществом основных подходов к праву и определения парадигмы правовых исследований, отвечающей социальным интересам и потребностям. По мнению автора, если не определиться с общими подходами к праву на доктринальном уровне, то решение частных правовых проблем вряд ли может принести ощутимые результаты (Nemytina, 2016).

Возникшее в прошлом веке интегративное правопонимание активно развивается в современной западной юриспруденции. Американский философ Джером Холл, автор термина «интегративная юриспруденция», синтезировал считавшиеся несовместимыми позитивистские и естественно-правовые начала. Право в его восприятии есть многомерное социальное явление — «социально-правовой комплекс», объединяющий в реальной жизни нормы, ценности и факты (Hall, 1999). Другой американский исследователь Гарольд Джон Берман пишет: «Интегрированная юриспруденция — это философия, объединяющая три классические школы: правовой позитивизм, теорию естественного права и историческую школу... Эти три конкурирующих подхода можно примирить только путем более широкого определения права, чем те, что приняты каждой школой в отдельности... Профессор Джером Холл... определяет право как тип социального действия, процесс, в котором нормы, ценности и факты — и то, и другое, и третье — срастаются и актуализируются... На мой взгляд, именно актуализация права является его наиболее существенным признаком. Если опре-

делить право как деятельность, как процесс законотворчества, судебного рассмотрения, правоприменения и других форм придания правового порядка общественным отношениям через официальные и неофициальные модели поведения, то его политический, моральный и исторический аспекты могут быть сведены воедино...» (Berman, 2008:293–295).

Применительно к одному из посылов данной статьи позволим себе воспользоваться идеей Дж. Холла и сформулировать ее несколько в ином формате: в процессе правообразования ценности нормы и действия «срастаются и актуализируются». Актуализация правовых норм, в контексте социологического понимания процесса правообразования, осуществляется на его третьем завершающем этапе, который с определенной долей условности можно назвать *социализацией правовых норм* (Sokolova, 2003:133)¹. Цель введения этого понятия в научный оборот — исследование социального аспекта «приложения» (в терминах российского правоведа М.Н. Капустина) правовых предписаний к жизни, к миру реальных фактов и отношений (Kapustin, 1868–1869:114–115). Именно на этапе социализации происходит процесс усвоения правовых норм общественным сознанием, внедрения их в канву социальных отношений, адаптации к реальным условиям, непосредственного воздействия на социальную среду. Социализация, согласно американскому социологу Т. Парсонсу, — это не просто процесс наращивания социально значимой информации, а ее интернализация, т.е. внутреннее усвоение, восприятие в качестве своего ценностного и поведенческого императива (Parsons, 2002a:315).

Речь в данном случае идет об адаптации правовых норм к социальной среде с тем, чтобы окончательно подтвердить их статус: соответствуют ли они объективным потребностям общественного развития, являются ли факторами достижения общественного согласия и снижения уровня социальной напряженности. Жизненная «верификация» может проявить ситуации, при которых принятые правовые нормы, являясь актом государственной воли, однако не получив общественного одобрения и признания, не осуществляются или осуществляются преимущественно принудительно, то есть малоэффективны.

Опубликование и наступление сроков приобретения нормативными актами юридической силы еще не свидетельствуют о том, что «право» создано, правообразовательный процесс еще не может считаться полностью завершенным. Право становится объективной реальностью только тогда, когда предстает в качестве неотъемлемой характеристики системы социальных взаимосвязей. Если созданное субъектами правотворческой компетенции посредством инструментов формализации (в рамках нормотворческого процесса) право не находит

¹ Трофимов В.В., Малько А.В., Соколова А.А., Желудков М.А., Свиридов В.В. Социология права: Словарь-справочник / авт.-сост.: В.В. Трофимов и др.; отв. ред. В.В. Трофимов; М-во обр. и науки РФ и др. Тамбов: Издательский дом ТГУ им. Г.Р. Державина, 2016. С. 119.

«отклика» в социуме, не становится частью прямых и обратных связей в социальных системах (не проходит так называемый этап нисходящей легитимации, социализации), то такое право остается «формальным», но вместе с тем «позитивным» (в смысле — наделенным положительным эффектом в конкретных социальных ситуациях) оно считается вряд ли способно. Для того чтобы «формальное право» (*de iure*) стало «правом социально позитивным» (действенным *de facto*), оно должно пройти этап социализации (нисходящей легитимации) в системах социально-правового взаимодействия (Trofimov, 2015).

До тех пор пока правовые предписания не станут элементами образа жизни общества, частью его сознания и бытия, нет оснований говорить о них как о действующем праве. Правовые нормы проявляют свой конструктивный потенциал, становятся *действующим/актуальным* правом, «заводят» социально-правовой механизм приведения беспорядочных/хаотичных отношений индивидов в организованные, соответствующие утвержденным моделям поведения, и создают, таким образом, атмосферу солидарности, сотрудничества, интеграции, иными словами, «замирненную среду», в которой участники социального общения реализуют субъективные права и юридические обязанности, демонстрируя своеобразное взаимодействие (*актуальную коммуникацию*). Итоговый результат действия права — создание нормальных условий для правовой повседневности, приобретения гражданами социальных, духовных, материальных, информационных ценностей, более масштабная правовая инженерия — изменение социальной среды, ее преобразование, гармонизация и интеграция социально-правовой жизни.

В рамках вышеизложенного представлена оптимальная картина действия права — права, созданного при соблюдении всех стратегически важных социолого-правовых условий в надлежащей, обеспечивающей легитимность процедуре, конституционно-корректного, соответствующего признаваемым данным обществом нравственным ценностям и моральным устоям. Но можно представить и иную модель действия правовых норм — противоположную, ведущую к усилению социальной напряженности, конфликтности, порождению негативных явлений, открыто или латентно деформирующих социальную действительность. Это эффект действия правовых норм, «искажающих» природу права, а посему являющихся квазиправом (мнимым, ненастоящим), подчас волюнтаристским произволом, нарушающим ценностные устои общества. Будучи рационализацией эмпирического поведения государственной власти, миновав процедуру общественного контроля и признания, квазиправу суждено осуществляться преимущественно принудительно. Если его систематическая принудительность подтверждается правоприменительной практикой, то это — симптом «некачественного», социально неоправданного нормотворчества и основание для дальнейшего совершенствования юридических актов и изменения стратегии и тактики правовой политики.

III. Механизм социализации правовых норм: общегражданский и публично-властный контексты

Исследование механизма социализации правовых норм дает возможность «отсканировать их поведение» на микросоциальном уровне и обозначить причины и зоны их дисфункции, а также представить целостную картину действия права и возможность предварительной оценки принятого варианта правового регулирования. Прежде всего попытаемся умозрительно представить картину действия правовых норм (безусловно, при анализе процесса трансформации абстрактных правил в правомерное (неправомерное) поведение — механизма их социального действия — из внимания не упускается условность применяемого термина «действие» (действуют субъекты права, но не само право)), их трансмиссии посредством личности — своеобразного «агента» социализации, выступающего связующим звеном между нормами права и последствиями их осуществления. В пространстве социального поля реализация правовых предписаний может осуществляться в двух субъектных формах: 1) непосредственно участниками правового общения (актерами), для удовлетворения интересов вступающих в отношение/коммуникацию; их роли в сценарии коммуникативного отношения самодостаточны; 2) наделенными соответствующими компетенциями должностными лицами, применяющими правовые нормы к другим участникам общественных отношений (применение права юридическим персоналом). И в том и в другом случаях бытие права будет подтверждаться каждым актом социального действия правовых норм: от того, насколько они будут восприняты участниками правового общения, как произойдет их «вживание» в социальную среду, зависит факт окончательного признания юридических предписаний в качестве действующего права.

Прослеживая «путь движения» правовой нормы от момента введения ее в юридическое действие до «соприкосновения» с социальным фактом, отношением, ситуацией, для регулирования которых она предназначена, где центральным «звеном» выступает «человек» (индивид), условно выделим в нем основные этапы процесса социализации. К ним, в частности, можно отнести следующие: 1) получение правовой информации; 2) ее осознание; 3) оценка, формирование образа права; 4) формирование правовой позиции; 5) социальное действие (Sokolova, 2003:139–146). И хотя эти элементы продвижения правовой нормы в социальный контекст относимы непосредственно к личностному уровню социализации правовых предписаний, «работать» это может лишь в среде межличностных контактов, в ходе социально-правовой интеракции, которая актуализирует необходимость использования права. Вне этой социально-интерактивной среды право как таковое бессмысленно. Поэтому следует обратиться к микросоциальному (социально-интерактивному) уровню процесса адаптации правовых норм, осуществляемому в ходе взаимодействия индивидов, иными словами, при актуализации права; социальному взаимодействию (коммуникации) как

универсальной форме практики общественной жизни (социально-правовой жизни) (Polyakov, 2001a:148). Воспользуемся одновременно анализом проблем, возникающих на каждом из этапов социализации правовых норм, и проблем, связанных с социально-правовым взаимодействием индивидов и юридического персонала.

Бытие права подтверждается каждым фактом социального действия правовых норм, которому предшествует ряд подготовительных актов. В частности, *получение индивидами правовой информации*, что начинает «работать» в силу закрепленного в законодательстве правила об официальном опубликовании принимаемых правовых актов, с чем связывается момент вступления их в силу (если в законе не указано иное)². Из этого правила во многом вытекает общеправовая презумпция знания закона, которая называется также презумпция правознакомства или номологическая презумпция. Эта презумпция была сформулирована и применялась еще в римском праве: «*ignorantia legis neminet excusat*» — «незнание закона никого не извиняет». Римляне говорили, что незнание закона, знание которого предполагается, не служит извинением для лица, нарушившего закон: *ignorantia iuris, quod quisque tenetur scire non excusat* или: никто не может отговариваться незнанием закона: *neque ignorantia iuris rescare potest*. Этот — начальный — этап социализации правовых норм реализуется по двум основным направлениям: доступность содержания правовых положений для их понимания населением страны (соблюдение правил юридической техники как предпосылка юридического качества); разнообразие современных информационных каналов, прежде всего правовых ресурсов Интернета. Здесь мы сталкиваемся с проблемами не только теоретико-правового, но и прикладного характера: разрастающейся базой нормативно-правового материала, требующей своевременной систематизации, устранения противоречий и пробелов.

На уровне микросоциальных проблем права возникает задача анализа важной для успешной правовой коммуникации ступени *осознания* юридических норм (уяснения их смысла, сути запретов, дозволений, позитивных обязываний, содержания субъективных прав и юридических обязанностей, мер юридической ответственности) индивидами и юридическим персоналом. Со стороны индивида понимание и освоение правовых предписаний требуется не только в ситуации реальной правовой коммуникации, в которой он выступает актором социального действия (субъектом правового отношения), но и в положении «гражданин — государство», взаимно ответственных в соблюдении норм конституции и других актов общегосударственного характера. Социализация норм — важное условие взаимопризнания прав личности и государства. В данном ас-

² Федеральный закон от 14.06.1994 № 5-ФЗ (ред. от 01.07.2017) «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания» // Собрание законодательства РФ. 20.06.1994. № 8. Ст. 801.

пекте знание права — это не только результат информационного процесса, но и переработка правовой информации, ее уяснение. С учетом все усложняющегося содержания права с данной стадией социализации права могут быть связаны определенные затруднения. Они преодолеваются, с одной стороны, искусством юридической техники, позволяющим выработать ясные, четкие, доступные для восприятия формулировки правовых норм, с другой — в рамках проведения последовательной правообучающей политики, целью которой является повышение уровня правовой грамотности и осведомленности населения.

Мотивом систематического повышения правовой компетенции и эрудиции юридического персонала, государственных служащих, отдельных категорий работников негосударственной сферы выступает их профессиональная деятельность, определяющая режим законности и правопорядка в обществе и государстве. Арсенал их знаний и компетенций базируется на профессиональном толковании и реализации широкого блока правовых документов. В среде специалистов в других областях (работников здравоохранения, высшей школы, торговли, экологических служб и других) социализируются, прежде всего, нормы отраслевых кодификационных правовых актов. Однако для всех категорий субъектов правового общения необходимы знания и компетенции понимания правовых предписаний, диапазон способов приобретения которых в современном обществе достаточно широк: от получения профессионального юридического образования до практик дополнительного образования.

Процесс осмысления правовых предписаний непосредственно связан с их *оценкой, созданием образа права и соответственно формированием правовой позиции*, которая позволяет субъекту выработать вариант правового поведения на основе избранной юридической регламентации. И только после этого можно говорить о возможности *социального действия*, которое приводит в движение правовой механизм. Эти проявления социализации правовых норм ведут к последующей правовой коммуникации, успешность которой определяется уровнем взаимного понимания, признания и освоения их общественным сознанием в качестве социальных ценностей (в терминах Т. Парсонса — «генерализации ценностей») (Parsons, 1998:43–45). В этой связи важно при разработке концепции будущего правового акта, на начальном этапе процесса правообразования, провести процедуру согласования ценностей (нравственных, социальных, правовых, традиционных и пр.) и включить их в стратегию правовой политики государства — законодательной и правоприменительной.

Проблема комплексного согласования правообразующих интересов социальных акторов дополнительно подтверждает значимость интегративного подхода к пониманию права и осмыслению процесса его формирования — необходимость комплементарности идей нормативизма и теории естественного права. Как отмечает Г. Дж. Берман, «естественники» и позитивисты, в конечном счете, «расходятся друг с другом в двух ситуациях: когда суверен принимает закон или закрепляет процедуру, находящиеся в грубом и фундаментальном противо-

речи с разумом и совестью; вторая — когда суд или иной правоохранительный орган интерпретирует закон или правовую норму без достаточного внимания к моральной цели, ради которой они существуют. В ситуации этих двух типов позитивист отрицает юридическую значимость категорий “разум”, “совесть” и “моральная цель”. Избежать односторонности в понимании природы права и определяющих факторов его действия позволяет интегративное правопонимание, нацеленное на “срастание” сущностных характеристик этих направлений, включая социологическое, и формирование многоаспектного образа права, в котором «ценности, нормы и факты актуализируются» (Berman, 2008:346).

С позиции социологического взгляда на процесс его творения важно провести наблюдение за ходом, в терминах американского социолога Т. Парсонса, интернализации (усвоения) личностью коллективно выработанных ценностно-нормативных стандартов поведения. Интернализация мотивации соблюдения индивидом надлежащих норм по отношению к коллективным интересам и потребностям является условием солидарности с коллективами, в системе которых он должен действовать. В свою очередь, солидарность — важнейший аспект интеграции социальной системы (Osipov, 1972:369–370).

Социальные ценности, как результат коллективного признания, лежат в основе личных ожиданий, *оценки*, формирования *правовой позиции* индивида и ожидаемого от него варианта поведения в правовой коммуникации — *социальном действии*, ситуационно корректируемом объективными и субъективными условиями (личностным психологическим портретом, уровнем правовой культуры, влиянием социальной среды, «качеством» правовых предписаний и пр.). Характер социального действия проявляется при соприкосновении с реальным фактом, отношением, ситуацией. Именно на этом этапе *социализации правовых норм* индивид как субъект права, участник правовых отношений, выполняет основную роль в их осуществлении, «приложении» к реальным жизненным обстоятельствам. Следовательно, кульминацией завершающего этапа формирования права — социализации правовых норм — является их актуализация, «приложение» к фактам реальной жизни; с позиции общей социологии — *социальное действие*, в данном случае — основанное на праве. В теории П. Бергера, Т. Лукмана это фигурирует как «хабитулизация», «опривычивание» поведенческих стандартов в структурах социального взаимодействия (превращение «субъективных значений» в «объективную фактичность») (Berger, Lukman, 1995), в том числе правовых стандартов (Polyakov, 2001b; Polyakov, 2003:194).

Главной социальной средой, где устанавливается действенность правовых норм (юридических правил), является *социально-интерактивная среда*. Как отмечал П.А. Сорокин, «...социальное явление... есть прежде всего взаимодействие тех или иных центров или взаимодействие, обладающее специфическими признаками...» (Sorokin, 1992:32). Именно на этом уровне правовая норма проходит проверку на качество и эффективность. Именно конкретные субъекты права, конкретные социальные коллективы начинают использовать ту или иную

норму и открывают ее фактически для общества в целом. Если на данном уровне норма права не проявит какую-либо дефектность, то можно будет с уверенностью говорить, что это правило будет востребовано на более широком поле социального взаимодействия. Важным является вопрос о том, как нормы права усваиваются (адаптируются) в социально-интерактивной среде, становятся ли они частью социальных взаимосвязей в системе или, напротив, мешают гармоничному развитию системных социальных отношений. Ответ на него по существу и будет символизировать, создано ли данное право реально или оно получило лишь текстовое и документальное оформление, но действующим социально-правовым ресурсом не стало и возможно не станет.

Для моделирования социально-интерактивной среды правовой социализации резонно принять во внимание научно-методологический подход, который был развит американским социологом Т. Парсонсом, и определяемый в качестве общей теории систем действия. Данная теория впервые была им изложена в работе «Структура социального действия» (1937 г.). Эта теория (аналитического реализма) исходит из признания внешнего объективного мира, не являющегося созданием индивидуального разума и выходящего за пределы идеального порядка (Parsons, 2002b:300–301). Т. Парсонс разрабатывает систему координат действия, которая характеризуется следующими элементами: 1) действующее лицо (актор, «эго») — отдельная личность или группа; 2) цель, которую преследует актер; 3) ситуация, или внешнее окружение действия («другой», «другие»); 4) нормативная ориентация действия, т.е. ценности и нормы, которыми руководствуется актер; 5) нормативные ожидания (экспектации (от англ. *expectation* — ожидание) — система ожиданий, требований относительно норм исполнения индивидом социальных ролей).

Под «социальным» Т. Парсонс понимал действие, регулируемое нормами и осуществляемое в общем контексте системы социальных ценностей. Порядок общества обусловлен тем, что «социальные деятели исполняют ожидаемые от них роли, разделяют предписанные ценности и нормы»³. Каждое действие имеет цель, для достижения которой в системе альтернативных средств ее достижения актеры избирают те, которые отвечают не только их интересам, но и интересам контрагентов по системам социальных взаимосвязей (соответствуют тем нормативным ожиданиям, которые «заданы» данной социальной системой). Нормативные ожидания (экспектации) задают определенный тон осуществляемым действиям, корректируют (ориентируют) социальное поведение субъекта (Parsons, 2002b:94–95).

³ Современная западная социология: классические традиции и поиски новой парадигмы: Реф. сб.: к XXII Всемирному социологическому конгрессу (Мадрид, 1990). М.: ИНИОН, 1990. С. 94.

Подчеркивая значение «общепринятых нормативных систем, норм и ожиданий» для функционирования общества, американский социолог видел задачу права в «поддержании установленных форм социальных отношений» (Pivovarov, 2001:284). Один из последователей Т. Парсонса западногерманский социолог Никлас Луман в книге «Социология права», в частности, отметил, что для того чтобы найти тот элементарный социальный уровень, на котором зарождается право, необходимо обратиться к свойствам «фактической жизни». По его мнению, «основы элементарных правообразующих структур и процессов» лежат в межличностных отношениях, а источник права, с его точки зрения, коренится в чувстве «ожидания» определенного поведения, которое становится основой поведения другого и наоборот. Право — это структура социальной системы, которая покоится на конгруэнтной генерализации нормативных ожиданий поведения. По оценке самого Н. Лумана, это функциональное понятие права, из которого можно сделать вывод о том, что анализ развития права необходимо связывать с развитием общества (научная информация приводится из сборника обзоров и рефератов под редакцией Ю.С. Пиоварова) (Pivovarov, 2002:85–87).

Основные положения концептуальной схемы Т. Парсонса можно экстраполировать на исследование *социального фона действия*, как поведенческого акта субъекта, аккумулировавшего полученные в ходе социализации правовых норм интеллектуальные импульсы (осознание, оценивание правового предписания, формирование правовой позиции). Целесообразно в аспекте социолого-правового анализа попытаться исследовать микросрез правовой реальности, сосредоточиться на *социально-интерактивном уровне* измерения основных параметров поведения субъектов, вступающих в правовое взаимодействие. Идея социально-интерактивного анализа действия права открывает перспективное направление в методологии познания процессов взаимодействия субъектов в модели правоотношения (Trofimov, 2014:101). С этой позиции социальное правовое действие можно описывать как взаимодействие между индивидами, суть которого — обмен встречными актами, определяемыми взаимными ожиданиями. Именно это взаимодействие ожиданий имеет предопределяющее значение для ориентации индивида в предусмотренной правовой нормой ситуации.

Если речь идет о введении в действие правовых правил, то важно видеть, в какой мере они усиливают функциональность соответствующих социально-интерактивных систем. Если вводимые правила нарушают информационный обмен в системе, нормативные роли не принимаются субъектами правовых взаимодействий, прежде всего в силу того, что не подходят под нормативные ожидания и не усваиваются в сознании участников системы взаимодействия (нормативные роли (правовые требования) должны быть интериоризованы, только в этом случае инструментальные функции права могут реализовываться эффективно) (Sapun, 2003:82), может наступить нормативный конфликт. В свою очередь, дефицит регулирующих правил может быть восполнен теми, которые бу-

дут исходить из самой системы взаимодействия, либо система перестанет существовать в первоначальном виде. Социально-интерактивная среда концентрирует в преобразованной форме внешне-инструментальные воздействия со стороны правовых средств (юридических норм и пр.), принимая либо отторгая таковые.

При этом одной из центральных дилемм, характерных для системы социального действия, по Т. Парсонсу, является своего рода амбивалентность (дуализм) — *универсализм* — *партикуляризм* (что связано с выражением требований двоякого рода, предъявляемых к ситуации взаимодействия: субъект действия рассматривает его объект как с точки зрения общих норм и ценностей, так и со стороны своих частных (индивидуальных или групповых) правил). Иными словами, в системе взаимодействия совмещаются два типа ориентации субъекта действия — мотивационная (исходящая из интересов актора) и ценностная (опирающаяся на внешние символы). Эти типовые переменные на уровне социальных систем рассматриваются как основа выбора и проигрывания социальных ролей, соответствующих ролевым ожиданиям. Однако этот выбор осуществляется не произвольно, а под влиянием той социальной системы, где действует тот или иной актор, которая описывается Т. Парсонсом как социальная подсистема человеческого действия, «система взаимодействия» или как «система интеракций». В ходе сложной комбинации функциональных переменных в системе внешние нормативные основы ее функционирования преобразуются под внутренние задачи, так же как происходит и обратная реакция, итогом которой может стать созданный отлаженный и конкретизированный норматив, на который ориентируется динамика всей системы и составляющих ее акторов. Если же внешне-инструментальная ориентация «навязывается» социальной системе, то возникает так называемый ценностный (информационный) конфликт или энергетический кризис (недостаток мотивации, мотивационной энергии), следствием которого является нормативный конфликт, а затем и конфликт в социальной системе (система от состояния равновесия (гомеостаза) переходит к состоянию энтропии или к развалу системы социальных действий) (Parsons, 1994:449). В целом, если норма права проявит свою дефектность, то это будет означать, что правовое регулирование в этой части не является функциональным, работоспособным, т.е. право формально существует, но реально его нет, потому, что не определена необходимая мера правового воздействия, не создан должный праворегуляционный оптимум, который приводит в движение социально-правовой механизм.

Таким видится процесс социализации права в социальных средах, непосредственно не связанных с реализацией властных компетенций участниками (актерами) социально-правового взаимодействия. Несколько иная картина наблюдается в отношении лиц, профессионально практикующих правовые нормы или категориально относящихся к сфере юриспруденции.

По своим служебным обязанностям или профессиональному долгу они обязаны следить за изменениями действующего законодательства, надлежащим

образом его интерпретировать, критически осмысливать, проводить научно-практическое оценивание. В процессе социализации правовых новаций юристы-профессионалы также формируют образ права, совмещенный с собственным набором социальных и правовых ценностей, теоретико-правовых знаний, истоков правовой культуры. Однако их роль по отношению к выбору варианта *социального действия* в отличие от индивидов, не обладающих профессиональными компетенциями в сфере права и правоприменения, несколько иная. Именно они создают ту нормативную атмосферу, определяют контуры правового пространства, задают вектор правовой культуры, которые должны способствовать успешной трансформации правовых норм в фактор общественной жизни, воздействующий на социальную практику и порождающий положительные изменения в социальной среде. Именно от их профессионализма и интеллектуальной корректности зависит механизм действия права, создание нормативных условий для правового взаимодействия субъектов. Ведь даже в ситуации производства «качественной» в правовом смысле нормы от юридического персонала зависит ее интерпретация и применение.

IV. Социальный интерактив «юридического поля» и «публичного пространства» как среда конструирования права

Попытаемся исследовать тот особый социальный мир, внутри которого производится и действует право, и для его обозначения используем термин выдающегося французского социолога Пьера Бурдьё — «*юридическое поле*». В рассуждениях П. Бурдьё «юридическое поле представляет собой место конкуренции за монополию на право устанавливать право, иначе говоря — нормальное распределение (*nomos*) или порядок (*ordre*), в котором сталкиваются агенты, обладающие одновременно социальной и технической компетенцией, заключающейся, главным образом, в социально признанной способности интерпретировать (более-менее вольным или установленным образом) свод текстов, закрепляющих легитимное, то есть правильное, видение мира» (Bourdieu, 2005:78).

За основу теоретического осмысления «труда» юридического персонала возьмем суждение о *социальном измерении* специфического стиля мышления и действия юристов, противоположную идею об абсолютной автономии «юридической мысли и действия» (Bourdieu, 2005:74). «Интервенция» социальной среды воздействуют на личность юриста-профессионала: требование строгого подчинения принципам и нормам права не гарантирует его профессиональное поведение от положительного или негативного влияния социальных факторов. Кроме того, характер взаимодействия внутри юридического поля определяется конфликтом интересов, связанным с различными позициями, относительной иерархией и конкуренцией, существующей внутри поля (между судьями, про-

курорами, адвокатами, следователями и др.). Социальное воздействие проявляется и в противоречиях между юридическим полем и «полем власти» в рамках единого социума (согласно теории П. Бурдьё в социуме взаимодействуют разные виды полей — политики, культуры, религии и др.). «Структурные границы эффективности собственно юридического действия зависят от того, чему принадлежит приоритет: “власти закона” (the rule of law) или бюрократическому регламентированию» (Bourdieu, 2005:86). В этом кроется одна из причин рисков для адаптации правовой нормы, признания ее общественным сознанием, трансформации ее в действующее *право*. Степень рисков зависит от доминирования одного из двух вариантов производства права: 1) правовая норма закрепляет уже существующую позитивную тенденцию / нивелирует негативную или сканирует реальную, апробированную практикой, но требующую нормативной регуляции ситуацию; 2) в процессе государственной юридической позитивации / формализации фиксируется социально не выверенное, но политически заказанное решение.

Согласно П. Бурдьё структура юридического поля представляет собой принцип структурирования реальности. Профессиональный корпус специалистов права и юридической науки, вступая в юридическое поле и принимая на себя роль агентов производства юридических действий, имплицитно признает действующие в нем своды правил и практики. Юридическое поле становится ареной для микровзаимодействий между разными категориями юристов: теоретиками и практиками. Юридическую корпорацию можно признать интерактивной системой (системой социальных коммуникаций), характеризующейся постоянным обменом профессиональными компетенциями, поиском правильного правового решения в отношении «третьих лиц». Осуществление акторами в рамках юридической процедуры действий по применению правовой нормы в отношении индивидов, ожидающих оформленных в правовое решение правовых последствий, придают этим действиям юридический характер. Конструирование реального правового отношения подчас требует интеллектуальной фантазии, приближения правовых стандартов к уникальности отдельного жизненного случая. Речь идет об одной из важнейших практик, сопряженных с профессиональной оценкой отдельных ситуаций и правовым разрешением конфликтов, — теоретической *интерпретацией* юридических текстов. «Соперничество между интерпретаторами объективно ограничено тем, что судебные решения, чтобы отличаться от чисто политических актов насилия, должны представлять как единственно верный результат правильной интерпретации текстов, чья легитимность не подлежит сомнению» (Bourdieu, 2005:80). Суть профессиональной интерпретации правовых положений состоит, помимо правильного уяснения их смысла, в приближении абстрактных и казуистических норм к многообразию жизненного мира. Справедливы суждения профессора В.Г. Графского о значимости согласованности между текстом закона и его пониманием, которые, по сути, предстают взаимоотношением «двух мыслящих

миров» (законодателя и индивида) (Grafskiy, 2016:13). Подчас в ходе официального толкования (к примеру, казуального) при переносе общих моделей правового поведения на жизненную ситуацию юристы адаптируют правовые нормы к новым обстоятельствам, вводят необходимые для разрешения правовой ситуации инновации, которые могут при должной оценке законодателем стать основой для последующей коррекции законодательства. А значит, профессиональный корпус юридического поля, участвуя в социализации правовых норм, способен влиять на процесс их модернизации (обновления и уточнения).

Интерпретацию (толкование) права условно можно назвать «увертюрой» к юридической деятельности. Взаимодействия (коммуникации) между участниками юридического процесса (судьями, прокурорами, адвокатами, следователями), с одной стороны, и индивидами, ожидающими правового решения, с другой — наполняют юридическое поле специфическим содержанием — актуализацией права, своеобразной «экспертизой» правовых норм на их социальное признание и соответствие действительным интересам общества.

П. Бурдьё описывает эту сторону юридической деятельности в другом аспекте. Он обращает внимание на конфронтацию между предлагаемыми для применения юридическими нормами социальным заказом, «который объективно вписан в сами практики в актуальном или потенциальном виде (в форме нарушения либо инновации, вводимой этическим или политическим авангардом)» (Bourdieu, 2005:108). Ученый предлагает «сфокусировать» внимание на исследовании отношений, возникающих в рамках социального универсума между юридическим полем и полем власти. Пониманию социального действия права и собственно права может способствовать анализ социального заказа (потребностей общества), социальных условий «юридического творчества» и характера взаимодействия между акторами юридического поля, их социальными интересами, которые определяются в конкуренции, существующей внутри юридического поля, а также между этим полем и полем власти в целом (Bourdieu, 1986). Мы вернемся к проблемам соотношения «юридического поля» и «поля власти» (по П. Бурдьё), но перенесем этот дискурс в пространство *публичной сферы* и рассмотрим его в социолого-правовом контексте.

Обращаясь к перспективности микросоциальных исследований взаимодействия всех категорий профессионального корпуса юристов, участвующих в социализации правовых норм посредством «деятельностной коммуникации», полагая, что юридический корпус — основной проводник правовых предписаний в социальную жизнь, следует обратить внимание на значимость эмпирических исследований в этой области, иллюстрирующих характер и социальные условия коммуникаций между акторами (судьями, правоохранительными органами, государственными службами), их специфические интересы и профессиональные обязательства, факторы, влияющие на процесс принятия ими решений. Результативными следует признать исследования, проведенные Институтом проблем

правоприменения (в составе Европейского Университета в Санкт-Петербурге) (Bocharov, Moiseeva, 2017; Volkov, 2011; Volkov, 2015).

Акцентируя внимание на *социальности* конструирования права как определяющем признаке его формирования, исключая позитивистский подход к производству права, основываясь на интегративном восприятии его образа (социальная практика → правосознание → правовые нормы → правоотношения), важно подчеркнуть, что создание права заключается не в одноактном действии государственных структур, а представляет собой долговременный, циклический, социально обусловленный процесс. Право достигает своей многогранной целостности путем постепенных превращений из одного состояния в другое на каждом из этапов его созидания. Модель процесса формирования права, представленная в виде единого цикла последовательно сменяющих друг друга этапов (возникновение потребностей в правовом регулировании, их выявление и социально-правовая оценка, нормотворческое оформление / позитивация правовых идей государственными органами, социализация принятых правовых норм), позволяет сканировать возникающие на каждом из его этапов проблемы, связанные с взаимодействием всех имеющих отношение к конструированию права акторов.

Возникает резонный вопрос: кто же эти анонимные силы, участвующие в конструировании права, и в чем проявляется их правотворческое участие? На этот вопрос убедительный ответ дал П. Бурдьё: «настоящим законодателем является не автор проекта закона, но все те агенты, которые, выражая специфические интересы и обязательства, ассоциируемые с их положением в различных полях (в юридическом поле, но также в религиозном, политическом и так далее), сначала вырабатывают частные и неофициальные устремления и требования, а затем придают им статус «социальных проблем», организуя с целью их «продвижения» формы публичного волеизъявления (статьи, книги, платформы ассоциаций или партий) и давления (манифестации, петиции, требования)» (Bourdieu, 2005:114). П. Бурдьё определяет круг акторов, причастных к производству права — в его терминах, это «агенты» — персонал различных взаимосвязанных между собой *социальных полей*.

Для подтверждения *социальности* конструирования права воспользуемся иной теоретической конструкцией — *публичного пространства* (Х. Арндт, Ю. Хабермас). Структура этого пространства должна, на наш взгляд, определяться, во-первых, взаимным признанием вовлеченных в правовую политику участников (институтов государства и институтов гражданского общества), во-вторых, их равноправием (они равны в праве на действие и признание, но различаются способами осуществления действия), в-третьих, конкуренцией мнений, предложений, позиций, инициатив. Иными словами, речь идет об учреждении в пространстве публичной сферы *диалога/коммуникации* равных акторов, участвующих в формировании политики государства и гражданского общества в сфере правотворчества.

С позиций социологии права юридическое правило, извлекаемое из социальной данности, — результат действующей на него окружающей среды, тех социальных оснований или, в терминах Ж.-Л. Бержея, «творческих сил», которые определяют процесс правообразования и правовую политику в целом (Berzhe, 2000:291). Помимо социальных оснований (предпосылок) конструирования права нельзя отрицать факт интеллектуального оформления его содержания, соизмерения с идеями справедливости, морали, пользы. Безусловно, в этом процессе, помимо государственных структур, должны участвовать и реально участвуют, в зависимости от степени зрелости гражданского общества, развитости демократии, правовой культуры, политических традиций, иные социальные институты (политические партии, общественные организации). Структура публичного пространства как арены для ведения диалога определяется ответственностью каждой из сторон за выполнение сообща смоделированного решения, отвечающего взаимным ожиданиям и интересам, своеобразного «общего» дела, в замысле которого проявляется и признается инициатива каждой из сторон. Миссия права — управлять социальными отношениями: сконструированное в результате активного дискурса право может создать условия для социального мира; игнорирование формата диалога при моделировании права, отсутствие солидарности в выработке компромиссного решения, отвечающего действительным нуждам и интересам, нормативным ожиданиям разных социальных групп, может вызвать иные социальные последствия — напряженность, конфликтность, социальную войну.

Изменения в обществе могут иметь как позитивный, так и негативный характер, затрагивать модель поведения отдельного индивида, социальной группы или трансформацию общества в целом. Право можно рассматривать как своеобразное средство коммуникации между обществом, ожидающим установления справедливого правового порядка, безопасности и стабильности, и обществом, испытывающим воздействие правовых предписаний, выработанных вне публичного диалога. Несоответствие между ними — серьезный сигнал, вызов законодателю, правовой политике, всем компонентам правообразовательного процесса, требующий безотлагательного их совершенствования.

V. Заключение

Оценивая результат адаптации (социализации) правовых норм и в целом процесса правообразования, можно более основательно ответить на вопрос, является ли принятый нормотворческим органом правовой акт правом как таковым? Воплотился ли в нем, с одной стороны, апробированный опыт взаимного общения неформального регулирования, учтены ли социальные основания/факторы, соответствует ли он принципам права, правообразующим интересам, признанным в обществе ценностям; является ли он результатом всеобщего признания и нормативного ожидания. С другой стороны, насколько задуманная

нормотворческим органом модель «не существовавшего ранее в качестве отношения жизненного мира» (в терминах Ю. Хабермаса) соответствует выше упомянутым социально-правовым требованиям и «приложилась» ли она к реальным фактам и ситуациям, создает ли социальный мир и перспективы для его лучшего обустройства. Социолого-правовой анализ позволяет зафиксировать статус новой модели поведения: действует ли она в форме права или квазиправа, самореализуется, поскольку обладает социальным признанием и становится воплощенным правом, или осуществляется исключительно на принуждении и порождает девиантное поведение.

Следовательно, созидательный цикл формирования права завершается при соприкосновении теоретической модели правовой нормы с социальной реальностью, при усвоении права общественным сознанием и поведением. Практика его адаптации (социализации) позволяет оценить степень эффективности, «качество» правовых норм, иными словами, предоставляет тот эмпирический материал, который должны отслеживать соответствующие структуры (законодательные, научные, общественные и др.), чтобы постоянно совершенствовать законодательство. Этот этап, по сути, результирует процесс формирования права и в то же время является началом новой фазы его модернизации.

Социально-интерактивная среда процессов правовой социализации выступает своего рода действующим социальным механизмом адаптации вводимых субъектами правового творчества юридических предписаний. Его действие несколько отличается в зависимости от того, что правовые нормы вводятся в сегмент общегражданской жизни или юридическое поле, представленное лицами с властными полномочиями или наделенными особым правовым менталитетом (доктринальным, практическим). Вместе с тем в обоих случаях право как действенное средство и результат процессов правообразования получает свое «овеществление» в реальной жизни (становится объективным фактом) только после прохождения этапа социализации, его восприятия участниками социально-правового пространства в качестве жизненно значимого ресурса.

Библиографический список / References

- Berger, P., Lukman, T. (1995). *Sotsialnoye konstruirovaniye realnosti. Traktat po sotciologii znaniya* [Social Construction of Reality. A Treatise on Sociology of Knowledge]. Moscow: Medium Publ. (in Russian)
Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М.: Медиум, 1995. 323 с.
- Berman, G.J. (2008). *Vera i zakon: primireniye prava i religii* [Faith and Law: Reconciliation of the Law and Religion]. Moscow: Moscovskaya shkola politicheskikh issledovaniy, 2008, pp. 341–363. (in Russian).
Берман Г.Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М.: Московская школа политических исследований, 2008. 464 с. С. 341–363.
- Berzhel, Zh.-L. (2000). *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Moscow: Notabene Publ. (in Russian).

- Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко; пер. с фр. Г.В. Чурушкова. М.: Notabene, 2000. 575 с.
- Bocharov, T.Y., Moiseeva, Y.N. (2017). *Byt' advokatom v Rossii: sotsiologicheskoye issledovanie professii* [Being a Lawyer in Russia: Sociological Study of the Profession]. 2nd edn. Saint Petersburg: Publishing House of European University in Saint Petersburg. (in Russian).
- Бочаров Т.Ю., Моисеева Е.Н.* Быть адвокатом в России: социологическое исследование профессии. Изд. 2-е испр. СПб.: Издательство Европейского университета в Санкт-Петербурге, 2017. 278 с.
- Bourdieu, P. (2005). *Socialnoe prostranstvo: polya i praktiki* / Per. s franc.; Otv. red. perevoda, sost. i poslesl. N.A. SHmatko. – М.: Institut eksperimentalnoj sociologii; SPb: Aletejya. (in Russian).
- Бурдьё, Пьер.* Социальное пространство: поля и практики / Пер. с франц.; Отв. ред. перевода, сост. и послесл. Н.А. Шматко. – М.: Институт экспериментальной социологии; СПб: Алетея, 2005. 576 с.
- Gambarov, Y.S. (1907). *Zadachi sovremennogo pravovedeniya. Iz zhurnala Ministerstva yustitsii (Yanvar', 1907)* [The Tasks for Modern Jurisprudence. From the Journal of Ministry of Justice (January, 1907)]. Saint-Petersburg: Senat'skaya tipografiya Publ. (in Russian).
- Гамбаров Ю.С.* Задачи современного правоведения / Из журнала Министерства юстиции (Январь, 1907). С.-Петербург: Сенатская типография, 1907. 35 с.
- Grafskiy, V.G. (2016). *Sochetaniye iskusstva i nauki v pravoprimerenii: noviye smysly redko ob-suzhdayemoy traditsii* [The Combination of Art and Science in Law Enforcement: New Senses of Rarely Discussed Tradition]. In: Grafsky, V.G. (ed.). *Pravoprimereniye kak iskusstvo i nauka: materialy desyatikh filosofsko-pravovykh chteniy pamyati akademika V.S. Nersesyantsa* [Law Enforcement as Art and Science: the Materials of the Tenth Readings on Philosophy and Law in the Memory of Academician V.S. Nersesyants]. Moscow: Norma Publ., pp. 11–18. (in Russian).
- Графский В.Г.* Сочетание искусства и науки в правоприменении: новые смыслы редко обсуждаемой традиции // Правоприменение как искусство и наука: материалы десятых философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / отв. ред. и сост. В.Г. Графский. М.: Норма, 2016. С. 11–18.
- Hall, J. (1999). *Integrativnaya Yurisprudencia* [Integrative Jurisprudence]. In: *Antologiya mirovoy pravovoy mysly. Tom 3.* [Anthology of World Legal Thinking. Vol. 3]. Moscow: Mysl, pp. 738–741. (in Russian).
- Холл Дж.* Интегративная юриспруденция // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. 3. М.: Мысль, 1999. С. 738–741.
- Kapustin, M.N. (1868□1869). *Teoriya prava (YUridicheskaya dogmatika)*. Т. I. М.: Univ. tip. (Katkov i K°). (in Russian).
- Капустин М.Н.* Теория права (Юридическая догматика). Т. I. М.: Унив. тип. (Катков и К°), 1868□1869. 352 с.
- Nemytina, M.V. (2016). *Situatsiya v rossiskom pravovedenii: sushchestvuyut li bazovye koncepty?* [The Situation in Russian Jurisprudence: Is Basic Concepts Exist?]. *RUDN Journal of Law*, 20 (2), pp. 20–35. (in Russian).
- Немытина М.В.* Ситуация в российском правоведении: существуют ли базовые концепты? // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2016. Т. 20. № 2. С. 20–35.
- Osipov, G.V. (ed.) (1972). *Amerikanskaya sotciologiya. Perspektivy. Problemy. Metody* [American Sociology. Perspectives. Problems. Methods]. Moscow: Progress Publ. (in Russian).
- Американская социология. Перспективы. Проблемы. Методы / Пер.: Воронин В.В., Зиньковский Е.В.; ред.: Осипов Г.В. (вступ. ст.). М.: Прогресс, 1972. 392 с.*

- Parsons, T. (1994). *Sistema koordinat deystviya i obshchaya teoriya system deistvia: kultura, lichnost i mesto sotsialnykh system* [The Coordinate System of Action and General Theory of the System of Action: Culture, Personality, and the place of Social Systems]. In: Dobrenkov, V.I. (ed.). *Amerikanskaya sotsiologicheskaya mysl: teksty* [American Social Idea: Texts]. Moscow: Publishing House of Moscow University, pp. 448–464. (in Russian).
Парсонс Т. Система координат действия и общая теория систем действия: культура, личность и место социальных систем // Американская социологическая мысль: тексты. Пер. с англ. / Ред. В.И. Добренков. М.: Изд-во Моск. ун-та, 1994. С. 448–464.
- Parsons, T. (1998). *Sistema sovremennykh obshchestv* [The System of Modern Societies]. Moscow: Aspect press. (in Russian).
Парсонс Т. Система современных обществ. М.: Аспект пресс, 1998. 270 с.
- Parsons, T. (2002a). *O sotsialnykh sistemakh* [About Social Systems]. Moscow: Akademicheskii proekt. (in Russian).
Парсонс Т. О социальных системах / Под ред. В.Ф. Чесноковой, С.А. Белановского. М.: Академический проект, 2002. 832 с.
- Parsons, T. (2002b). *O structure sotsialnogo deystviya* [About The Structure of Social Action]. Moscow: Akademicheskii proekt, 2002. (in Russian).
Парсонс Т. О структуре социального действия. М.: Академический проект, 2002. 880 с.
- Pivovarov, Y.S. (ed.) (2001). *Pravo XX veka: idei i tsennosti: Sbornik obzorov i referatov* [The Law of the 20th Century: the Collection of Reviews and Papers]. Moscow: INION RAN. (in Russian).
Право XX века: идеи и ценности: Сб. обзоров и рефератов / Отв. ред. Ю.С. Пивоваров. М.: ИНИОН РАН, 2001. 328 с.
- Pivovarov, Y.S. (ed.) (2002). *Pravovaya mysl XX veka: Sbornik obzorov i referatov* [The Idea of the Law of the 20th Century: the Collection of Reviews and Papers]. Moscow: INION RAN. (in Russian).
Правовая мысль XX века: Сб. обзоров и рефератов / Отв. ред. Ю.С. Пивоваров. М.: ИНИОН РАН, 2002. 190 с.
- Polyakov, A.V. (2001a). *Obshchaya teoriya prava. Kurs lektsiy* [General Theory of Law. Lectures]. Saint Petersburg: Yurid. Centr Press. (in Russian).
Поляков А.В. Общая теория права. Курс лекций. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. 642 с.
- Polyakov, A.V. (2001b). *Pravogenes* [The Genesis of the Law]. *Pravovedeniye* [Jurisprudence], (5), pp. 216–234. (in Russian).
Поляков А.В. Правогенез // Правоведение. 2001. № 5. С. 216–234.
- Polyakov, A.V. (2003). *Obshchaya teoriya prava: Fenomenologo-kommunikativniy podkhod* [General Theory of Law: Phenomenological-Communicative Approach]. Saint Petersburg: Yurid. Centr Press. (in Russian).
Поляков А.В. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. 845 с.
- Pridvorov, N.A., Trofimov, V.V. (2012). *Pravoobrazovaniye i pravoobrazuyushchiye factory v prave: monografiya* [The Formation of the Law and the Factors of the Law Formation: monography]. Moscow: Norma: INFRA-M. (in Russian).
Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве: монография. М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. 400 с.
- Sapun, V.A. (2003). *Yuridicheskoye obrazovaniye i urovni podsoznaniya* [Legal Education and Levels of Legal Awareness]. In: *Mir gumanitarnoi kultyri akademika D.S. Likhachyova. II Mezhdunarodnie Likhachyovskie chteniya (23–24 maya 2002 goda)* [The World of Humanitarian Culture of Academician D.S. Likhachyov. The II International Likhachyov's Readings (May 23–24, 2002)]. Saint Petersburg: SPbGUP, pp. 81–85. (in Russian).

- Сапун В.А. Юридическое образование и уровни правосознания // Мир гуманитарной культуры академика Д.С. Лихачева. II Международные Лихачевские чтения (23–24 мая 2002 года). СПб.: СПбГУП, 2003. С. 81–85.
- Sokolova, A.A. (2003). *Sotsialnye aspekty pravoobrazovaniya* [Social Aspects of the Law Formation]. Minsk: EGU. (in Russian).
- Соколова А.А. Социальные аспекты правообразования. Минск: ЕГУ, 2003. 160 с.
- Sokolova, A.A. (2005). *Sotsialnye predposylki formirovaniya prava* [Social premises of the law formation]. In: *Problemy teorii prava i gosudarstva, istorii politiko-pravovoj mysli. Sbornik rabot uchenikov, druzej, kolleg professora Olega Ernestovicha Lejsta* [Problems of the Theory of the Law and State, History of the Political Legislative Thoughts. The Compilation of the Works by Students, Friends and Colleagues of Professor Oleg Ernestovich Leist]. Almaty: Edilet, pp. 55–68. (in Russian).
- Соколова А.А. Социальные предпосылки формирования права // Проблемы теории права и государства, истории политико-правовой мысли. Сборник работ учеников, друзей, коллег профессора Олега Эрнестовича Лейста. Алматы: ВШП «Эдilet», 2005. С. 55–68.
- Sorokin, P.A. (1992). *Sotsiologicheskii etud ob osnovnykh formakh obshchestvennogo povedeniya i morali* [Sociological Etude about the Main Forms of Social Behavior and Morality]. In: Sogomonov, A.U. (ed.). *Man. Civilisation. Society*. Moscow: Politizdat, pp. 32–156.
- Сорокин П.А. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали // Человек. Цивилизация. Общество / Общ. ред., сост. и предисл. А.Ю. Согомонов. Пер. с англ. М.: Политиздат, 1992. С. 32–156.
- Trofimov, V.V. (2009). *Pravoobrazovaniye v sovremennom obshchestve: teoretiko-metodologicheskyy aspekt* [The Formation of the Law in the Modern Society: Theoretical-Methodological Aspect]. Saratov: Publishing House of GOU VPO «Saratovskaya Gosudarstvennaya academia prava». (in Russian).
- Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: Монография / Под ред. д.ю.н., проф. Н.А. Придворова. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009. 308 с.
- Trofimov, V.V. (2014). *Socialno-interaktivnyye zakonomernosti prava: problemy teorii i metodologii* [Socio-Interactive Regularities of the Law: Problems of Theory and Methodology]. *Pravovedeniye* [Jurisprudence], (5), pp. 94–113. (in Russian).
- Трофимов В.В. Социально-интерактивные закономерности права: проблемы теории и методологии // Правоведение. 2014. № 5. С. 94–113.
- Trofimov, V.V. (2015). *Problema sotsializatsii prava kak etapa pravoobrazovatel'nogo processa* [The Issue of Socialization of the Law as a Phase of the Law Formation Process]. *Pravo i Obrazovanie* [Law and Education], (1), pp. 4–14. (in Russian).
- Трофимов В.В. Проблема социализации права как этапа правообразовательного процесса // Право и образование. 2015. № 1. С. 4–14.
- Volkov, V.V. (ed.) (2011). *Pravo i pravoprimereniye v Rossii: mezhdisciplinarniye issledovaniya* [The Law and the Law Enforcement in Russia: Interdisciplinary Research]. Moscow: Statut. (in Russian).
- Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / Под ред. В.В. Волкова. М.: «Статут», 2011. 317 с.
- Volkov V.V. (ed.) (2015). *Obviniye i opravdaniye v postsovetskoy ugolovnoy yustitsii: sbornik statei* [Accusations and Justification in Post-Soviet Criminal Justice System: the Compilation of Articles]. Moscow: Norma, 2015. (in Russian).
- Обвинение и оправдание в постсоветской уголовной юстиции: сборник статей / Под ред. В.В. Волкова. М.: Норм, 2015. 320 с.

Сведения об авторах

Соколова Алла Анатольевна, кандидат юридических наук, профессор-эмерит, Академический департамент социальных наук, Европейский гуманитарный университет

ORCID ID: 0000-0002-5841-7883

Контактная информация:

e-mail: alla.sokolova@ehu.lt

Трофимов Василий Владиславович, доктор юридических наук, профессор, ФГБОУ ВО «Тамбовский государственный университет имени Г.Р. Державина»

ORCID ID: 0000-0002-5039-7363

Контактная информация:

e-mail: iptgutv@mail.ru

Для цитирования:

Соколова А.А., Трофимов В.В. Социально-интерактивный уровень социализации права как результирующего этапа процесса правообразования // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 2. С. 146–171. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-146-171.

Дата поступления в редакцию: 26 февраля 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

SOCIO-INTERACTIVE LEVEL OF THE SOCIALIZATION OF THE LAW AS A RESULTING STAGE OF THE LAW-MAKING PROCESS

Alla A. Sokolova

European Humanities University
Academic Department of Social Sciences
17, Saviciaus st., Vilnius, Lithuania, LT-01127

Vasilii V. Trofimov

G.R. Derzhavin Tambov State University
Department of Theory and History of State and Law
181 B, Sovetskaya st., Tambov, Russia, 392008

The article analyzes a socio-interactive level of law socialization that is presented by the authors as a resulting stage of the legislative process, completing, in a sense, the formation of a legal rule. It is argued that the law becomes an objective reality only when it is included into the system of social interactions as their indispensable attribute. The authors explore the socio-interactive component of the law socialization in its connection to the role that the processes of socio-legal interaction play in the adaptation of legislative mandates introduced into the juridical practice by the subject of law-making. This perspective on the understanding of the law-making processes is grounded in the sociological conception of law that is compared to the philosophical and legal positivism approaches, while each conception is seen as an element of the integrative legal consciousness. Integrative approach is seen as perspective in this context since it can combine all the main aspects of law (legal norms, legal relations,

and legal consciousness). Socio-interactive aspects of law socialization are analysed through the theoretical and methodological approaches from foreign and post-Soviet theories of law and general sociology where the phenomenon of interaction (cooperation, communication) is seen as a key feature of the social in general and the socio-legal in particular. The article provides a deep insight into the specifics of law socialization in the sphere of civil life and public power competencies where different levels of legal mentality and approaches to law occur. At the same time in both cases the law as an efficient tool and the result of the law-making process is reified (objectivated) in real life only after the socialization stage.

Key words: law; law-making; legal understanding of law; interaction; cooperation; communication; the socialization of law; socio-interactive level; actors; legal personnel

Acknowledgements: The current research is sponsored by the Russian Foundation for Basic Research (The department of humanities and social sciences) as a part of the project “Socio-interactive regularities of law: the problems of methodology and theory” (№ 15-03-00238).

Information about the Authors

Alla A. Sokolova, Candidate of Legal Sciences, emeritus professor, Academic Department of Social Sciences, European Humanities University

ORCID ID: 0000-0002-5841-7883

Contact information:

e-mail: alla.sokolova@ehu.lt

Vasilii V. Trofimov, Doctor of Law, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of G.R. Derzhavin Tambov State University

ORCID ID: 0000-0002-5039-7363

Contact information:

e-mail: iptgutv@mail.ru

For citation:

Sokolova, A.A., Trofimov, V.V. (2018). Socio-Interactive Level of the Socialization of the Law as a Resulting Stage of the Law-Making Process. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 146–171. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-146-171.

Article received February 26, 2018

Article accepted April 15, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-172-195

НАЦИОНАЛЬНО-КУЛЬТУРНЫЕ ПРЕДЕЛЫ ПРАВОВОЙ ИНТЕГРАЦИИ

Н.Г. Павлова

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

Статья посвящена исследованию факторов, определяющих границы, или пределы, правовой интеграции в современном глобализирующемся мире. Правовая интеграция является условием и следствием глобализационных процессов. Капитал космополитичен, рационален и требует свободного продвижения товаров, услуг и рабочей силы, а право в современных национальных правовых системах обнаруживает как рациональные качества, так и иррациональные свойства, связанные с социокультурными традициями и особенностями.

В настоящей статье автор выделяет факторы, обуславливающие пределы правовой интеграции в охватившем мир глобализационном процессе. Это: 1) *фактор разноразвития цивилизационного развития*, влекущий непреодолимые различия ценностей западной и незападной цивилизаций; 2) *политический фактор*, связанный с государством (его сущностью, устройством территории и режимом власти); 3) *социальный фактор*, определяющий качество и зрелость гражданского общества, уровень его цивилизованного развития, а также систему защиты прав личности; и, наконец, 4) *юридический фактор*, связанный с глубокими правовыми традициями стран и народов, особенностями юридической техники, правосознания и отношением общества к праву.

Глобализация, в первую очередь экономическая, — это процесс объективный, осуществляющийся отнюдь не по чьему-то замыслу. А вот сущность, форма, функции государства — субъективный выбор нации и правящей элиты, которые выбирают курс либо в направлении гармонизации и сближения национальных законодательств, либо на закрытость, оберегая свою правовую идентичность.

В результате проведенного исследования автор приходит к следующему выводу: социокультурные особенности во всех сферах государственной и общественной жизни аккумулируют национальные различия в праве, определяя специфику и несхожесть, устанавливая пределы правовой интеграции, что препятствует процессам сближения в современном глобализирующемся мире.

В политической сфере интеграционные процессы обретают свои границы в связи с национальными интересами государств, вступающих в региональные и международные организации и союзы, отдавая им часть своих полномочий. В социальной сфере правовая интеграция имеет наибольший объем пределов благодаря наличию значительного количества стран с традиционной структурой общества, где глобализационные процессы воспринимаются как вызов национальной идентичности и усиливают тенденции к сохранению цивилизационных ценностей. В юридической сфере процессы правовой интеграции проходят с разной степенью интенсивности, в зависимости от региона. На европейском континенте эти процессы идут более интенсивно, что

позволяет говорить о стирании граней между романо-германскими и англосаксонскими традициями в праве. В то же время в правовых системах неевропейского, традиционного типа, где право слито с религиозно-нравственными предписаниями, правовая интеграция затруднена.

Ключевые слова: правовая интеграция; глобализация; государственный суверенитет; национально-государственная идентичность; цивилизационные ценности; национально-правовые различия; универсальность прав человека; пределы правовой интеграции

I. Введение

Правовая интеграция является средством и безусловной закономерностью глобальных процессов в современном правовом мире. Глобализация, в первую очередь как закономерность современного экономического развития, а также как масштабный процесс нарастания общего в мировых экономических, политических и социальных системах, предполагает унификацию права и правовую интеграцию.

Главный материальный объект глобализации — это форсированная интернационализация финансово-хозяйственных процессов, протекающая в планетарном масштабе на базе новых информационных технологий. В условиях революции в технической сфере открываются новые возможности для миграции капитала, формирования мощнейших предприятий, ориентированных на глобальные, а не узконациональные рынки.

Капитал по своей природе не имеет национально-территориальных границ, он космополитичен и, как следствие, — нуждается в нивелировке государственных правовых и социальных систем, расширении круга государств, соответствующих демократии западного образца, установлении на всех континентах господства западного права, усилении защиты прав человека, прежде всего, права собственности. Иными словами, требуется унификация и стандартизация политической, социально-экономической и правовой жизни государств, вовлеченных в процесс глобализации.

Это может быть реализовано при *следующих условиях*.

Государство должно иметь форму либеральной демократии: правовое государство, разделение властей, сменяемость власти, транспарентные выборы, независимый суд, гарантированность прав и свобод человека, независимые СМИ.

Общество должно представлять собой сообщество свободных граждан с господством рыночных отношений в экономике, где частная собственность является «священной» и неприкосновенной и где права человека, степень реализации их гражданами определяют природу и сущность государства.

Право должно представлять собой единые правила — масштаб «свободы и равенства» — должно быть максимально «очищено» от религиозных, идеологических, морально-нравственных предписаний.

Данные характеристики государства, общества, человека и права представляют собой западные (европейские) ценности.

Вместе с тем возникает вопрос: насколько эти ценности универсальны?

Сама же действительность, происходящие в обществе процессы свидетельствуют о том, что глобализация сталкивается с проблемами как в государственной сфере различных обществ, так и в социальной, правовой жизни их народов. Многие государства, втянутые в глобализационные процессы, либо не готовы, либо не имеют политической воли на реализацию демократических преобразований в государственной сфере. Общество в этих странах обнаруживает в себе, кроме коллектива потребителей, такие качества, как конфессиональность, культурные установки, этнические устремления и т.д.

Что касается человека, то восточному, африканскому, азиатскому и, в определенной степени, российскому обществу, где индивидуализм никогда не имел крепких корней, непонятны и даже чужды европейские либеральные ценности. Право, в свою очередь, представлено пестротой и многообразием национальных правовых систем, различия между которыми проявляются в механизме правового регулирования, правотворчестве, правоприменении, структурных частях правовой системы (системе источников права, правосознании, правовой культуре и т.д.).

Именно в этих аспектах — *государство, общество, человек и право* — обнаруживаются пределы интеграции. Поэтому актуальным является исследование факторов, определяющих ее пределы в современном глобализирующемся мире. При этом можно предположить, что глобальная унификация права невозможна, поскольку в этом случае она утрачивает свою разумность и необходимость.

Характеризуя глобализационные процессы, необходимо принять во внимание следующие факторы.

Фактор разноразвитости цивилизационного развития, задающий основополагающие, подчас непреодолимые, государственно-правовые различия западной и восточной цивилизаций.

Политический фактор, связанный с государством (его сущностью, устройством и режимом власти). Глобализация, в первую очередь экономическая, процесс объективный, при этом сущность, форма, функции государства — субъективный выбор нации, правящей элиты.

Социальный фактор, определяющий качество и зрелость гражданского общества, уровень его развития, а также систему защиты прав личности.

Юридический фактор, связанный с глубокими правовыми традициями, начиная с особенностей правосознания и отношением общества к праву и заканчивая особенностями юридической техники.

II. Разноразвитое цивилизационное развитие стран и народов

Право в современном мире призвано «обслуживать» процессы глобализации, поскольку другие социальные регуляторы не могут справиться с этой задачей в силу своей локальности, плюралистичности и недостаточной формальной

определенности. Приоритет права над ними давно признан в юридической науке. Как верно предупредил В.С. Нерсесянц, «легитимация права как глобального регулятора во многом будет зависеть от того, что понимается под тем правом, которое предлагается миру в качестве основы глобального правопорядка» (Nersesyants, 2005:40). Стоит заметить, что в зарубежной политической и правовой мысли категория «легитимности» давно известна благодаря трудам М. Вебера, Д. Истона, С. Хантингтона (Veber, 1990; Easton, 1965; Huntington, 2003) и др.

Примечательно, что М. Вебер также разработал классификацию идеальных типов права, которые обуславливают специфику его легитимности в различных обществах. Им выделены три основных идеальных типа права: *традиционный, харизматический, формально-рациональный* (Veber, 1990:601).

Традиционный тип права присущ традиционным типам общества и государства. Термин «традиционный» означает у М. Вебера «определяемый укоренившейся обычной практикой», а в праве он, по-видимому, соответствует тому, что называется «обычно-правовым». При традиционном типе господства легитимность власти основана на «священности вековых норм и властных полномочий» (Veber, 1990:601). Повинуются, по словам М. Вебера, не законодательным нормам, а некоему лицу, занимающему определенную должность в иерархии власти, «в силу традиции или выбранному на этот пост традиционному правителю» (Veber, 1990:602).

Харизматический тип права отвергает в своих притязаниях традиции и в этом отношении ориентирован на изменение сложившихся порядков, «взрыв изнутри» традиционных общественных устоев. В сравнении с рациональным господством, которое легитимно «обосновано рационально созданными правилами», харизматическое господство иррационально, поскольку в своем чистом виде как бы чуждо нормам, повседневным установлениям, институционализации права. Право исходит от харизматического лидера (вождя), выступающего основным творцом правовых норм¹.

Третий — *формально-рациональный тип права* — складывается в западном обществе. Рассматривая ранний этап развития права Запада, М. Вебер указал такие его особенности, которые имели далеко идущие последствия как для становления развитой формально-рациональной системы права, так и для формирования капиталистических экономических отношений. Только Запад, утверждал он, имел опыт вполне развитой системы правосудия, правового регулирования положения статусных групп при феодализме, механизм правового контроля над властью государя со стороны сословий. Лишь на Западе произошла замена системы личных законов «естественным правом», а также в наиболее полном виде осуществлялись рецепции римского права. Нигде, кроме Запада,

¹ Подробнее см.: Власть // Политологический словарь: В 2-х ч. / Научн. ред., рук. авт. колл. А.А. Миголатьев, сост. В.А. Варывдин. М.: Луч, 1994. 224 с.

не была достигнута ступень, на которой право в решающей степени формировалось подготовленными специалистами (Veber, 1990:625). Развитие рационального права рассматривалось М. Вебером в тесной взаимосвязи со становлением западной цивилизации, где право одновременно выступало и предпосылкой образования западного общества, и его результатом (Veber, 1990:625). Становление формально-рационального права объективно связано с формированием именно на Западе особого социально-профессионального слоя юристов, обладающих рациональным правовым мышлением, которое не присуще правоведом других регионов и школ.

В современных условиях глобализирующегося мира принято говорить о том, что нравственные ценности развитых демократий, лежащие в основе современной рыночной экономики, могут быть эталоном для глобального миропорядка. Право способно стать общезначимым, глобальным регулятором тогда, когда оно «очистится от вековых нравственно-религиозных наслоений, присущих правовым системам отдельных государств» (Lapaeva, 2016b:18). Вот только «очиститься» праву в глобальном масштабе не так-то просто, а, может быть, и невозможно, принимая во внимание тот факт, что в современном мире существует, как минимум, два пространства цивилизационного устройства: «западные» и «незападные» цивилизации.

В отечественном правоведении в рамках юридического либертаризма была предложена концепция двух типов культур социальной реальности: правовой и неправовой (Nersesyants, 1999:240).

«Правовая (государственно-правовая) культура, или культура правового типа, — это такой тип культуры (социокультуры), при котором достигается и для которого характерна правовая свобода» (Chetvernin, 2003:127). Это, соответственно, западная цивилизация. Остальные культуры (Востока, Африки, Азии), где свобода и индивидуализм никогда не были цивилизационной ценностью, в рамках либертарной концепции, являются неправовыми (Chetvernin, 2003:127).

Как далее утверждают сторонники либертаризма, «двум типам цивилизации соответствуют два типа социальной властной организации (публичной власти) и соционормативной регуляции — государство и деспотия, правовое и уравнилельно-перераспределительное (потестарное) официально-властное регулирование» (Sokol'shchik, 2007:113). При этом деспотия в данном контексте не имеет ничего общего с «кровавым» режимом правления, а наоборот, «деспотия — это прежде всего забота о народе и “народном хозяйстве”. Постоянная задача деспотической организации общества — обеспечивать нормальное воспроизводство, мир и спокойствие в стране» (Sokol'shchik, 2007:114). Такой организации свойственно единство общества и государства (отсутствие гражданского общества), наличие лидера государства (он же лидер нации), механизмов консолидации вокруг него, мобилизации, если понадобится. «В цивилизациях потестарного типа при всей видимости заботы об обществе, государство регла-

ментирует все сферы жизни общества не для того, чтобы сделать его счастливее, а ради одной цели — привести сограждан в такое состояние, которое сделает диктатора, лидера, бюрократическую касту, высшую номенклатуру счастливыми» (Sokol'shchik, 2007:115).

В правовой же ситуации официально-властное регулирование прежде всего обеспечивает свободу в политической, экономической и духовной жизни своих граждан (правовое регулирование).

Наличие, как минимум, двух цивилизационных систем в современном мире существенно мешает процессам глобализации, являясь значительным фактором, определяющим пределы правовой интеграции. Очевидно, что правовая интеграция возможна и происходит в тех отраслях, в которых не имеет принципиального значения влияние нравов, социальной организации и религии. Такими, по нашему мнению, являются торговые отношения, поскольку потребности торговли и условия ее развития и в прошлом, и в современности одинаковы для всех стран. Для обеспечения условий торгового оборота устанавливается известное однообразие торгового законодательства по всему миру. Об этом свидетельствует и возрастающая роль международного частного права. Однако государства с потестарным типом цивилизации испытывают страх быть поглощенными мировой экономикой, стать ее сырьевым придатком, «потерять» суверенитет, свою идентичность, в том числе и правовую.

III. Политический фактор — государство в условиях глобализации

На наш взгляд, либеральная модель будущего мироустройства способна обеспечить поступательное и гармоничное развитие глобализирующейся экономики на основе единых для всех субъектов международных отношений принципов и «правил игры». В этой связи закономерно происходят изменения национальных государственно-правовых институтов. В большинстве современных государств есть конституции, и в подавляющем большинстве из них декларируется приверженность демократическому устройству государства: народо-властие, разделение властей, местное самоуправление, равноудаленность властей друг от друга, «система сдержек и противовесов», независимость судов, право на референдум, конституционный надзор и т.д.

Безусловно, глобализация, как явление многоплановое, оказывает влияние практически на все сферы политической жизни, в том числе и на суверенитет государства. Она активизирует диалог между государствами и их объединениями, ускоряет развитие стран, помогает решать общие проблемы и является мощным стимулом для реализации прав государств и проведения стабильной государственной экономической политики, но при этом способствует развитию процессов этнократизации, религиозного фундаментализма, политического се-

паратизма и изоляционизма, ведущих к дестабилизации политической обстановки внутри государств и на международной арене.

Тезис об ослаблении государственного суверенитета не имеет под собой оснований, несмотря на то, что существует достаточно мнений об обратном (Guehenno, 1995; Ohmae, 1995; Held et al., 1999; Tavis, 2002). Еще Г. Еллинек, анализируя историю понятия «суверенитет», пришел к выводу о том, что суверенитет по своему историческому происхождению «есть представление политическое, не мыслители открыли его в своих ученых кабинетах, его создали те великие силы, борьба которых составила содержание ряда столетий» (Ellinek, 1903:323). Это: церковь, римская империя, крупные корпорации, которые противопоставляли себя государству в Средневековой Европе. Однако древним грекам, как, впрочем, и римлянам, представления о государственном суверенитете были чужды, так как, по мнению Г. Еллинека, в древнем мире отсутствовало противоречие между государственной властью и другими властями (Ellinek, 1903:288). Если государство было, а суверенитета не было, то суверенитет не является имманентно присущим государству качеством.

Определяющим моментом является то, что теория суверенитета формировалась в период становления абсолютизма в Европе. И она же унаследовала абсолютистский дух, соответствующий данному периоду. Жан Боден подвел итог всему предшествующему политическому процессу, справедливо возведя идею суверенитета в основополагающий признак государства, правда, предложил определение содержания суверенной власти путем перечисления ее отдельных прав: право законодательствовать, право объявлять войну и заключать мир, право назначения высших должностных лиц и т.д. (Bodin, 1962:425). И сегодня даже в самых демократических государствах монополия на право, на поддержание порядка, на правосудие принадлежит государству. Суверенитет является необходимым, неотъемлемым свойством государства, лишившись которого оно трансформируется в совершенно иное образование. Именно суверенитет характеризует государство как единственную организацию власти, верховную внутри страны и независимую на международной арене.

Как верно отмечает Ю.А. Тихомиров, суверенитет — это имманентно присущее государству свойство (Tikhomirov, 2006:41). А свойство нельзя ограничить, «расщепить». Это не просто признак, а качественный, сущностный признак, без которого явление перестает существовать.

Проблема суверенитета актуализируется с появлением союзных государств. Споры о государственном суверенитете в условиях федерации развернулись еще в XIX в. В частности, А. Токвиль пытался теоретически расщепить, разделить суверенитет, чтобы обосновать построение союзного государства (Tokvil, 2000:506). Эта идея получила в Германии свое развитие в форме теории «двойного суверенитета» для обоснования возможности создания объединения германских государств. Во Франции также стало формироваться мнение о возможности разделения, раздробления суверенитета между различными субъек-

тами. В частности, А. Эсмен писал, что «федеративное государство раздробляет суверенитет... некоторые атрибуты суверенитета отняты конституцией от отдельных государств и переданы федеративному государству» (Esmen, 1898:7).

Ряд российских авторов также выступает за признание «двойного суверенитета». В частности, Р.В. Енгибарян и Э.В. Тадевосян пишут о том, что «если придерживаться давно изжившей себя концепции “абсолютного суверенитета”, то следует признать, что на одной и той же территории могут действовать два суверенитета» (Engibaryan; Tadevosyan, 2000:215). Аналогичную точку зрения высказывает В.Е. Чиркин, утверждая, что «Российская Федерация и ее субъекты одновременно обладают государственным суверенитетом» (Chirkin, 2015:34).

На наш взгляд, попытки дополнить идею суверенитета возможностью существования двух и более суверенитетов на одной территории, допустимостью ограничения суверенитета государства безосновательны. В противном случае, как справедливо отмечает С.В. Каламанова, «возникают еще более сложные вопросы: суверенитет — это верховенство или нет, независимость или связанность? Если это мера того и другого, то до какой степени, до какого предела может признаваться государственным суверенитетом зависимость или независимость, не верховная верховность?» (Kalamanova, 2010:165).

Нельзя, однако, не отметить трансформирующее влияние глобализации на суверенитет государства. В современном мире, как верно отмечает С.М. Кукушкина, «государство должно соблюдать права и свободы человека и гражданина, заботиться о реализации своего суверенитета народами и нациями, проживающими на его территории, учитывать интересы других суверенных государств в международных отношениях, участвовать в решении глобальных проблем. Ранее подобные требования к государствам не предъявлялись. Глобализация существенно изменяет роль государств, оставляя их, однако, важнейшими элементами международной системы, а государственный суверенитет — ее стержнем» (Kukushkina, 2012:96).

Таким образом, корректным будет говорить о том, что государство, вступая в какие-либо международные организации, договоры, межгосударственные объединения, передает им часть своих полномочий добровольно, преследуя собственные национальные цели и интересы. Следует проводить различие между суверенитетом государства и его суверенными правами, перечень которых находит отражение в действующем законодательстве и не является раз и навсегда установленным. Государство обладает теми правами, которые необходимы ему в тот или иной период развития для достижения его целей и интересов. При этом отсутствие или передача государством какого-либо суверенного права международной организации или межгосударственному союзу вовсе не означает утрату или передачу им суверенитета.

Функции государства, как известно, появляются, существуют и изменяются вместе с ним, что проявляется особенно отчетливо в условиях глобализации. Как верно отмечает М.Н. Марченко, «...процесс глобализации затрагивает

национальные государства как экономической стороной, так и социально-политической» (Marchenko, 2009:36). А вот до какой степени это воздействие безгранично, автор не указывает, отмечая лишь, что в отечественной и зарубежной литературе нет однозначного ответа. На наш взгляд, государства по-разному решают этот вопрос, исходя из своих суверенных целей и задач, определенных конституцией. От этого зависит и выбор курса либо на открытость, стремление вписаться в общемировую, в первую очередь, экономический, порядок, либо на закрытость и противостояние.

В.С. Нерсисянц справедливо писал о необходимости «юридизации» государственного суверенитета, признавая, что «это, конечно, определяет правовые границы суверенитета, но это как раз не ограничение прав суверенитета, а признание и выражение суверенитета именно в форме прав и юридических обязанностей» (Nersesyants, 2006:240).

Что касается функций государства, то можно отметить следующее. Безусловно, сохраняются основные задачи государства, а значит и его функции: формирование законодательной базы; создание сбалансированных общих условий макроэкономической стабильности и соответствующей политики; обеспечение основополагающей инфраструктуры и социальных услуг. В исторически развитой государственно-правовой ситуации следует говорить о функциях государства как публично-властной институции по отношению к гражданскому обществу, точнее, к общности индивидов, социальных групп, ассоциаций, объединенных в гражданское общество. Такой подход к функциям государства предполагает различение сфер гражданского общества и государства. Первая из них — это сфера свободной, автономной активности, в которой действуют индивиды, преследующие частные цели и интересы. Сюда входят, прежде всего, экономика и культура.

Субъекты гражданского общества формально равны, их отношения регулируются частным правом. В качестве таких субъектов выступают не только и не столько отдельные индивиды, но и социальные группы, и ассоциации — общественные объединения, политические партии, профсоюзы, союзы предпринимателей и т.д. В этом контексте государство выступает как публично-властная институция, управляющая гражданским обществом в целом и призванная действовать во всеобщих интересах. Государство при этом не должно мешать реализации частных устремлений, конкурирующих в сфере гражданского общества. В современном демократическом правовом государстве отдельный человек, его права и свободы признаются высшей ценностью и по общему правилу имеют приоритет по отношению к общим, или государственным, интересам. Однако в конкретных случаях коллизии прав человека и общих интересов могут разрешаться и в пользу последних.

Видоизменяется, и существенно, экономическая функция государства под воздействием факторов глобального характера: формирование мирового экономического пространства; появление крупных транснациональных корпораций;

глобализация финансовых рынков; создание единого планетарного информационного пространства и т.д.

Очевидно, что государства, вступая в союзы, международные или региональные организации, становятся частью глобальной экономики, и это с неизбежностью влияет на внутреннюю экономическую политику. Примером тому является вступление России во Всемирную торговую организацию, что создало условия для развития экономики и бизнеса в стране, и свободного перемещения товаров и капиталов на внешних рынках. Членство в ВТО дает России возможность использовать весь опыт этой организации для защиты своих интересов, в том числе и при разрешении торговых конфликтов. К сожалению, Россия пока настоящей выгоды от членства в ВТО не получила, поскольку, кроме поставок нефти и газа, новые рынки ею не завоеваны.

Здесь сыграл роль еще один фактор, определяющий пределы правовой интеграции, — политическая воля правящей элиты на консервацию экономических реформ. Этот же фактор политической воли проявляется и в США, подписавших, но не ратифицировавших в свое время Киотский протокол 1997 г.², и не принявших участие в работе Конференции по климату в Париже 2015 г.³

Таким образом, само суверенное государство со своими национальными ценностями и интересами является фактором, определяющим рамки правовой интеграции. При этом важно, чтобы интересы государства полностью отражали интересы народа этого государства, а не только правящей элиты.

IV. Социальный фактор — общество и человек в условиях глобализации

По мере исторического прогресса в индустриальном обществе достигается разделенность политических и экономических отношений, сферы политической власти и сферы собственности, публичного права и частного права. Сфера обменных отношений становится относительно независимой от государственно-властного вмешательства, возникает феномен гражданского общества, в котором отношения между частными лицами не опосредованы публичной властью и все члены общества в равной мере формально свободны.

Основные механизмы саморегулирования гражданского общества — это свободный рынок (экономический механизм), политическая свобода и свободный доступ к независимому правосудию (юридический механизм). Именно соб-

² Киотский протокол 1997 г. к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата 1992 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> (дата обращения: 15 марта 2018 г.).

³ Historic Paris Agreement on Climate Change: 195 Nations Set Path to Keep Temperature Rise Well Below 2 Degrees Celsius [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://unfccc.int/news/finale-cop21> (дата обращения: 15 марта 2018 г.).

ственность обеспечивает свободу и правовой характер социального взаимодействия. Институцией гражданского общества предстает правовое государство.

В современной отечественной литературе существует достаточное количество авторов, критикующих либеральную модель гражданского общества, основанную на абсолютизации частных интересов собственников, настаивая на «гармоничном сочетании частных и общественных интересов» (Bondar, 2005:176; Marchenko, 2009:123). Так, в своем определении гражданского общества, Н.С. Бондарь несправедливо, на наш взгляд, утверждает, что для российского гражданского общества как раз и характерно это сочетание частных и общественных интересов в силу «глубоких корней евразийской культуры, основанной не на культе индивидуализма (что характерно для Запада), а на традициях общинного коллективизма» (Bondar, 2005:177). Россия является частью европейской цивилизации, экономика страны — рыночная, класс собственников сформирован, как минимум, за счет приватизации жилья, не говоря о представителях малого, среднего и крупного бизнеса. Вопрос лишь в политической воле правящей элиты на создание условий для дальнейшего развития гражданского общества, а главное — действенной правовой защиты частной собственности. Вместе с тем нельзя отрицать наличие у россиян общинного мышления, насильно культивируемого весь XX век. Коллективный труд рождает коллективное сознание, а индивидуализация труда на основе частной собственности с неизбежностью индивидуализирует сознание, что и доказала западная цивилизация.

В современном мире существует достаточное количество государств с традиционным общественным укладом. К ним относятся азиатские страны на постсоветском пространстве, подавляющее большинство государств в Африке и Юго-Восточной Азии, на Латиноамериканском континенте и на Ближнем Востоке. Традиционализм является одним из главных факторов, определяющих пределы правовой интеграции. Традиционализм определяет границы правовой интеграции не только для государства, общества, но и личности, и, в первую очередь, в сфере прав человека и их защиты.

На протяжении всей истории, вплоть до середины XX в., вопрос защиты прав человека был сугубо внутренней исключительной компетенцией каждого государства. В настоящее время — это «критерий, степень доверия к государству» (Saidov, 2007:30) и «права человека, их реализация маркируют природу государства» (Lukasheva, 2002:35). Это стало очевидным после принятия ООН Международных пактов о гражданских и политических правах, об экономических, социальных и культурных правах (Пакты о правах) 1966 г.⁴, Европейской

⁴ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 2200 (XXI) «Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах и Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах» от 16 декабря 1966 г. // Документ ООН A/RES/2200(XXI).

конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.⁵, Американской конвенции о правах человека 1969 г.⁶, Африканской хартии прав человека и народов 1981 г.⁷, Арабской хартии прав человека 1994 г.⁸, Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека 1995 г.⁹ и др. Государства сами стали устанавливать пределы ограничений, подвергая международно-правовому регулированию те или иные вопросы внутригосударственных отношений. Например, следуя требованиям международно-правовых стандартов в сфере прав человека, государства устанавливают правила проведения выборов (через регулярные интервалы времени, тайным голосованием, на многопартийной основе, с участием иностранных наблюдателей и т.д.).

Процессы глобализации и правовой интеграции требуют признания универсальности прав человека. Таковыми рассматриваются права человека, зафиксированные во Всеобщей декларации прав человека 1948 года и других международно-правовых документах, в которых отражаются в основном западные либеральные и неолиберальные воззрения и представления о правах человека. В отечественной и зарубежной литературе не прекращается дискуссия по вопросу универсальности прав человека (Lukasheva, 2002:35–48), зафиксированных в международных актах. На наш взгляд, в вышеперечисленных международных актах закреплён лишь универсальный минимум прав и свобод человека, который должно гарантировать государство на современном этапе развития. И основанием к этому следует считать то обстоятельство, что нормы в международных актах созданы не произвольно, по чьему-то замыслу, а взяты «из коллективного опыта и общего наследия всех народов мира и представляют собой универсальные стандарты поведения для всех народов и государств» (Myullerson, 1991:11).

Объём прав и свобод человека, степень их гарантированности и защиты каждое государство определяет по своему усмотрению в зависимости как от объективных причин цивилизационного развития (особенности этнических, ре-

⁵ Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. // Собрание законодательства РФ. 08.01.2001. № 2. Ст. 163.

⁶ American Convention on Human Rights (Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969) [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm (дата обращения: 15 марта 2018 г.).

⁷ African Charter on Human and Peoples' Rights 1981 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.achpr.org/instruments/achpr> (дата обращения: 15 марта 2018 г.).

⁸ Council of the League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, September 15, 1994, reprinted in 18 Hum. Rts. L.J. 151 (1997) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/arabcharter.html> (дата обращения: 15 марта 2018 г.).

⁹ Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г. Вступила в силу 11 августа 1998 г. // Собрание законодательства РФ, 29.03.1999. № 13. Ст. 1489.

лигиозных, правовых традиций, общей политической и правовой культуры), экономического уровня, так и от субъективных факторов, политико-правового курса правящей элиты.

Несмотря на то, что в большинстве современных государств имеет место конституционное закрепление прав и свобод человека, содержание этого правового института в разных странах зачастую наполнено различными смыслами. Речь идет, прежде всего, о цивилизационных различиях так называемых западных и восточных ценностей в области прав человека.

Так, применительно к восточным обществам, как утверждает Б.С. Юрасов, «для социокультурной основы характерен “монизм” — единство индивида и общества, ориентация человека на межличностные связи (этнические, клановые, религиозные и т.д.), в противоположность утвердившемуся в западной системе духовности дуализму субъекта и объекта, индивида и общества, ориентации человека в этой системе на рациональное познание действительности и ее изменение, и индивидуальный успех» (Erasov, 2000:46). В исламской цивилизации возникла своя концепция прав человека, не похожая на комплекс прав и свобод, закрепленных в хартиях, декларациях и решениях ООН. Она встроена в комплекс религиозных предписаний.

То же самое происходит и в странах, принадлежащих к так называемому «конфуцианскому культурному ареалу». М.А. Супатаев отмечает, что «конфуцианская установка на изучение всего, что не противоречит принципу гуманности и полезно для величия государства, семьи и отдельного человека, конфуцианские идеалы ответственности и долга безотказно действуют в этих странах и по сей день» (Supataev, 2012:19). В Китае конфуцианство и марксизм приспособляются друг к другу, что не удивительно, поскольку марксизм как идеология никогда не предполагал индивидуализма, наоборот, всячески пропагандировал коллективизм, патернализм, взаимопомощь и взаимовыручку.

В Японии до сих пор первостепенное значение имеют естественно-правовые и моральные категории «правильности» и «справедливости», а не юридические нормативные установления. Хотя Япония испытала в значительной мере вестернизацию сначала в эпоху Мэйдзи в XIX в., а затем и в середине XX в. в связи с принятием Конституции 1946 г. с последующими реформами действующего законодательства, применение современного права наталкивается на «мистический сентиментализм японцев, больше любящих поэзию, чем логику, и довольно равнодушных в силу самой их истории к идеям свободы и человеческого достоинства» (David; Zhoffre-Spinozi, 1992:457).

Таким образом, универсальность неотъемлемых прав человека в тех стандартах, которые заданы в международных актах, безусловно оправдана. Подтверждением тому является их конституционное закрепление в большинстве современных государств. Вместе с тем для традиционных обществ «общечеловеческий смысл» прав человека, содержащихся в международно-правовых документах, не столь очевиден. На их взгляд, при формировании универсальных

прав человека нельзя не учитывать различие истории, культуры, традиций разных народов мира, стремящихся к сохранению своей самобытности. Этим и определяются пределы правовой интеграции в социальной сфере.

V. Юридический фактор — национальные традиции в праве

В условиях глобализации довольно четко проявляется тенденция универсализации и унификации права, введение в правовые системы государств единообразных норм. В.С. Нерсисянц значительно шире раздвигает хронологические границы данных процессов, утверждая следующее: «Формирование и развитие права (от его примитивных до современных развитых форм) при всех особенностях национальных систем права представляют собой историю его все большей универсализации и унификации, историю движения ко все более глобальному праву» (Nersesyants, 2005:40). Этот процесс именно в современном глобализирующемся мире наталкивается на непреодолимые или труднопреодолимые преграды, связанные с национально-культурными особенностями национальных правовых систем. А государства ставят перед собой задачу поиска национальной правовой идентичности, связывая глобальные «вызовы» с посягательствами на суверенитет.

Каждая страна накопила, сохранила и преумножила свои правовые концепции, традиции правовой культуры и специфические юридические институты. Они обнаруживаются в правотворческой и правоприменительной сферах. У каждого народа и общества есть свои правовые особенности, с которыми знакомится любой приезжающий в эту страну, воспринимая их как понятные, узнаваемые, либо как неизвестные. По меткому выражению М.Ю. Тихомирова, «богатство и многообразие правового мира является одним из ярких свидетельств ценности потенциалов мирового сообщества» (Tikhomirov, 1996:13).

Доминировавшая до недавнего времени тенденция к сближению принципов права и национальных законодательств побуждала исследователей искать прежде всего общие черты правовых систем с целью их гармонизации, унификации, относиться к правовым различиям как к явлению преходящему. В современном правовом мире формируется тенденция тщательного изучения и оценки национально-правовых различий, непозволительности проявления к ним повышенного критицизма. Ведь «речь идет о национально-правовом достоянии народов и стран, о том общем и специфическом, что они вносят в мировую правовую “копилку”» (Tikhomirov, 1996:13).

Необходимость и актуальность исследования национально-правовых традиций обусловлена в том числе и прагматическими (практическими) целями. Выявление и тщательное изучение традиций дает критерий объема и рамок рецепции, за пределами которой она становится бессмысленной, что останавливает национального законодателя в попытках слепого заимствования иностранных правовых моделей. Это характерно, в первую очередь, для новых госу-

дарств, законодатели и правительства которых находятся в поиске наиболее эффективных правовых решений, выработанных и апробированных в других государствах. Речь идет о странах не только Африки, Азии, Ближнего и Среднего Востока, но и Восточной Европы, Китае, а также странах ближнего зарубежья. Данная проблема актуальна и для стран Европейского Союза со сложившимися правовыми традициями принципов права, правотворчества и правоприменения.

Здесь уместно обратить внимание на особенности в системе источников права, что отражает специфику правовых семей. Так, например, в странах континентальной Европы исходным для правовой системы является верховенство конституции и закона; в Африке — норм обычно-традиционного права; в Англии — прецедентного права; в Азии — религиозно-нравственных норм.

С традициями и правовой культурой связан наибольший объем правовых различий. Как верно отметил Ю.А. Тихомиров, «история каждого государства и группы стран общей судьбы или связанных между собой прочными экономическими, культурными узами и географической близостью, формирует устойчивые правовые воззрения, традиции и правовую культуру» (Tikhomirov, 1996:19).

В самом деле, отношение к праву у населения неодинаково. Законопослушание скандинавов, англичан и немцев контрастирует с пренебрежением к формальным нормам в кавказском регионе, в мусульманском мире. Следовательно, одно из коренных различий стран и народов заключается в разных этнических, религиозных и мировоззренческих истоках права.

Анализ национальных правовых традиций того или иного народа не может не представлять интереса для специалистов. Как следствие — одними из самых распространенных направлений в современной правовой науке являются изучение права с культурологических позиций. Актуальность данной проблемы определяется следующим. Целый ряд стран, еще недавно отстававших в социально-экономическом и научно-техническом отношении (Китай, Индия, Сингапур и др.), постепенно превращаются в центры мирового развития и притяжения. Вступив на путь системного обновления общества, усвоив при этом инструментальные компоненты западной культуры (структуру материального производства, инновационные технологии, способы трансляции информации и т.д.), эти страны, как отмечает М.А. Супатаев, «в гораздо меньшей степени склонны отказываться от экзистенциальных начал своей собственной культуры, национальных традиций в праве» (Supataev, 2012:109). Такая тенденция проявлялась еще в XX веке в связи с вестернизацией права стран Азии и Африки в колониальный и постколониальный периоды.

Исследователи отмечают, что несмотря на интеграцию обычно-правовых норм в законодательство, судебную практику, судебный прецедент в английских колониях либо их прямой запрет во французских колониях, эти нормы продолжали действовать, а европейские нормы и принципы воспринимались как явление чужеродное (Krashennikova, 2009; Muromtsev, 2016). Даже в Ин-

дии, где в результате интеграции английского и обычно-традиционного права сформировалось так называемое «англо-индусское право» (Krashennikova, 2009:25), сегодня в деревенских судах зачастую применяются несанкционированные обычаи, часто противоречащие нормам закона.

Подобная ситуация, когда наряду с так называемыми «централизованными» правовыми системами (уголовного, гражданского, коммерческого права), могут существовать другие правовые регуляторы различного типа, сохраняется и сегодня. Особенно это характерно для государств с полиэтническим, мультикультурным составом населения. Эти нормы, как правило, имеют разную степень формализации и действенности среди различных групп населения одного общества и государства. Они также являются результатом историко-культурной традиции аборигенных или иммигрантских групп, принадлежащих к категории этнических или религиозных меньшинств.

Различные взгляды и концепции о правовом разнообразии, правовом плюрализме обсуждаются на протяжении довольно длительного времени, но наибольшую актуальность они получили в нынешний период глобализации и унификации права. Понятие «правовой плюрализм» в юридической науке появилось в результате синтеза социологической школы права с антропологией и культурологией и означает ситуацию, когда в границах одного государства существует одновременно несколько правовых систем, что, в свою очередь, предполагает признание того, что государство не обладает исключительной монополией на право. Культурологи утверждают, что «имеет место состязательный процесс между правовым централизмом (государственным правом) и правовым разнообразием» (Benda-Bekmann, 1999:6). Национальное право страны «отражает доминирующий интерес или доминирующую волю, за которыми стоят господствующая сила, господствующая идеология и господствующая культура, которые стремятся создать “единое правовое пространство” на контролируемой территории, поэтому почти всегда имеет место ситуация, когда централизованное право наталкивается и вступает в противоречие с местной традицией, с локальной спецификой» (Benda-Bekmann, 1999:6). Многочисленные исследования в бывших колониях дали огромное количество подтверждений того, что правовой плюрализм является реальностью, с которой эти страны вынуждены считаться.

Сегодня компаративисты пришли к единому мнению, что одного объекта — материального права, как предлагал Р. Давид в середине XX в., для выявления национально-правовых различий в правовых системах недостаточно. Необходимо учитывать всю правовую инфраструктуру со всеми ее составляющими. Особенно на этом настаивают американские компаративисты (Glendon, Gordon & Osakwe, 1985:160). Американское сравнительное право глубоко социологично. Оно обращает внимание на поведенческую и процессуальную сторону правового регулирования при характеристике правовых систем. А это невозможно без учета правовых традиций.

Особенно устойчиво правовые традиции проявляются в частной сфере, которая непосредственно связана с народной жизнью, общественной моралью и культурой. К.В. Арановский справедливо отмечал, что «свойства частнопредметной сферы формировались, в основном, не по единому замыслу, а эволюционно, стали продуктом естественного развития» (Aranovskii, 2002:163). В них больше всего проявляется устойчивость правовых традиций. Эти элементы правовой жизни не так подвержены текущей политике, реформируются непросто и являются сдерживающим фактором для политиков и реформаторов. Поэтому их заимствование затруднено.

Сфера публичного права, особенно конституционное право, напротив, отличается большей подвижностью, восприимчивостью к идейно-теоретическим и политическим веяниям. Публичное право не так «привязано» к национальным традициям, как право частное. Легче заменить монархию республикой и переписать конституцию, чем коренным образом обновить гражданско-правовое регулирование и «привить его в обществе». Реформа избирательного процесса — трудоемкая и рискованная задача, но изменить избирательную процедуру можно. Англо-американцы и европейцы, находясь в разных правовых семьях, имеют хорошо отлаженные системы федерализма, разделения властей, парламентской монархии. Латинская Америка, освободившись от испанской зависимости и попав под мощное влияние США, не восприняла систему общего права, но сумела заимствовать институты американского конституционализма.

Правовые традиции аккумулируют национальные различия в праве, определяя его специфику и несхожесть, что препятствует современным процессам сближения и унификации. В этой ситуации следует изучать и оценивать их как в интересах обеспечения национально-особенного, так и в русле интегративно-правовых начал в общеисторическом процессе правового развития, на что справедливо обращает внимание Н.В. Варламова, выделяя задачи, стоящие перед мировым сообществом в эпоху глобализации. «Во-первых, — отмечает автор, — это унификация социальных порядков, т.е. выработка и поддержание определенных международных (универсальных и региональных) стандартов, которым должны соответствовать национальные правовые порядки; во-вторых, — сохранение в рамках каждого правового порядка его специфики, идентичности, правовой традиции, ибо только наличие разнообразия обеспечивает перспективы дальнейшего развития» (Varlamova, 2014:104). Существование правовых различий между странами и народами в эпоху глобализации определяет выбор курса государств на их уменьшение, что не всегда это оказывается возможным.

VI. Заключение

Правовая интеграция есть обязательное условие для существования государств в современном глобализирующемся мире. Однако, становятся очевидными факторы, определяющие ее пределы: фактор разноразвитости цивилиза-

ционного развития современных обществ и государств, политический, экономический, социальный, юридический факторы.

Наличие, как минимум, двух цивилизационных систем в современном мире существенно мешает процессам глобализации, являясь значительным фактором, определяющим пределы правовой интеграции. Очевидно, что правовая интеграция возможна и происходит в тех отраслях государственной и правовой жизни, в которых не имеет принципиального значения влияние нравов, социальной организации и религии. Государства с потестарным типом цивилизации в первую очередь испытывают страх быть поглощенными мировой экономикой, стать ее сырьевым придатком, «потерять» суверенитет, свою идентичность, в том числе и правовую.

В политической и экономической сферах интеграционные процессы обретают свои границы в связи с национальными интересами государств, вступающих в региональные или международные организации, союзы. Зачастую политическая воля правящей элиты, исходя из ее интересов, направлена на консервацию политических и экономических изменений, что препятствует глобализационным процессам.

В социальной сфере правовая интеграция имеет наибольший объем пределов из-за достаточно большого количества на правовой карте мира стран с традиционной структурой общества и доиндустриальной экономикой, где право синкретно, а глобализационные процессы воспринимаются как вызов национально-правовой идентичности и только усиливают тенденции к сохранению национальных и цивилизационных ценностей. Традиционализм в таких обществах, где коллективизм является основой социальных отношений, присутствует и в сфере защиты прав человека.

Интеграционные процессы в юридической сфере идут давно. Речь идет о стирании граней между романо-германской и англосаксонской правовыми традициями на основе общих цивилизационных ценностей: рыночная экономика, общность правовой культуры, основанной на единых либеральных ценностях, что выражается во взаимопроникновении источников права, снижении актуальности деления права на публичное и частное, материальное и процессуальное, сближении правовых систем в части систематизации и кодификации права, методов правового регулирования. Вне зоны правовой интеграции тем не менее остаются такие правовые различия, как удельный вес источников права, особенности в толковании международно-правовых актов, коллизии в правопорядках различных стран, что, очевидно, является факторами, препятствующими даже региональной европейской правовой интеграции и глобализации.

Совсем иначе дело обстоит с правовыми системами неевропейского типа, так называемыми традиционными, «иррациональными» правовыми системами, где право слито с религиозными и нравственными нормами, когда подчас позитивное писанное право выстроено в соответствии с европейскими традициями (есть кодексы, конституции), но их наполнение пронизано религиозно-

нравственным смыслом. А главное, правосознание, отношение к праву, к суду слито с религиозно-нравственным сознанием. И это весомый фактор, определяющий пределы, или границы, глобальной правовой интеграции.

Библиографический список / References

- Aranovskii, K.V. (2002). Nachalo sravnitel'nogo prava v Rossii. [The Origin of Comparative Law in Russia]. *Rossiiskii zhurnal sravnitel'nogo prava* [Russian Journal of Comparative Law], (1), pp. 162–172. (in Russian).
Арановский К.В. Начало сравнительного права в России // Российский журнал сравнительного права. 2002. №1. С. 162–172.
- Benda-Beckmann, K. (1999). Pravovoj plyuralizm v menyayushhemsya mire [Legal Pluralism in a Changing World]. In: *Obychnoe pravo i pravovoj plyuralizm. Materialy XI Mezhdunarodnogo kongressa po obychnomu pravu i pravovomu plyuralizmu, avgust 1997 g.* [Customary Law and Legal Pluralism: Proceedings of XI International Congress on Customary Law and Legal Pluralism, August 1997]. Moscow: Nauka, pp. 3–9. (in Russian).
Бенда-Бекманн К. Правовой плюрализм в меняющемся мире // Обычное право и правовой плюрализм. Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму, август 1997 г. М.: Наука, 1999. С. 3–9.
- Bodin, J. (1962). *The Six Books of a Commonwealth*. Introduction by K.D. McRae. Cambridge: Harvard University Press.
- Bondar, N. S. (2005). *Vlast' i svoboda na vesakh konstitutsionnogo pravosudiya. Zashchita prav cheloveka Konstitutsionnym Sudom Rossiiskoi Federatsii* [Power and Freedom on the Scales of Constitutional Justice: the Protection of Human Rights by the Constitutional Court of the Russian Federation]. Moscow: Yustitsinform publ. (in Russian).
Бондарь Н.С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия. Защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М.: Юстицинформ, 2005. 593 с.
- Chetvernin, V.A. (2003). *Vvedenie v kurs obshchei teorii prava i gosudarstva. Uchebnoe posobie* [Introduction to General Theory of Law and State. Tutorial]. Moscow: Institut gosudarstva i prava RAN publ. (in Russian).
Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. Учебное пособие. М.: Институт государства и права РАН, 2003. 204 с.
- Chirkin, V.E. (2015). *Nadnatsional'noe pravo i gosudarstvennyj suverenitet (nekotorye problemy teorii)* [Supranational Law and State Sovereignty (Some Problems of Theory)]. Moscow: Norma: Infra-M Publ. (in Russian).
Чиркин В.Е. Наднациональное право и государственный суверенитет (некоторые проблемы теории). М.: Норма: Инфра-М, 2015. 40 с.
- David, R., Zhoffre-Spinozi, K. (1992). *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti* [The Main Legal Systems of Contemporaneity]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (in Russian).
Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1992. 496 с.
- Easton, D.A. (1965). *Systems Analysis of Political Life*. New York: John Wiley and Sons Ltd.
- Ellinek, G. (1903). *Obshchee uchenie o gosudarstve* [General Doctrine of the State]. Saint Petersburg: N.K. Martinov Publ. (in Russian).
Эллинек Г. Общее учение о государстве. СПб.: Издание Юридического Книжного Магазина Н.К. Мартынова, 1903. 532 с.

- Engibaryan, R.V., Tadevosyan, E.V. (2000). *Konstitutsionnoe pravo* [Constitutional Law]. Moscow: Yurist. (in Russian).
Энгибарян Р.В., Тадевосян Э.В. Конституционное право. М. Юрист, 2000. 492 с.
- Erasov, B.S. (2000). *Printsipy i vozmozhnosti tsivilizatsionnoi komparativistiki. Sravnitel'noe izuchenie tsivilizatsii mira* [Principles and Possibilities of Civilizational Comparative Studies. Comparative Study of World's Civilizations]. Moscow: Aspekt Press Publ. (in Russian).
Ерасов Б.С. Принципы и возможности цивилизационной компаративистики. Сравнительное изучение цивилизаций мира. М.: Аспект Пресс, 2000. 352 с.
- Esmeñ, A. (1898). *Obshhie osnovaniya konstitutsionnogo prava* [General grounds for constitutional law]. *Zhurnal yuridicheskogo obshhestva pri Imperatorskom S.-Peterburgskom universite* [Journal of the Law Society under the Imperial St. Petersburg University], (3), pp. 18–21. (in Russian).
Эсмен А. Общие основания конституционного права: Пер. с франц. / под ред. В. Дерюжинского // Журнал юридического общества: Март. при Императорском С.-Петербургском университете. С.-Пб.: Тип. Правительствующего Сената. 1898. Кн. 3. С. 18–21.
- Glendon, M.A., Gordon, M.W., Osakwe, C. (1985). *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and the Cases on the Civil Law, Common Law, and Socialist Law Traditions, with Special Reference to French, West German, English, and Soviet Law*. Saint Paul: West Publishing Company.
- Guehenno, J. (1995). *The End of the Nation State*. London: University of Minnesota Press.
- Held, D., McGrew, A., Goldblatt, D., Perraton, J. (1999). *Contents and Introduction in Global Transformations: Politics, Economics and Culture*. Stanford: Stanford University Press.
- Huntington, S. (2003). *Stolknovenie tsivilizatsiy* [The Clash of Civilizations]. Moscow: AST Publ. (in Russian).
Хантингтон С. Столкновение цивилизаций. Пер. с англ. Т. Велимеева, Ю. Новикова. М.: ООО «Издательство АСТ», 2003. 603 с.
- Kalamanova, S.V. (2010). *Gosudarstvennyi suverenitet: problemy opredeleniya ponyatiya* [State Sovereignty: Issues of Definition of a Concept]. *Sotsiologiya vlasti* [Sociology of Power], (1), pp. 158–166. (in Russian).
Каламанова С.В. Государственный суверенитет: проблемы определения понятия // Социология власти. 2010. № 1. С. 158–166.
- Krashenninnikova, N.A. (2009). *Pravovaya kul'tura sovremennoi Indii: innovatsionnye i traditsionnye cherty* [The Legal Culture of Modern India: Innovative and Traditional Features]. Moscow: NORMA: INFRA-M Publ. (in Russian).
Крашенинникова Н.А. Правовая культура современной Индии: инновационные и традиционные черты. М.: НОРМА: ИНФРА-М, 2009. 304 с.
- Kukushkina, S.M. (2012). *Kontseptsiya gosudarstvennogo suvereniteta v usloviyakh globalizatsii* [The Concept of State Sovereignty in the Context of Globalization]. *Mariiskii yuridicheskii vestnik. Gosudarstvo i pravo: aktual'nye voprosy istorii i sovremennosti* [Marii Law Herald. State and Law: Actual Issues of History and Modernity], (9), pp. 86–96. (in Russian).
Кукушкина С.М. Концепция государственного суверенитета в условиях глобализации // Марийский юридический вестник. Государство и право: актуальные вопросы истории и современности. 2012. Вып. 9. С. 86–96.
- Lapaeva, V.V. (2016a). *Gosudarstvennyi suverenitet kak filosofsko-pravovaya problema* [State Sovereignty as Philosophical and Legal Problem]. *Trudy instituta gosudarstva i prava* [Proceedings of the State and Law Institute], (2), pp. 61–79. (in Russian).
Лапаева В.В. Государственный суверенитет как философско-правовая проблема // Труды института государства и права. 2016. № 2 (54). С. 61–79.

- Lapaeva, V.V. (2016b). Printsip formal'nogo ravenstva kak sushchnostnyi printsip prava [The Principle of Formal Equality as an Essential Principle of Law]. In: V.V. Lapaeva, A.V. Polyakov, V.V. Denisenko, eds., *Printsip formal'nogo ravenstva i vzaimnoe priznanie prava* [Principle of Formal Equality and Mutual Recognition of Law]. Moscow: Prospekt Publ., pp. 6–19. (in Russian).
- Лапаева, В.В. Принцип формального равенства как сущностный принцип права / Принцип формального равенства и взаимное признание права: коллективная монография / под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М.: Проспект, 2016. С. 6–19.
- Lukasheva, E.A. (2002). Prava cheloveka na rubezhe vekov [Human Rights at the Turn of the Centuries]. In: E.A. Lukasheva, ed., *Prava cheloveka: itogi veka, tendentsii, perspektivy* [Human Rights: the Outcome of the Century, Trends, Prospects]. Moscow: Norma Publ., pp. 35–48. (in Russian).
- Лукашева Е.А. Права человека на рубеже веков // Права человека: итоги века, тенденции, перспективы / под общ. ред. Е.А. Лукашевой. М.: Норма, 2002. С. 35–48.
- Marchenko, M.N. (2009). *Gosudarstvo i pravo v usloviyakh globalizatsii* [State and Law in the Context of Globalization]. Moscow: Prospekt Publ. (in Russian).
- Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации. М.: Проспект, 2009. 399 с.
- Muromtsev, G.I. (2016). Sravnitel'no-pravovoe issledovanie proiskhozhdeniya prava [Comparative Legal Study of the Origin of Law]. In: M.V. Nenyatina, ed., *Sravnitel'nye issledovaniya pravovykh sistem, pravovykh kul'tur* [Comparative Studies of Legal Systems, Legal Cultures]. Moscow: RUDN Publ., pp. 162–187. (in Russian).
- Муромцев Г.И. Сравнительно-правовое исследование происхождения права // Сравнительные исследования правовых систем, правовых культур: учебное пособие / под ред. М.В. Немытиной. М.: РУДН, 2016. С. 162–187.
- Myuллerson, R.A. (1991). *Prava cheloveka: idei, normy, real'nost* [Human rights: ideas, norms, reality]. Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ. (in Russian).
- Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М.: Юридическая литература, 1991. 160 с.
- Nersesyants, V.S. (1999). *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva* [General Theory of Law and the State]. Moscow: Norma Publ. (in Russian).
- Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М.: Норма: Инфра-М, 1999. 552 с.
- Nersesyants, V.S. (2005). Protsessy universalizatsii prava i gosudarstva v globaliziruyushchemsya mire [The Processes of Universalization of Law and State in Globalizing World]. *Gosudarstvo i pravo* [State and Law], (5), pp. 40–51. (in Russian).
- Нерсесянц В.С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Государство и право. 2005. № 5. С. 40–51.
- Nersesyants, V.S. (2006). *Filosofiya prava: Uchebnik dlya vuzov* [Philosophy of Law: Textbook for High Schools]. Moscow: Norma Publ. (in Russian).
- Нерсесянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. М.: Норма, 2006. 640 с.
- Ohmae, K. (1995). *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economics*. London: Free Press.
- Saidov, A.Kh. (2007). Unifikatsiya prava kak forma sblizheniya natsional'nykh zakonodatel'stv [Unification as a form of convergence of national legislations]. In: *Vliyanie mezhdunarodnogo prava na natsional'noe zakonodatel'stvo. Materialy zasedaniya Mezhdunarodnoj shkoly-praktikuma mladyykh uchyonnykh-yuristov* [The Influence of International Law on National Legislation. Proceedings of the Meeting of The International School-Workshop of Young Lawyers-Scientifics]. Moscow: Izdatel'skiy Dom "Yurisprudentsiya" Publ., pp. 21–30. (in Russian).

- Саидов А.Х.* Унификация права как форма сближения национальных законодательств // Влияние международного права на национальное законодательство. Материалы заседания Международной школы-практикума молодых ученых-юристов. Москва, 24–26 мая 2007 г. М.: Изд. Дом «Юриспруденция», 2007. С. 21–30.
- Sokol'shchik, I.M. (2007). Tipy ponimaniya gosudarstva [Types of the Understanding of the State]. *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoi teorii* [Yearbook of Libertarian-Legal Theory], (1), pp. 107–122. (in Russian).
- Соколыцки И.М.* Типы понимания государства // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. М.: ГУ-ВШ, 2007. С. 107–122.
- Supataev, M.A. (2012). *K problematike tsivilizatsionnogo podkhoda k pravu: ocherki obshchei teorii i praktiki* [To the Problems of the Civilizational Approach to Law]. Moscow: Yurлитинформ Publ. (in Russian).
- Супатаев М.А.* К проблематике цивилизационного подхода к праву: очерки общей теории и практики. М.: Юрлитинформ, 2012. 109 с.
- Tavis, L. (2002). Corporate Governance and the Global Social Void. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 35(2), pp. 501–506.
- Tikhomirov, Yu.A. (1996). *Kurs sravnitel'nogo pravovedeniya* [Course of Comparative Law]. Moscow: Norma Publ. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А.* Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996. 427 с.
- Tikhomirov, Yu.A. (2006). Sravnitel'noe pravovedenie: razvitie kontseptsii i obshchestvennoi praktiki [Comparative Law: Development of the Concepts and Social Practice]. *Zhurnal Rossiiskogo prava* [Journal of Russian Law], (6), pp. 3–15. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А.* Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 3–15.
- Tikhomirov, Yu.A. (2006). Suverenitet v usloviyakh globalizatsii [Sovereignty in the Context of Globalization]. *Pravo i politika* [Law and Politics], (11), pp. 37–44. (in Russian).
- Тихомиров Ю.А.* Суверенитет в условиях глобализации // Право и политика. 2006. № 11. С. 37–44.
- Tokvil, A. (2000). *Demokratiya v Amerike* [Democracy in the America]. Moscow: Izdatel'stvo "Ves' Mir". (in Russian).
- Токвиль А.* Демократия в Америке: пер. с франц. / Предисл. Гарольда Дж. Ласки. М.: Издательство «Весь Мир», 2000. 560 с.
- Varlamova, N.V. (2014). Zapadnaya pravovaya traditsiya v usloviyakh globalizatsii: vnutrennie i vneshnie vyzovy [Western Legal Tradition in the Context of Globalization: Internal and External Challenges]. In: G.I. Muromtsev, M.V. Nemytina, eds., *Pravovye traditsii. Zhidkovskie chteniya: materialy mezhdunarodnoj nauchnoy konferentsii* [Interests in Law. Zhidkov's readings: Proceedings of International Scientific Conference]. Moscow: RUDN Publ., pp. 103–111. (in Russian).
- Варламова Н.В.* Западная правовая традиция в условиях глобализации: внутренние и внешние вызовы // Правовые традиции. Жидковские чтения: материалы Международной научной конференции. Москва, 29–30 марта 2013 г. / отв. ред. Г.И. Муромцев, М.В. Немытина. М.: РУДН, 2014. С. 103–111.
- Veber, M. (1990). *Izbrannie proizvedeniya* [Selected Works]. Moscow: Progress Publ. (in Russian).
- Вебер М.* Избранные произведения: Пер. с нем. / Сост., общ. ред. и послесл. Ю.Н. Давыдова; Предисл. П.П. Гайденко. М.: Прогресс, 1990. 808 с.

Сведения об авторе

Павлова Наталья Георгиевна, доцент, кафедра теории права и государства, юридический институт, Российский университет дружбы народов

ORCID ID: 0000-0001-7126-743X

Контактная информация:

e-mail: tima-61@bk.ru

Для цитирования:

Павлова Н.Г. Национально-культурные пределы правовой интеграции // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 172–195. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-172-195.

Дата поступления в редакцию: 15 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

FACTORS DETERMINING THE LIMITS OF LEGAL INTEGRATION

Natalya G. Pavlova

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)

Law Institute

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

The article is devoted to the study of the factors determining the boundaries or limits of legal integration in the modern globalizing world. All historical experience shows that the boundaries of legal integration have limits beyond which it loses its rationality and necessity. Legal integration is both a condition and a consequence of globalization processes. Capital is cosmopolitan, rational and requires free promotion of goods, services and labor, and law in modern national legal systems reveals both rational qualities and irrational characteristics connected with socio-cultural traditions and peculiarities.

The author outlines the following factors that determine the limits of legal integration, highlighted by the processes of globalization: the political factor connected with the state (its essence, organization and regime of power). The fact is that globalization, primarily economic, is an objective process, it is not formed according to the plan, but the essence, form, functions of the state are the subjective choice of a nation, the ruling elite, that chooses the state's course towards harmonization and approximation of national legislations, or to closeness, protecting their legal identity. And this dictates the limits of legal integration; the social factor that determines the quality and maturity of civil society, the level of its civilizational development, as well as the system of protecting the rights of the individual; and, finally, the legal factor connected with deep legal traditions, beginning with the peculiarities of legal technique and ending with the peculiarities of legal consciousness and attitude to the law.

As a result of the study, the author comes to the following conclusion: socio-cultural characteristics in all spheres of state and public life (political, economic, social) accumulate national and legal differences in law, defining its specificity and dissimilarity, which impedes modern processes of rapprochement and unification by establishing its limits. In this situation it is necessary to study and evaluate it objectively, carefully, in the interests of ensuring both nationally-special and integrative-legal principles in the general historical process of legal development.

Key words: legal integration; globalization; state sovereignty; national-state identity; civilization-al values; national and legal differences; universality of human rights; borders and limits of legal integration; factors

Information about the Author

Natalya G. Pavlova, Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Department of Theory of Law and State, Law Institute, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)

ORCID ID: 0000-0001-7126-743X

Contact information:

e-mail: tima-61@bk.ru

For citation:

Pavlova, N.G. (2018). Factors Determining the Limits of Legal Integration. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 172–195. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-172-195.

Article received March 15, 2018

Article accepted April 15, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-196-214

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ НОРМ ИСЛАМСКОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ИЗМЕНЕНИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ И ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

О.А. Серова, Ш.А. Ниятбеков

Балтийский федеральный университет им. И. Канта
Юридический институт
236016, Калининград, Россия, ул. А. Невского, 14

Внедрение исламского банкинга в российский финансовый сектор порождает вопросы, связанные с развитием законодательства, адаптацией принципов партнерского банкинга к действующим правилам кредитования и инвестирования, восприятием норм, основанных на иной правовой доктрине. Инструменты исламского банкинга обладают значимыми социально-экономическими преимуществами в сравнении с устоявшимися конструкциями кредитования и инвестирования. Однако существующее противопоставление исламских ценностей традициям западной культуры, правовой доктрины может оказать негативное воздействие на имплементацию исламского банкинга в правовую систему России.

Цель статьи — выявление проблем, препятствующих внедрению принципов исламского банкинга в отечественное законодательство.

При подготовке статьи авторами использовался интегративный подход к праву, предполагающий осмысление правовых институтов и иных связанных с ними социальных явлений, как сложных, многоаспектных феноменов. Преодоление исключительно религиозного подхода к перспективе имплементации принципов исламского права дает возможность рассматривать правовые конструкции и механизмы партнерского банкинга с точки зрения адаптации успешно апробированной практики к деятельности хозяйствующих субъектов вне зависимости от национальной и конфессиональной принадлежности.

Результатами проведенного исследования стало определение основных направлений совершенствования отечественной правовой теории и практики, связанных с рецепцией принципов исламского банкинга в российскую правовую систему. Требуется развитие концепции расширения источников гражданско-правового регулирования в рамках множественности юрисдикций и сосуществования различных правовых систем в пределах территории единого суверенного государства.

Внедрение модели исламского банкинга должно осуществляться на основе светских принципов организации банковской деятельности, интеграции норм исламского права в отечественную правовую систему. Имплементация принципов, институтов и норм иного правового порядка, существенно отличающегося от той традиции, которая сложилась в России, должна осуществляться через изменение правовой доктрины, понимания юристами социально-экономической связи между принципами исламского банкинга и результатами хозяйственной деятельности лиц, претендующих на получение финансирования.

Ключевые слова: исламское право; западная правовая традиция; правосознание; правовая культура; региональное право; исламский банкинг; партнерский банкинг; «исламские» окна

I. Введение

В современном обществе глобализация затрагивает многие социальные институты. Существенное влияние на развитие отдельных государств оказывают общемировые финансовые, экономические, культурологические проблемы. Следствием глобализационных процессов является интеграция в сфере массовых коммуникаций, финансово-экономических и правовых отношений.

Интеграция обычно рассматривается в контексте взаимопроникновения элементов различных правовых систем и создания межгосударственных объединений. Однако не менее актуальным является и обсуждение возможности параллельного существования в российской правовой системе принципов и институтов, относящихся к разным правовым порядкам. Наибольшая вероятность такого «соседства» должна быть признана за элементами исламского права.

В Российской Федерации проживают люди разных национальностей, практически всех вероисповеданий. Отечественная правовая система в течение длительного времени была ориентирована на западные правовые ценности. Но и в советский период (с 1917 г. до 90-х гг. XX в.) нормативное регулирование строилось на светских началах. Однако активное участие в международной политике и экономике исламских стран, взаимодействие России с государствами-партнерами в Средней Азии требуют разработки комплексного подхода к определению возможности частичной имплементации в российскую правовую систему принципов, институтов и норм исламского права, прежде всего в финансовой сфере. Практическое воплощение данных принципов уже осуществлялось в рамках отдельных проектов в Республике Татарстан и Республике Башкортостан. В начале 2018 г. ПАО «Сбербанк России» объявил об открытии «исламских окон», а также о том, что обслуживание клиентов будет организовано в том числе по нормам партнерского банкинга, учитывающего требования ислама¹. Принимая во внимание масштабность деятельности Сбербанка на территории нашей страны, можно сделать вывод о фактической легализации внедрения исламского (партнерского) банкинга в Российской Федерации.

Однако анализ научных источников и позиций экспертов применительно к исламскому праву в России позволяет сделать вывод о наличии существенного противоречия. С одной стороны, признается целесообразность и социально-экономическая эффективность использования инструментов исламского банкинга. С другой — в профессиональном юридическом сообществе главенствует приверженность западной правовой традиции. В обществе присутствует определенный страх перед исламизацией, базирующийся в том числе на отсутствии информации о специфике исламского права, опыте других стран, в том числе

¹ Сбербанк планирует открыть «исламские окна» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://tass.ru/ekonomika/4979173> (дата обращения 5 марта 2018 г.).

США, Китая, ряда европейских стран по привлечению исламских финансов. Выявленное противоречие может стать существенной проблемой развития исламского банкинга, вызвать политизацию идеи имплементации норм исламского права в правовую систему России.

II. Причины расширения сферы влияния исламского права на иные правовые системы

В предыдущие исторические периоды правовые системы разных стран были достаточно обособлены друг от друга. Российское право изначально базировалось на континентальном праве. Однако в последние годы все активнее обнаруживается процесс взаимопроникновения и взаимодействия внутри правовой системы России элементов зарубежных правовых порядков. Как указывает О.В. Муратова (Muratova, 2015:139–149), повсеместно распространено мнение о закономерности процесса унификации частного права разных государств и государственных образований. Но нужно признать, что эта позиция связана с оценкой влияния в России институтов англо-американской правовой семьи, доктрин, сформированных в европейском частном праве. Исламское право, напротив, для большинства юристов представляется достаточно чуждым явлением. Оно не вошло в повседневную профессиональную деятельность. Информированность юристов о принципах и основах исламского права в России достаточно поверхностная. Вместе с тем можно прогнозировать, что в ближайшее время имплементация принципов, институтов и норм исламского права в российскую правовую систему станет актуальной задачей. Поэтому пути решения проблемы адаптации принципов исламского права к российским правовым институтам, трансформации правосознания населения и профессиональных юристов необходимо найти уже сейчас.

Причинами внедрения исламского права в мировую правовую систему считают озабоченность отсутствием у еврамусульман права пользования финансовыми услугами, соответствующими их духовным и этическим принципам; упадком европейских моральных и этических ценностей, что ведет к непрерывным финансовым кризисам (Kudryashov, 2016:141).

Нам представляется, что подобная точка зрения упрощенно отражает те процессы, которые связаны с интеграцией западных и исламских правовых ценностей в иные правовые системы.

Миграционный кризис обусловил появление, прежде всего на европейском континенте, значительной доли лиц, являющихся приверженцами ислама. Однако противопоставление исламских ценностей традициям западной культуры не является ключевым элементом в решении проблемы. В большей степени развитие исламского банкинга связано с устойчивостью к кризисам, расширением возможных способов и форм инвестирования.

Повышение интереса к исламским финансовым институтам связано с демонстрацией большей финансовой стабильности и деловой гибкости в сложных политических и экономических условиях. Несмотря на то, что получаемая прибыль исламского банкинга оценивается ниже традиционных финансовых инструментов, минимизация потерь в условиях кризиса стала очевидным преимуществом институтов, основанных на принципах исламского права (Sigalov; Mukienko, 2014:122).

Потребности российской экономики в привлечении финансовых ресурсов, в первую очередь свободных от санкций, достаточно велики. Исламский банк развития (ИБР) отдает предпочтение финансированию отдельных сфер экономики, например, строительству дорог и других коммуникаций, а туризм, например, исключен из сферы финансирования Исламского банка развития во многих регионах, как не вполне соответствующий шариату (Bekkin, 2008:7). В России необходимость использования частных инвестиций в инфраструктурные проекты огромна, в том числе и в регионах, где достаточно компактно проживает население, исповедующее ислам. Для частных инвесторов открываются объемные потребительские рынки, возможность реализации совместных проектов с российскими предпринимателями.

Таким образом, в России потребность в интеграции традиционных финансов и банкинга на основе исламского права обусловлена экономическими причинами. Обосновывается, что «в субъектах РФ с преобладающим мусульманским населением есть значительная и устойчиво растущая потребность малого и среднего бизнеса в инвестициях, которые можно финансировать на основе развития исламских инструментов» (Trachenko; Alhasan, 2016:290). Но может ли использование финансово-экономических инструментов исламского права оказать негативное воздействие на существующую правовую культуру населения, проживающего на территории светского государства?

В России наблюдается явное повышение интереса к исламу, что связано не только с притоком трудовых мигрантов из мусульманских стран постсоветского пространства. Поволжье и Северный Кавказ традиционно населены мусульманами. Расселены представители более чем 20 коренных мусульманских народов по всей стране. Так, например, самым многочисленным мусульманским народом России являются татары — 7 млн человек, которые проживают на территории всей страны.

Со времени распада СССР произошел возврат населения к прежним ценностям, в которых религия занимает значимое место. Это определяется возрождением национальной идентичности людей, обращением их к традициям предков и отчасти к утраченной культуре. Существенное влияние оказывает и появившаяся в начале 90-х годов прошлого века для бывших советских граждан возможность путешествовать за рубеж, развивать экономические и культурные связи с исламскими странами. Но в рамках российской правовой системы, ориентированной, прежде всего, на западные правовые традиции (Германии, Фран-

ции), никогда не соизмерялось содержание правовых институтов с религиозными догмами. Несмотря на понимание роли морали, религии в формировании права и нормативных предписаний, содержание юридических правил подчиняется иным требованиям и ценностным установкам. Особенностью же исламской правовой традиции, напротив, является наличие религиозного измерения права и религиозной оценки правовых ценностей (Behrouz, 2015).

Государство, общество и церковь являются основными источниками социальных регуляторов. Государство создает право, церковь формирует религиозные стереотипы, общество устанавливает социальные нормы (обычаи, нормы морали) (Bakardgiev, 2010:23). Однако влияние перечисленных регуляторов распределено неравномерно. И именно на территориях (речь идет о Кавказе), где компактно проживает мусульманское население, специалисты отмечают противостояние между законом, местными обычаями (адат) и шариатом (Syukiyaunen, 2011). Включение норм исламского права в жизнь граждан может усилить данное противостояние, так как многие не проводят грани между шариатом и мусульманским правом (Syukiyaunen, 2011). Имплементация правовых принципов иного правопорядка, существенно отличающегося от той традиции, которая сложилась в России, должна происходить посредством изменения правовой доктрины, понимания юристами социально-экономической связи между принципами исламского банкинга и результатами хозяйственной деятельности лиц, претендующих на получение финансирования. При этом требуется изменение общепринятого подхода, отделяющего экономические отношения от иных сфер общественной жизни. «Экономические действия не всегда движимы мотивами, которые считаются экономическими в узком их понимании. Любая стратегия, в том числе и экономическая, должна строиться с учетом национального культурного наполнения общества» (Salnikov, 2013:188).

С точки зрения Н. Michel (Michel, 1999:31), исламские банки и финансовые институты являются частью исламской экономической системы и были созданы для достижения определенных социально-экономических целей в соответствии с концепцией законов шариата, основанных на Коране. Согласно Корану ислам — это идеология социального развития, которая требует от всех людей и организаций вести себя этично и социально ответственным образом.

Ислам на сегодняшний день является мировой религией, оказывающей серьезное влияние и на социальную политику, и на правовые режимы отдельных стран и целых регионов. При этом в конце XIX — начале XX в. мусульманскими странами были приняты светские правовые традиции, основанные на европейских правовых стандартах. Однако этот исторический период оценивается на сегодняшний день отрицательно, что, в определенной степени, формирует в исламском обществе установку на дальнейшее продвижение и закрепление исламских правовых традиций (Al-Omar; Abdel-Naq, 1996). Одновременно многими российскими правоведами концепция универсальности западных политико-правовых ценностей признается потерпевшей крах (Salnikov, 2013:184–185).

К. Хенри полагает, что к XIX в. способность мусульман выполнять свои обязанности по служению представителю Бога (халифат) была серьезно трансформирована европейским колониализмом (Henry, 1996:14–16). В результате большая часть мусульманского мира была вынуждена встать на путь вестернизации, что привело к слепой адаптации европейских режимов работы в таких областях, как экономика, политика и образование. Вместо трансформации традиционных правовых конструкций, которые могли бы работать в исламском обществе и государстве, мусульмане слепо приняли институты и кодексы, которые были прямыми продуктами исторической и культурной жизни Запада. Такая рецепция фактически игнорировала традиции и ценности, свойственные исламу. Однако современные геополитические изменения, интеграционные процессы, усиление роли исламских государств в экономике, мировой политике привели к распространению ценностей исламского права на правовые системы других государств. Как отмечает М.В. Немытина, изменение вектора правовой культуры в цивилизационном пространстве связано со смещением национальных границ, изменением геополитического пространства, миграцией, глобализацией и международной интеграцией (Nemytina, 2017:34).

III. Особенности исламского банкинга как сферы имплементации правовых норм

В настоящее время исламский банковский сектор зачастую рассматривается в качестве регионального. Но его роль усиливается, что позволяет делать вывод о «выходе» исламского банкинга за пределы исламских государств. Отмечается, что он выступает «альтернативной моделью» ведения банковского бизнеса, устойчивого к кризисным явлениям (Danchenko, 2015:115). Эта устойчивость связана и со спецификой проведения кредитных операций, и с участием исламских банков в инвестиционных проектах своих заемщиков. По данным, которые приводятся в статье «Big interest, no interest», опубликованной в электронном журнале «The Economist», в период с 2009 по 2013 г. активы исламских банков во всем мире выросли на 17,6% в год и, предположительно, вырастут в среднем на 19,7% в год к 2018 г.²

Таким образом, существуют экономические условия, определившие перспективы развития исламского банкинга. Существенную роль играет и меняющееся правосознание граждан. Появилась готовность принять элементы иного правопорядка в рамках правовой системы своей страны. Не происходит отрицания экономических инструментов, которые основаны на иных культурных тра-

² The Economist. Big interest, no interest [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2014/09/13/big-interest-no-interest> (дата обращения: 3 марта 2018 г.).

дициях. Этим объясняется, например, распространение исламского банкинга в европейских странах. Не только еврамусульмане становятся клиентами исламских банков.

Эксперты отмечают, что религиозно-правовая доктрина ислама сформировала две категории норм. «Категория аль-муамалат содержит в себе ключевые принципы реализации норм финансовых правоотношений, имеющих по большей части рациональное основание, нежели божественное» (Novikova, 2016:170). Возможности развития исламского банкинга в России связаны именно с рациональными основаниями. Принятие институтов, основанных на принципах исламского права, должно быть, прежде всего, связано с экономическими последствиями, а не с религиозными представлениями.

Грань между исламскими и общепризнанными финансами гораздо более тонкая, чем те характеристики, которые часто даются в кратких сообщениях в средствах массовой информации, что «ислам запрещает проценты». Исламский банкинг принято определять как банковское дело в соответствии с идеологией и системой ценностей ислама, а беспроцентный банкинг, напротив, является более узкой концепцией, обозначающей ряд банковских инструментов или операций, которые избегают процентов.

Исламский банкинг позволит не только избегать сделок на основе процентов, но и активно участвовать в достижении целей и задач исламской экономики» (Al-Omar; Abdel-Naq, 1996).

Сложившийся в обществе страх перед развитием ислама как воинствующей религии, угроза экстремизма негативно сказываются на оценке этого явления с социально-экономических позиций. Вне правового поля, где будут определены отличительные особенности исламского банкинга с позиции гражданского, налогового законодательства и др., использовать рациональное обоснование достаточно сложно. Позитивным примером может служить Закон Республики Казахстан от 12 февраля 2009 г. №133-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам организации и деятельности исламских банков и организации исламского финансирования»³. Гражданский кодекс Республики Казахстан указанным законом был дополнен понятием договора банковского займа, где займодавцем выступает исламский банк (ст. 727). В данном случае заем денег осуществляется на условиях срочности и возвратности и без взимания вознаграждения за пользование деньгами. В Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» 2008 г. включены исламские ценные бумаги

³ Закон Республики Казахстан от 12 февраля 2009 г. № 133-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам организации и деятельности исламских банков и организации исламского финансирования» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.zakon.kz/160226-zakon-respubliki-kazakhstan-ot-12.html> (дата обращения: 9 марта 2018 г.).

— исламские арендные сертификаты и исламские сертификаты участия⁴. Установлены требования к деятельности исламских банков, которые не вправе взимать вознаграждение в виде процентов, гарантировать возврат инвестиционного депозита или доход по нему, финансировать (кредитовать) деятельность, связанную с производством и (или) торговлей табачной, алкогольной продукцией, оружием и боеприпасами, игорным бизнесом, а также иные виды предпринимательской деятельности, финансирование (кредитование) которых запрещено советом по принципам исламского финансирования (изменения Закона Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»). Таким образом, еще в 2009 г. Казахстан сформировал правовую базу внедрения исламского финансирования, установил четкие юридические параметры особенностей исламского банкинга в сравнении с традиционными финансовыми инструментами.

Как и в казахстанском законодательстве, в Законе Республики Таджикистан от 26 июля 2014 г. № 594 «Об исламской банковской деятельности»⁵ сформулированы основные принципы осуществления такого рода деятельности и установлены ограничения для исламской кредитной организации. В частности, запрещено взимать вознаграждение в виде процентов, гарантировать возврат инвестиционного депозита или доход по нему, финансировать те виды предпринимательской деятельности, которые запрещены шариатом (Murtazokulov; Serova, 2016:35). При этом руководством Таджикистана принимаются достаточно серьезные меры по предотвращению исламизации общества. Однако правовые и экономические механизмы не должны оцениваться исключительно с позиции идеологии. Внедрение модели исламского банкинга осуществляется на основе светских принципов организации банковской деятельности, интеграции романо-германской правовой системы с нормами исламского права.

Для российского потребителя банковских услуг идея обращения к исламским финансовым традициям подкреплена разочарованием в действующей системе кредитных учреждений, не прекращающимся процессом лишения лицензий финансовых учреждений Центральным банком России. Для населения и предпринимателей опасность этого явления связана с отсутствием достоверных прогнозов, невозможностью заранее просчитать риски. Так, в марте 2017 года разразился крупнейший региональный банковский кризис в России, когда Центральный банк России лишил лицензий сразу три кредитные организации в Республике Татарстан. Экономические потери физических и юридических лиц,

⁴ Кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV ЗРК «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36148637 (дата обращения: 9 марта 2018 г.).

⁵ Закон республики Таджикистан от 26 июля 2014 года №1108 «Об исламской банковской деятельности» [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=70095 (дата обращения: 9 марта 2018 г.).

несомненно, могут стать причиной повышенного интереса к финансовым организациям, которые предлагают иные варианты кредитования бизнеса. Если вернуться к законодательным актам Республики Казахстан, то к таким вариантам следует отнести финансирование торговой деятельности в качестве торгового посредника, с предоставлением коммерческого кредита; финансирование производственной и торговой деятельности путем участия в уставных капиталах юридических лиц и (или) на условиях партнерства. В этом случае исламский банк выступает участником общей долевой собственности на имущество, которое приобретается по итогам банковских операций, так как финансирование осуществляется либо за счет собственных средств банка, либо за счет средств, привлеченных исламским банком на инвестиционные депозиты (ст. 52-5 Закона РК «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан»)⁶.

Рецепция принципов исламского банкинга в российскую правовую систему связана с преодолением целого ряда проблем.

Первая проблема видится в том, что несмотря на понимание феномена множественности юрисдикций и сосуществования правовых систем в пределах территории единого суверенного государства (Kudryashov, 2016), в России преобладает позиция о необходимости сохранения единства правового пространства. Требуется, прежде всего, политическая воля на проведение подобных экспериментов. Национальное и конфессиональное многообразие было свойственно и Российской империи. Существовала достаточно успешная практика интеграции мусульманских окраин страны в общее экономическое и социальное пространство. Однако развитие территорий, повышение правосознания населения и правящих элит мусульманских территорий Российской империи фактически привело в начале XX века к «политизации религии». Так, например, в Государственной Думе существовала мусульманская фракция (Alieva; Kuliev, 2017:6). В условиях федеративного устройства российского государства эта проблема остается достаточно острой, так как связана не только с необходимостью сохранения единого правового пространства, но и соблюдением прав всех граждан, проживающих в России.

Требуется более активное развитие концепции формирования так называемого регионального права, которое рассматривается как «закономерный этап эволюции российского законодательства, правоприменительной и правореализационной практики» (Dobrynin, 2003:3). Данный вопрос поднимался в отечественной юриспруденции в большей степени применительно к районам Крайнего Севера. Однако нет никаких сомнений, что основания для развития регио-

⁶ Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 года № 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://adilet.zan.kz/rus/docs/Z950002444_z952444.htm (дата обращения: 9 марта 2018 г.).

нального законодательства могут быть различными. Фактически речь может идти об установлении особых правовых режимов отдельных территорий⁷.

Современное состояние мира связано со смешением правовых порядков, институтов, юрисдикций, норм, стандартов (Xifaras, 2016:221). Возможность российской правовой системы динамично реагировать на подобные вызовы во многом определит конкурентоспособность ее юрисдикции. Понятие «право» имеет множество значений, не только как нормативные предписания, относящиеся к конкретной правовой системе, но и институты, которые имеют место во многих обществах (Dolgetti; Ratti, 2011:17). Преодоление исключительно религиозного подхода к описанию правовых инструментов исламского права повысит осведомленность о них в обществе, даст возможность рассматривать имплементацию правовых конструкций не с позиции включения правил шариата в жизнь российских мусульман, а с точки зрения адаптации успешно апробированной юридической и экономической практики к деятельности хозяйствующих субъектов вне зависимости от национальной и конфессиональной принадлежности.

Вторая проблема состоит в отсутствии законодательной базы, позволяющей имплементировать принципы проведения финансово-кредитных операций, основанных на исламском праве. Необходимо не только установление контроля и надзора за делами исламских банков или «исламских банковских окон», но введение целостной системы правового регулирования и лицензирования подобных организаций.

А. Секони (Sekoni, 2015) отмечал, что в целях поддержания роста и развития исламской финансовой системы и устойчивости отрасли необходимо инициировать начало и продвижение законодательных реформ. Исследования показали, что создание надлежащей и эффективной нормативной базы особенно важно для исламских финансовых институтов. Разработка законодательства создаст соответствующую среду для заинтересованных сторон и обеспечит здоровое развитие и рост финансовой системы. Принятие специального законодательства обеспечит доверие населения к данному институту, сохранит светский характер партнерского банкинга.

Третьей проблемой является особенность правосознания российских юристов. О.В. Зайцев в работе, посвященной доктринальным подходам в гражданском праве (Zaytsev, 2014:112) указывает на приверженность законодателя, судебного корпуса, иных специальных субъектов идеям юридического позити-

⁷ Об особой экономической зоне в Калининградской области и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации: федеральный закон от 10.01.2006 №16-ФЗ (ред. от 05.12.2017) // Собрание законодательства РФ. 2006. № 3. Ст. 280; О создании на территории г. Москвы особой экономической зоны технико-внедренческого типа: постановление Правительства РФ от 21.12.2005 №779 (с изм. От 25.04.2017) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 52 (3 ч.). Ст. 5742.

визма. Связано это с давлением 70-летнего опыта советского права, ориентированием юридического образования на закон как основной источник права. Вместе с тем интегративное понимание права нашло определенную поддержку в правовой доктрине России. В научной литературе подчеркивается, что юристы «теряют» исключительную связь с той или иной правовой системой, меняется их правосознание. Однако эти изменения связаны с западным типом правового мышления, «увлеченностью» американскими и европейскими правовыми конструкциями. Исламское право представляется большинству российских юристов экзотической правовой средой. Различия в понимании ключевых социокультурных категорий западной и восточной культуры не осознаются в профессиональной юридической среде.

Вместе с тем в научной литературе отмечается, что в восточной культуре действуют иные подходы к включению в правовую среду нравственно-этических категорий. Для западной правовой традиции реализация судебной защиты связана с установлением справедливости. В исламском праве ключевым моментом становится восстановление утраченного равновесия или гармонии (Solovjeva; Babenko, 2015:15). Соответственно, и вещные, и обязательственные правовые конструкции должны учитывать это равновесие, не изменять его заключением договора, нарушающего равновесие в природе вещей (именно таким договором признается кредит). Остается открытым вопрос о том, насколько такие особенности смогут быть адаптированы к российской правоприменительной практике, где достаточно сложно прививались подходы к рассмотрению споров на основе критериев справедливости, добросовестности участия субъектов права в экономическом обороте. Негативное влияние может оказать и приверженность правовой доктрины традиционной национальной ценностно-нормативной системе (Fominskaja, 2017:234), которую, несмотря на признание многонационального и многоконфессионального характера нашего общества, связывают с устойчивыми духовно-нравственными стандартами христианских ценностей (Fominskaja, 2017:235).

Тем не менее, общие глобальные изменения, происходящие в праве, могут оказать влияние и на описываемые процессы. М. Ксифарас описал кардинальный поворот в теории права, связанный с переходом от права государственно-центричных образований к внутригосударственным правовым системам глобального права (Xifaras, 2016:215–216). В этом случае отдельные правовые конструкции могут использоваться (в адаптированном варианте) вне связи с традиционным национально-идеологическим основанием.

Так, например, в договорном и корпоративном праве динамичное развитие подчас происходит независимо от установленных нормативных предписаний. Здесь не предполагается наличие иерархического соподчинения источников права, поскольку действует принцип свободы договора. Поэтому можно прогнозировать, что имплементация отдельных правовых конструкций исламской правовой системы будет реализована через договорные связи. Определенную

роль может сыграть и усиление значения локальных актов корпоративных организаций. Создание совместных предприятий с партнерами из исламских стран может способствовать внедрению иных ценностей в сферу корпоративного регулирования. В этом случае может возникнуть еще одна проблема — непонимание отличий в тех ценностях, на которых базируются различные правовые системы. Так, например, идея защиты собственности в исламском праве реализуется в том числе через запреты (иметь лишь дозволенные источники доходов (запрет торговли алкоголем, свининой), запрет на ростовщические проценты, справедливое распределение доходов, отсутствие процентов, не основанных на реальном вложении средств производства и труда) (Behrouz, 2015). Западная правовая традиция связывает идею защиты права собственности с правами собственников и обязанностями всех иных субъектов воздерживаться от незаконных притязаний на объект собственности. Ограничения прав собственника основаны на интересах и правах иных лиц и общества в целом. Исламское право ориентировано на наличие внутренних императивов в поведении собственника как элементов религиозной традиции. Доминирующим принципом исламской экономики является ответственность за распоряжение имуществом, основанное на вере в Бога как творца: Всемогущий Аллах настоящий Владелец всего. Человек не более, чем опекун, и обязан повиноваться наставления того, кто назначил его в этом качестве (Paul; John, 1999:2–3). Данное отличие особенно ярко может проявиться в судебных спорах, при попытках обоснования добросовестности поведения лица. Как оценить наличие или отсутствие внутренних императивов? Может ли исламское право применяться к общественным отношениям без учета религиозных верований субъектов данных отношений? Эти вопросы, лежащие за пределами практической юриспруденции настоящего времени, тем не менее, требуют скорейшей научной разработки.

«Состыковка» мусульманского права с отечественным законодательством, по мнению наиболее авторитетного российского исследователя исламского права Л.Р. Сюкияйнена, обеспечивается и особенностями шариата как гибкой, открытой системы, готовой сосуществовать с иными правовыми традициями и правовыми системами (Syukiyainen, 2011). Однако зачастую в научной литературе мы можем обнаружить весьма поверхностное отношение к поднимаемой проблеме. Исследователями показывается значение религии, правосознания, правовой культуры человека и территориальной целостности государства (Skulakov; Djamalova, 2016). Но при этом не только отсутствует объективная оценка существующего положения вещей, но и не выделяются возможные риски формирования чуждых установок в правосознании населения под влиянием религиозных групп. В условиях светского государства необходима четкая, понятная и претворяемая в жизнь правовая идеология (Bakardgiev, 2010:23). Тем не менее, профессиональное юридическое сообщество должно учитывать ключевые социокультурные отличия западной и восточной традиции.

IV. Заключение

Развитие общества и государства в последние десятилетия привело к усилению тенденции взаимопроникновения элементов различных правовых систем, сближению правопорядков. В основу интеграционных процессов закладывается экономическая целесообразность, эффективность правовых конструкций и механизмов, успешность их апробации. Однако в большей степени рассматриваемые тенденции характерны для западной правовой традиции, выделяемой на основе совокупности историко-культурных, социально-политических, философско-идеологических критериев, которые традиционно противопоставлялись традициям клановым и религиозным (Varlamova, 2014:104). Попытки имплементации правового института исламского (партнерского) банкинга изменяют данную тенденцию, так как этот институт основан на идеях исламского права и существенно изменяет свойственные западной правовой традиции подходы к банковским операциям, кредитованию.

Внедрение исламского (партнерского) банкинга связано, прежде всего, с экономическими причинами. Однако связь партнерского банкинга с религиозной доктриной ислама требует построения четкой системы нравственно-правовых ценностных ориентиров вводимых норм, обеспечения их рационального объяснения. Следует преодолеть исключительно религиозный подход в описании норм исламского права, увеличить степень информированности общества о преимуществах партнерского банкинга, его особенностях, исходя, прежде всего, из экономических, а не национальных и конфессиональных критериев.

Использование принципов исламского банкинга должно обеспечиваться законодательной базой, приоритетом национального правового регулирования. Рассмотренные в настоящей статье примеры правового регулирования исламского банкинга в Республиках Казахстан и Таджикистан свидетельствуют в пользу подобного подхода.

В отличие от иных финансовых институтов исламский банкинг должен внедряться в российскую правовую систему на основе поэтапного и комплексного развития взаимодействия на всех уровнях. Помимо законодательных и политических решений, установления принципов работы Центрального банка России с исламскими финансовыми институтами, необходимо активное взаимодействие с авторитетными профессиональными ассоциациями, вузами, научными сообществами.

Библиографический список / References

- Alieva, S.I., Kuliev, F.M. (2017). *Zakonotvorcheskaya deyatel'nost' deputatov-musul'man v Gosudarstvennoj Dume Rossijskoj imperii (1906–1917 gg.)* [Legislative Activity of Muslim Deputies in the State Duma of the Russian Empire (1906-1917)]. *Vestnik Severo-Osetinskogo gosudarstvennogo universiteta imeni Kosta Levanovicha Khetagurova* [Bulletin of the North

- Ossetian State University named after Kosta Levanovich Khetagurov], (3), pp. 5–8. (in Russian).
- Алиева С.И., Кулиев Ф.М. Законотворческая деятельность депутатов-мусульман в Государственной Думе Российской империи (1906–1917 гг.) // Вестник Северо-Осетинского государственного университета имени Коста Левановича Хетагурова. 2017. № 3. С. 5–8.
- Al-Omar, F. and Abdel-Haq, M.K. (1996). *Islamic Banking. Theory, Practice and Challenges*. Karachi: Oxford University Press.
- Bakardgiiev, Ya.V. (2010). Gosudarstvo, obshchestvo i tserkov' kak faktory vozdeystviya na pravo v aspekte pravosoznaniya [The State, Society and Church as Factors of Influence on the Law in the Aspect of Justice]. *Sovremennoe pravo* [The Modern Law], (8), pp. 21–23. (in Russian).
- Бакарджиев Я.В. Государство, общество и церковь как факторы воздействия на право в аспекте правосознания // Современное право. 2010. № 8. С. 21–23.
- Behrouz, H. (2015). Pravovye tsennosti v islamskoj i zapadnoj pravovykh traditsiyakh: sravnitel'no-pravovoj rakurs [Legal Values in the Islamic and Western Legal Traditions: a Comparative Legal Perspective]. *Vestnik Universiteta imeni O.E. Kutafina (MGYUA)* [Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)], (5), pp. 152–162. (in Russian).
- Бехруз Х. Правовые ценности в исламской и западной правовых традициях: сравнительно-правовой ракурс // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 5. С. 152–162.
- Bekkin, R. (2008). Printsipy i perspektivy sotrudnichestva Rossii i Islamskogo banka razvitiya [Principles and Prospects of Cooperation between Russia and the Islamic Development Bank]. *Rossijskij vneshneekonomicheskij vestnik* [The Russian Foreign Economic Journal], (3), pp. 6–9. (in Russian).
- Беккин Р. Принципы и перспективы сотрудничества России и Исламского банка развития // Российский внешнеэкономический вестник. 2008. № 3. С. 6–9.
- Danchenko, E.A. (2015). Paradigma formirovaniya sovremennogo islamskogo bankinga [The Paradigm of the Formation of Modern Islamic Banking]. *Vestnik Rostovskogo gosudarstvennogo ekonomicheskogo universiteta (RINH)* [Bulletin of Rostov State Economic University (RINH)], (3), pp. 115–118. (in Russian).
- Данченко Е.А. Парадигма формирования современного исламского банкинга // Вестник Ростовского государственного экономического университета (РИНХ). 2015. № 3. С. 115–118.
- Dobrynin, N.M. (2003). Regional'noe pravo v sisteme rossijskogo prava [Regional Law in the System of Russian Law]. *Rossijskij yuridicheskij zhurnal* [Russian Legal Journal], (3), pp. 3–17. (in Russian).
- Добрынин Н.М. Региональное право в системе российского права // Российский юридический журнал. 2003. № 3. С. 3–17.
- Dolgetti, A., Ratti, G.B. (2011). Legal Disagreements and the Dual Nature of Law. *Oxford Scholarship Online* [online]. Available at: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199675517.001.0001/acprof-9780199675517-chapter-14> [Accessed March 8, 2018].
- Fominskaya, M.D. (2017). Biblejskaya pravovaya mysl' i istoriya sovremennogo prava [Biblical legal thought and the history of modern law]. *Rossijskiy zhurnal pravovykh issledovaniy* [Russian Journal of Legal Studies], (1), pp. 229–236. (in Russian).
- Фоминская М.Д. Библейская правовая мысль и история современного права // Российский журнал правовых исследований. 2017. № 1. С. 229–236.
- Henry, C. (1996). *The Mediterranean Debt Crescent Money and Power in Algeria, Egypt, Morocco, Tunisia, and Turkey*. Gainesville: University Press of Florida.

- Kudryashov, V.V. (2016). Pravovye aspekty legitimnosti islamskikh finansov v neislamskikh yurisdiksiyakh [Legal Aspects of the Legitimacy of Islamic Finance in Non-Islamic Jurisdictions]. In: A. Ya. Kapustin, ed., *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo: globalizatsiya i integratsiya. LIBER AMICORUM v chest' professora P.N. Biryukova. Sbornik nauchnykh statej* [Modern International Law: Globalization and Integration: Liber Amicorum in Honor of Professor P.N. Biryukov: a Collection of Scientific Articles]. Voronezh: The Voronezh State University Publ., pp. 140–150. (in Russian).
- Кудряшов В.В. Правовые аспекты легитимности исламских финансов в неисламских юрисдикциях // Современное международное право: глобализация и интеграция. Liber Amicorum в честь профессора П.Н. Бирюкова. Сборник научных статей / отв. ред. А.Я. Капустин; Воронежский государственный университет. Воронеж: Издательский дом ВГУ, 2016. С. 140–150.
- Michel, H. (1999). Thinking about Renewal in Islam: Towards a History of Islamic Ideas on Modernization and Secularization. *Journal of Arabic and Islamic Studies*, 46(1), pp. 24–37.
- Muratova, O.V. (2015). Napravleniya i predely garmonizatsii chastnogo prava v usloviyakh regional'noj ehkonomicheskoy integratsii [Directions and Limits of Harmonization of Private Law in the Conditions of Regional Economic Integration]. *Journal of Russian Law*, (12), pp. 139–149. (in Russian).
- Муратова О.В. Направления и пределы гармонизации частного права в условиях региональной экономической интеграции // Журнал российского права. 2015. № 12. С. 139–149.
- Murtazokulov, D.S., Serova, O.A. (2016). Razvitie islamskogo kreditovaniya v Rossii i Respublike Tadjikistan: vozmozhnosti integratsii zakonodatel'noj modeli [The Development of Islamic Lending in Russia and the Republic of Tajikistan: the Possibilities of Integrating the Legislative Model]. *Zakonodatel'stvo* [Legislation], (4), pp. 33–38. (in Russian).
- Муртазакулов Д.С., Серова О.А. Развитие исламского кредитования в России и Республике Таджикистан: возможности интеграции законодательной модели // Законодательство. 2016. № 4. С. 33–38.
- Nemytina, M.V. (2017). Tsivilizatsionno-kul'turnyj podkhod v pravovedenii [Civilizational-Cultural Approach in Legal Studies]. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*, (3), pp. 28–40. doi: 10.17803/2311-5998.2017.32.4.028-040. (in Russian).
- Немытина М.В. Цивилизационно-культурный подход в правоведении // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 4. С. 28–40.
- Novikova, R.G. (2016). Religiozno-pravovaya doktrina islama v kontekste pravovoj reglamentatsii finansovykh otnoshenij sovremennykh gosudarstv [Religious Legal Doctrine of Islam in the Context of Legal Regulation of Financial Relations of Modern States]. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*, (3), pp. 167–177. (in Russian).
- Новикова Р.Г. Религиозно-правовая доктрина ислама в контексте правовой регламентации финансовых отношений современных государств // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 3. С. 167–177.
- Paul, M., John, P. (1999). *Islamic Finance: Theory and Practice*. New York: St. Martin Press.
- Salnikov, M.V. (2013). Politiko-pravovaya integratsiya: natsional'nye pravovye traditsii [Legal-Political Integration: the National Legal Traditions]. *Mir politiki i sotsiologii* [The World of Politics and Sociology], (11), pp. 183–199. (in Russian).
- Сальников М.В. Политико-правовая интеграция: национальные правовые традиции // Мир политики и социологии. 2013. № 11. С. 183–199.
- Sekoni, A. (2015). *Legal and Regulatory Issues and Challenges Inhibiting Globalization of Islamic Banking System*. Kuala Lumpur: Munich Personal RePEc Archive, [online]. Available at:

https://mpra.ub.uni-muenchen.de/62332/1/MPRA_paper_62332.pdf [Accessed April 10, 2017].

- Sigalov, K.E., Mukienko, I.N. (2014). *Vozmozhnosti pravovoj antitsipatsii na primere islamskogo finansovogo prava* [The Possibilities of Legal Anticipation on the Example of Islamic Finance Law]. *Prostranstvo i Vremya* [Space and Time] (2), pp. 116–123. (in Russian).
Сигалов К.Е., Мукиенко И.Н. Возможности правовой антиципации на примере исламского финансового права // *Пространство и Время*. 2014. № 2. С. 116–123.
- Skulakov, R.M., Djamalova, E.K. (2016). *O vzaimosvyazi religii, pravosoznaniya, pravovoj kultury cheloveka i territorial'noj tselostnosti gosudarstva* [On Interrelationship of Religion, Legal Consciousness, Legal Culture of Man and Territorial Integrity of the State]. *Yuridicheskij vestnik DGU* [Legal Journal of Dagestan State University], (4), pp. 41–45. doi: 10/21779/2224-0241-2016-20-4-41-45. (in Russian).
Скулаков Р.М., Джамалова Э.К. О взаимосвязи религии, правосознания, правовой культуры человека и территориальной целостности государства // *Юридический вестник ДГУ*. 2016. № 4. С. 41–45. doi: 10/21779/2224-0241-2016-20-4-41-45.
- Solovjeva, A.A., Babenko, A.N. (2015). *Vostochnaya i zapadnaya pravovye traditsii ponimaniya spravedlivosti: problemy genezisa* [The Eastern and the Western Legal Tradition, the Understanding of Justice: Problems of Genesis]. *Bulletin of the South Ural state University. Series Law*, 15(1), pp. 12–17. (in Russian).
Соловьева А.А., Бабенко А.Н. Восточная и западная правовые традиции понимания справедливости: проблемы генезиса // *Вестник ЮУрГУ. Серия «Право»*. 2015. Т. 15. № 1. С. 12–17.
- Syukiyainen, L.R. (2011). *Islamskoe pravo kak yuridicheskij fenomen i ego perspektivy v Rossii* [Islamic law as a legal phenomenon and its prospects in Russia]. In: D.U. Shapsugov, ed., *Pravovoj mir Kavkaza : proshloe, nastoyashhee, budushhee: materialy mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferentsii* [The Legal World of the Caucasus: Past, Present, Future: Materials of the International Scientific-Practical Conference]. Rostov on Don: SKAGS Publ., pp. 14–23. (in Russian).
Сюкияйнен Л.Р. Исламское право как юридический феномен и его перспективы в России // *Правовой мир Кавказа: прошлое, настоящее, будущее : материалы международной научно-практической конференции, Нальчик, 14-15 апреля 2011 года / Институт государства и права РАН, Южный филиал и др.; ред. кол.: Д.Ю. Шапсугов и др.* Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2011. С. 14–23.
- Trachenko, M.B., Alhasan, T.F. (2016). *Islamskie instrumenty finansirovaniya malykh i srednikh predpriyatij: problemy i perspektivy* [Islamic Instruments for Financing Small and Medium-Sized Enterprises: Challenges and Prospects]. *Gosudarstvennoe upravlenie. Elektronnyj vestnik* [Public administration. Electronic Bulletin], 58, pp. 287–306. (in Russian).
Траченко М.Б., Алхассан Т.Ф. Исламские инструменты финансирования малых и средних предприятий: проблемы и перспективы // *Государственное управление. Электронный вестник*. 2016. Вып. 58. С. 287–306.
- Varlamova, N.V. (2014). *Zapadnaya pravovaya traditsiya v usloviyakh globalizatsii: vnutrennie i vneshnie vyzovy* [Western Legal Tradition in the Context of Globalization: Internal and External Challenges]. In: G.I. Muromtsev, M.V. Nemytina, eds., *Pravovye traditsii. Zhidkovskie chteniya: materialy mezhdunarodnoj nauchnoj konferentsii* [Interests in Law. Zhidkov's readings: Proceedings of International Scientific Conference]. Moscow: RUDN Publ., pp. 103–111. (in Russian).
Варламова Н.В. Западная правовая традиция в условиях глобализации: внутренние и внешние вызовы // *Правовые традиции. Жидковские чтения: материалы Международ-*

ной научной конференции. Москва, 29–30 марта 2013 г. / отв. ред. М.В. Немытина. М.: РУДН, 2014. С. 103–111.

Xifaras, M. (2016). The global turn in legal theory. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 29(1), pp. 215–243.

Zaytsev, O.A. (2014). Problemnye voprosy doktriny grazhdanskogo prava [Problematic Questions of the Doctrine of Civil Law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Uridicheskie nauki* [Bulletin of Perm University. Juridical sciences], (1), pp. 111–117. (in Russian).

Зайцев О.В. Проблемные вопросы доктрины гражданского права // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2014. № 1. С. 111–117.

Сведения об авторах

Серова Ольга Александровна, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Балтийского федерального университета им. И. Канта

ORCID ID: 0000-0002-3550-8838

Контактная информация:

e-mail: OlgSerova@kantiana.ru

Ниятбеков Шифо Алибекович, аспирант кафедры гражданского права и процесса Балтийского федерального университета им. И. Канта

ORCID ID: 0000-0003-3207-1367

Контактная информация:

e-mail: shniyatbekov@gmail.com

Для цитирования:

Серова О.А., Ниятбеков Ш.А. Имплементация норм исламского права: проблемы изменения правосознания и правовой системы // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 2. С. 196–214. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-196-214.

Дата поступления в редакцию: 13 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

Информация о конфликте интересов: Потенциальный конфликт интересов связан со служебным положением авторов. Серова О.А. является научным руководителем Ш.А. Ниятбекова, обучающегося в аспирантуре Балтийского федерального университета им. И. Канта. Выбор темы исследования аспирантом был связан с более ранними публикациями научного руководителя по теме этического банкинга. В период представления рукописи к публикации Ш.А. Ниятбеков находится в академическом отпуске.

Информация о вкладе каждого участника: Серова О.А. — общая концепция работы, поиск и анализ научных публикаций, подготовка окончательного варианта рукописи. Ниятбеков Ш.А. — сбор и анализ материалов по определению принципов партнерского банкинга в исламских источниках, подготовка части рукописи, перевод текста.

THE IMPLEMENTATION OF ISLAMIC LAW: THE PROBLEMS OF CHANGING OF LEGAL CONSCIOUSNESS AND LEGAL SYSTEM OF RUSSIA

Olga A. Serova, Shifo A. Niyatbekov

Immanuel Kant Baltic Federal University
Department of Civil Law and Procedure
14, A. Nevskogo st., Kaliningrad, Russia, 236016

The introduction of Islamic banking in the Russian financial sector raises issues related to the development of legislation, the adaptation of the principles of partner banking to the current rules of lending and investment, the problem of perceiving norms based on a different legal doctrine.

The tools of Islamic banking have significant socio-economic advantages in comparison with traditional lending and investment structures.

However, the existing opposition of Islamic values to the traditions of Western culture and legal doctrine may have a negative impact on legal awareness, will create a threat to preserve the integrity of Russia's legal system.

The purpose of the article is to identify problems that impede the introduction of the principles of Islamic banking in the national legislation.

While preparing the article, the authors used an integrative approach to law that involves understanding of legal institutions and other social phenomena as complex multidimensional phenomena.

Overcoming the exclusively religious approach to the perspective of the implementation of the principles of Islamic law makes it possible to consider legal frameworks and mechanisms of partner banking in terms of adapting successfully tested practices to the activities of economic entities, regardless of national or religious affiliations.

The results of the study were the identification of the main directions for improving the national legal theory and practice associated with the reception of the principles of Islamic banking in the Russian legal system.

It is necessary to develop the concept of expanding the sources of civil law regulation within the multiplicity of jurisdictions and the coexistence of legal systems within the area of a single sovereign state.

The introduction of the model of Islamic banking should be carried out based on secular principles of the organization of banking activities, the integration of the national legal system with the norms of Islamic law.

The implementation of the principles, institutions and norms of a different public order significantly different from the tradition that has developed in Russia and should be implemented through a change in the legal doctrine, the understanding by lawyers of the socioeconomic linkage between the principles of Islamic banking and the results of economic activity of persons applying for funding.

Key words: Islamic law; Western legal tradition; legal awareness; legal culture; regional law; Islamic banking; partner banking; “Islamic” windows

Information about the Authors

Olga A. Serova, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Law and Procedure, Immanuel Kant Baltic Federal University

ORCID ID: 0000-0002-3550-8838

Contact information:

e-mail: OlgSerova@kantiana.ru

Shifo A. Niyatbekov, Postgraduate student, Department of Civil Law and Procedure, Immanuel Kant Baltic Federal University

ORCID ID: 0000-0003-3207-1367

Contact details:

e-mail: shniyatbekov@gmail.com

For citation:

Serova, O.A., Niyatbekov, S.A. (2018). The Implementation of Islamic Law: the Problems of Changing of Legal Consciousness and Legal System of Russia. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 196–214. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-196-214.

Article received March 13, 2018

Article accepted April 15, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-215-248

СВОБОДА СОБРАНИЙ В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

С.Ю. Колмаков

Бурятский государственный университет
Кафедра международного права
670000, Улан-Удэ, Россия, ул. Смолина, 24 «А»

Свобода собраний является сложным институтом прав человека, содержащим в себе нормы как законодательных актов, так и обязательные предписания высших органов судебной власти, в первую очередь Конституционного Суда Российской Федерации. Со времен принятия Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» Конституционный Суд Российской Федерации вынес ряд различных решений по значимым для общественной жизни вопросам организации и проведения публичных мероприятий. Анализ данных решений является актуальной проблемой, поскольку без их понимания и систематизации сложно регулировать общественные отношения, связанные с таким фундаментальным конституционным правом, как свобода собраний.

Следует отметить, что на сегодняшний день существуют отдельные работы, посвященные анализу практики конституционного контроля, среди которых следует отметить статью Т.М. Храмовой, где проанализированы решения Конституционного Суда РФ за период 2012–2013 гг. о проверке на соответствие Конституции законодательных актов, ужесточивших свободу собраний после протестных манифестаций 2011–2012 гг. (Hramova, 2014:50–53). Настоящая статья посвящена анализу и систематизации правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации по различным аспектам свободы собраний. В ней автором проанализированы восемнадцать определений и постановлений за период с 2003 по 2017 годы. В частности, исследуются такие вопросы, как дуалистичность свободы собраний; ограничение рассматриваемой группы отношений на уровне субъектов Российской Федерации и ограничение нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации; запрет на проведение публичных мероприятий в определенных местах; специально отведенные места для собраний; подача уведомления о публичном мероприятии в праздничные дни; согласование времени и места публичного мероприятия; регулирование пикетирования; запрет предварительной агитации публичного мероприятия до его согласования; сокрытие участниками своих лиц на публичных мероприятиях; прекращение пикетирования посредством доставления в отделение полиции с целью защиты от угрозы жизни и здоровью; ответственность за участие в несанкционированном митинге; запрет быть организаторами публичных мероприятий лицам, совершившим отдельные правонарушения или преступления; ответственность организатора за превышение указанного в уведомлении на проведение публичного мероприятия количества участников; административная и гражданско-правовая ответственности организатора публичного мероприятия за вред, причиненный участниками; срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о публичных мероприятиях; размеры административных штрафов и наказаний за нарушение законодательства о публичных мероприятиях; назначение штрафа за нарушение законодательства о собраниях ниже низшего предела; уголовная ответственность за неоднократное нарушение законодательства о публичных мероприятиях. В исследовании представлены пози-

ции Конституционного Суда Российской Федерации по исследуемым вопросам, которые являются обязательными для исполнения всеми субъектами свободы собраний.

Ключевые слова: свобода собраний; право на публичные мероприятия; судебная практика; собрания; митинги; демонстрации; шествия; пикетирования; Конституционный Суд Российской Федерации

I. Введение

Решения Конституционного Суда Российской Федерации о проверке конституционности нормативных правовых актов могут быть в виде постановлений или определений¹. Эти решения имеют целью — выявление конституционного смысла, как статьи 31 Конституции Российской Федерации, так и законодательных актов о публичных мероприятиях. Выявление конституционного смысла законодательства о публичных мероприятиях играет важную роль для регулирования общественных отношений, связанных с реализацией права на публичные мероприятия. Решения Конституционного Суда действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами или должностными лицами², а толкование Конституции, содержащееся в этих решениях, обязательно для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений³.

Субъекты свободы собраний должны учитывать такое толкование и применять его на практике. С целью защиты свободы собраний, недопущения нарушения права на публичные мероприятия, прогнозирования развития законодательства и его толкования необходимо изучать позиции Конституционного Суда РФ по вопросам анализируемой группы отношений.

На сегодняшний день имеются работы, посвященные исследованию некоторых решений Конституционного Суда о свободе собраний (Hramova, 2014:50–53; Vachurin, 2015:240–241; Vyshkvarcev, 2013:78–87; Kalinina, 2013:105–109; Taribo, 2009:24–28; Prudentov, 2014:62–66). Однако существует необходимость анализа и систематизации всей практики Конституционного Суда РФ по вопросам о публичных мероприятиях, поскольку это будет способствовать дальнейшему совершенствованию правовых механизмов реализации свободы собраний и способствовать правильному применению норм законодательства о публичных мероприятиях.

¹ Статья 71 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

² Статья 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Там же.

³ Статья 106 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Там же.

Задачами настоящей работы являются исследование решений Конституционного Суда РФ, связанных с жалобами о проверке на конституционность законодательных актов, регулирующих публичные мероприятия, выявления в них проблемных вопросов, анализ и систематизация толкований свободы собраний.

II. Основные вопросы регулирования свободы собраний

Свобода собраний как дуалистическое право. В науке существует дискуссия по поводу того, является свобода собраний политическим или дуалистическим правом. Большинство ученых склоняется к тому, что свобода собраний — это политическое право (Gagloev, 2015:72; Nydnenko, 2006:6–7; Sapargaliev, 2006:126). Однако некоторые говорят и о дуалистическом характере данного права. Например, А.О. Иванов отмечает: «право на публичные мероприятия, провозглашенное в ст. 31 Конституции России, имеет сложный, дуалистический характер. Оно предоставляет возможность субъекту права использовать его как в политических, так и в неполитических интересах» (Ivanov, 2015:33).

Мы согласны с данным автором и считаем, что дуалистичность свободы собраний заключается в том, что это право гарантирует не только публичные мероприятия с политическими целями, но и собрания людей с иными целями, не связанными с выдвижением гражданами требований государству и выражением мнений политического характера.

Перед Конституционным Судом РФ также вставал подобный вопрос. Связано это с делами о распространении требований Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»⁴ (далее — Федеральный закон № 54-ФЗ) на проведение религиозных мероприятий и на проведение встреч депутатов с избирателями.

Уполномоченный по правам человека в РФ в 2016 году обращался в Конституционный суд РФ и оспаривал возможность привлечения к административной ответственности за проведение религиозного мероприятия в здании без соблюдения процедуры организации публичных мероприятий в соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ. Он отстаивал позицию, что проведение религиозных публичных мероприятий в порядке, установленном данным законом, нарушает ст. 31 Конституции РФ. Однако Суд посчитал, что проведение религиозного мероприятия в публичном месте затрагивает права других лиц, может раздражать их, что не исключает нарушение общественной безопасности, поэтому распространение законодательства о публичных мероприятиях на религиозные мероприятия в публичных местах является оправданным. Однако Суд сделал исключение для некоторых мест, таких как нежилые помещения. Прове-

⁴ Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 25. Ст. 2485.

дение религиозных мероприятий в данных местах не нарушает права других лиц, поэтому на них не нужно распространять закон о публичных мероприятиях⁵.

Гражданин А.С. Колясников в 2016 г. также обжаловал в Конституционный Суд положения Федерального закона от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»⁶, предписывающие проводить публичные религиозные мероприятия в соответствии с законодательством о митингах, собраниях, шествиях, демонстрациях и пикетированиях. Позиция Суда осталась неизменной, однако Суд дополнил условие использования нежилого помещения для проведения религиозного публичного мероприятия без подачи уведомления. В частности, для организации религиозного мероприятия в нежилом помещении необходимо, чтобы отсутствовал риск неприятия, в том числе активного, посторонними лицами и реальной угрозы для общественной безопасности, нравственности и здоровья участников публичного мероприятия⁷.

Из этого следует, что, распространяя законодательство о публичных мероприятиях на другие виды общественной жизни, не связанные с выражением гражданами мнения по важным для общества политическим, экономическим, социальным и другим вопросам, Конституционный Суд признает право, установленное ст. 31 Конституции РФ, дуалистическим. Такая позиция соотносится с мнением Европейского Суда по правам человека, который считает, что ст. 11 Конвенции о защите прав и свобод человека защищает не только собрания с политическими целями, но и любые иные собрания людей.

Вместе с тем распространение всего законодательства о публичных мероприятиях с политическими целями на любые собрания людей будет неправильным.

В 2017 г., в деле о проверке положений Федерального закона от 7 июня 2017 г. № 107-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования законодательства о публич-

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 декабря 2012 г. № 30-П по делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и пункта 5 статьи 19 Закона Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁶ Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁷ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 29 марта 2016 г. № 604-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Колясникова Алексея Сергеевича на нарушение его конституционных прав частью 1 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

ных мероприятиях»⁸, Конституционный Суд рассматривал жалобу депутатов Государственной Думы РФ, которые считали неконституционным регулирование встречи депутатов с избирателями посредством законодательства о публичных мероприятиях.

В этом деле Суд указал на различие публичных мероприятий, имеющих политические цели, и встреч депутатов с избирателями, имеющих цели непосредственного управления гражданами делами государства. Он отметил, что у данных мероприятий схожей может быть только форма, в остальном они различные, что не предполагает распространение на встречи депутатов в полном объеме правил о публичных мероприятиях⁹.

Обобщая изложенное, Конституционный Суд согласился, что имеющееся законодательство РФ о публичных мероприятиях — Федеральный закон № 54-ФЗ, не всегда будет подходить для регулирования общественных отношений, по форме являющихся публичными мероприятиями, но по содержанию не являющихся политическими. Мы придерживаемся такого же мнения, поскольку Федеральный закон № 54-ФЗ учитывает специфику проведения именного политического мероприятия, имеющего протестный характер.

Вместе с тем с развитием общественных отношений, имеется запрос в регулировании отношений, связанных по форме с публичными мероприятиями, но не являющихся политическими.

Стоит отметить, что для регулирования таких отношений отсутствует законодательная база. Если считать, что свобода собраний, установленная статьей 31 Конституции РФ, является дуалистическим правом, то Федеральный закон № 54-ФЗ имеет специфику регулирования публичных мероприятий с политическими мотивами. Вместе с тем преамбула этого закона устанавливает, что он направлен на обеспечение реализации установленного Конституцией РФ права граждан РФ собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирования.

Выходом из сложившейся ситуации, возможно, явилось бы регулирование различных собраний людей, в первую очередь публичных религиозных мероприятий и встреч депутатов с избирателями, посредством специальных законо-

⁸ Федеральный закон от 7 июня 2017 г. № 107-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования законодательства о публичных мероприятиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 ноября 2017 г. № 27-П по делу о проверке конституционности положений Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования законодательства о публичных мероприятиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

дательных актов. Как указывает А.О. Иванов, для организации религиозных публичных мероприятий необходимо установить упрощенный свободно-уведомительный порядок, не связанный с политическими публичными мероприятиями (Ivanov, 2014:186). К примеру, в Узбекистане — это Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан от 29 июля 2014 г. № 205 «О мерах по дальнейшему совершенствованию порядка организации и проведения массовых мероприятий»¹⁰, которое не распространяется на проведение собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций.

Кроме того, необходимо будет уточнить преамбулу Федерального закона № 54-ФЗ. В частности, установить, что он направлен на обеспечение реализации именно политических публичных мероприятий.

Ограничение свободы собраний на уровне субъектов Российской Федерации. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона № 54-ФЗ в случаях, предусмотренных данным законом, нормативные правовые акты, касающиеся обеспечения условий проведения публичных мероприятий, принимают и издаются в том числе органы государственной власти субъектов Российской Федерации. Федеральный закон № 54-ФЗ предоставляет субъектам РФ: право устанавливать допустимое расстояние между пикетирующими; регулировать порядок подачи уведомлений; устанавливать единые специально отведенные места для публичных мероприятий, регулировать организацию и проведение мероприятий на них; дополнительно определять места, где запрещено проводить публичные мероприятия; устанавливать порядок проведения публичных мероприятий на памятниках истории и культуры; регулировать порядок проведения публичных мероприятий на объектах транспортной инфраструктуры.

Вместе с тем ученые еще со времен Советского Союза указывали на недопустимость наличия различий в регулировании свободы собраний на региональном уровне (Skuratov, 1989:36–42). Современные ученые также указывают на данную проблему. Так, И.М. Евлоев отмечает: «В особенности вызывает недоумение оговорка о возможности отнести к “запретным” места, где публичное мероприятие может создать помехи доступу граждан к жилым помещениям или объектам транспортной или социальной инфраструктуры... на территории населенных пунктов не остается территорий, где можно было бы провести публичные мероприятия» (Evloev, 2013:46).

Вопрос регулирования рассматриваемой группы отношений на региональном уровне был предметом разбирательства в Конституционном Суде. В 2013 г.

¹⁰ Пункт 2 Приложения № 1 к Постановлению Кабинета Министров Республики Узбекистан от 29 июля 2014 г. № 205 «О мерах по дальнейшему совершенствованию порядка организации и проведения массовых мероприятий» (в редакции Постановления Кабинета Министров Республики Узбекистан от 31.12.2014 г. №377). Доступ из базы данных «Законодательство стран СНГ» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://base.spinform.ru/index.fwx> (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

депутаты Государственной Думы РФ обжаловали положения Федерального закона от 8 июня 2012 г. № 65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»¹¹, которые наделили органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации полномочием определять специально отведенные места для проведения публичных мероприятий, уведомление о которых не требуется. В частности, они указывали, что при предоставлении таких полномочий федеральный законодатель не указал ни вид соответствующего нормативно-правового акта, ни критерии, которыми должен руководствоваться орган исполнительной власти при принятии такого акта, что дает широкие полномочия для дополнительного ограничения свободы собраний на уровне субъекта РФ.

Конституционный Суд РФ по этому поводу указал, что субъекты РФ имеют возможность, наряду с обоснованными гарантиями прав граждан, закрепленных в Федеральном законе, устанавливать в своем законе или ином нормативном правовом акте дополнительные гарантии этих прав, направленные на их конкретизацию, создание дополнительных механизмов их реализации с учетом региональных особенностей и с соблюдением конституционных требований о непротиворечии законов субъектов РФ федеральным законам и о недопустимости ограничения прав и свобод человека и гражданина в иной форме, нежели Федеральный закон.

Однако Суд отметил, что, осуществляя такое регулирование, законодатель субъекта РФ не должен вводить процедуры и условия, которые искажают само существо конституционных прав и снижают уровень федеральных гарантий, установленных на основе Конституции РФ. Также законодатель субъекта РФ не должен вводить какие-либо ограничения, поскольку их может устанавливать только Федеральный закон¹².

Существующие различные ограничения свободы собраний в регионах очень обширные и зачастую могут содержать совершенно неожиданные требования. Например, в Республике Тыва предусмотрено, что организаторы публичных мероприятий в обязательном порядке должны обеспечивать участников

¹¹ Федеральный закон от 8 июня 2012 г. № 65-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

¹² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

публичного мероприятия временными санузлами с последующим их демонтажем¹³. При этом Федеральный закон № 54-ФЗ возлагает обязанности санитарного обеспечения на государственные органы¹⁴.

Оправдание различных ограничений на основе региональной специфики делает свободу собраний не равной для всех граждан Российской Федерации, что является отрицательным моментом, поскольку это право является фундаментальным политическим и должно в равной мере принадлежать всем гражданам.

Кроме того, правом регионов устанавливать дополнительные ограничения злоупотребляют и используют его в качестве предлога для сдерживания политической активности. Например, в Алтайском крае была попытка государственных органов запретить проводить публичные мероприятия на главной площади города Барнаула, посчитав, что это памятник истории и культуры, однако впоследствии Алтайский краевой суд отменил указанный запрет¹⁵.

Ограничение свободы собраний нормативными правовыми актами Президента РФ. В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона № 54-ФЗ установлено, что в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом, нормативные правовые акты, касающиеся обеспечения условий проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований, издает Президент РФ.

Гражданин А.Д.А. Хаким в 2015 г. обжаловал в Конституционном Суде положения Указа Президента РФ от 19 августа 2013 г. № 686 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в г. Сочи»¹⁶, согласно которым в пределах города Сочи с 7 января по 21 марта 2014 г. публичные мероприятия могут проводиться только по согласованию с правоохранительными органами и органами безопасности. По его мнению, данный Указ вводил дополнительные ограничения, не предусмотренные Федеральным зако-

¹³ Статья 29 Постановления Правительства Республики Тыва от 9 сентября 2004 г. № 774 «Об утверждении положения о порядке проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований на территориях памятников истории и культуры, а также объектов, имеющих историческую ценность Республики Тыва» (ред. от 07.09.2016). Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

¹⁴ Часть 3 ст. 18 Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 25. Ст. 2485.

¹⁵ Решение Алтайского краевого суда от 26 ноября 2006 г. по делу № 3-43/2006. Справочно-правовая система «КонсультантПлюс» [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

¹⁶ Указ Президента РФ от 19 августа 2013 г. № 686 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в г. Сочи». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

ном № 54-ФЗ, поэтому они неконституционные и не должны быть основанием для привлечения его к ответственности за проведение одиночного пикета, не согласованного с правоохранительными органами и органами безопасности.

На момент рассмотрения жалобы гражданина Олимпиада закончилась, и Указ Президента фактически перестал действовать. Конституционный Суд не стал рассматривать жалобу по существу, сославшись на п. 4 ст. 43 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации»¹⁷, в котором установлено, что Суд принимает решение об отказе в принятии обращения к рассмотрению в случае, если акт, конституционность которого оспаривается, был отменен или утратил силу, за исключением случаев, когда он продолжает применяться к правоотношениям, возникшим в период его действия.

На наш взгляд, Конституционный Суд не учел, что правоотношения, возникшие в период действия Указа, продолжают действовать, поскольку Указ стал основанием привлечения гражданина к административной ответственности. Суд мог рассмотреть данную жалобу и признать неконституционность обжалуемого Указа, что послужило бы основанием для реабилитации А.Д.А. Хакима, так как согласно ст. 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (бездействиями) органов государственной власти или должностными лицами.

Кроме того, вопрос, который поднял гражданин А.Д.А. Хаким, не утрачивает своей актуальности. Так, согласно статье 11 Указа Президента РФ от 09.05.2017 г. № 202 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 г.»¹⁸ установлено, что «в субъектах Российской Федерации, на территориях которых вводятся усиленные меры безопасности, собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирования, не связанные с проведением Кубка конфедераций и чемпионата мира по футболу, в период с 1 июня по 12 июля 2017 г. и в период с 25 мая по 25 июля 2018 г. могут проводиться в местах и (или) по маршрутам движения участников публичного мероприятия с количеством участников и во временной интервал, которые определяются органами исполнительной власти таких субъектов Российской Федерации или соответствующими органами местного самоуправления

¹⁷ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

¹⁸ Указ Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 202 «Об особенностях применения усиленных мер безопасности в период проведения в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

по согласованию с территориальными органами Министерства внутренних дел Российской Федерации и территориальными органами безопасности».

На наш взгляд, нормативные правовые акты Президента РФ противоречат федеральному законодательству, поскольку согласно части 1 статьи 1 Федерального закона № 54-ФЗ¹⁹ установлено, что Президент РФ может издавать нормативные правовые акты, касающиеся обеспечения условий проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований только в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом. Получается, что согласно специальному закону о публичных мероприятиях Президент РФ не может создавать условия проведения публичных мероприятий, в том числе ограничивать свободу собраний, он может только регламентировать обеспечение проведения собраний, то есть создавать благоприятные для них условия. Иных полномочий, предоставляющих Президенту РФ право регулирования свободы собраний, специальный закон не предоставляет.

Вместе с тем приведенные положения указов Президента РФ ограничивают свободу собраний, поскольку, не учитывая федеральное законодательство, предоставляют право определять ограничения относительно места, времени и количества участников таким субъектам, как органы исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органы местного самоуправления, органы внутренних дел и территориальные органы безопасности.

Запрет на проведение публичных мероприятий в определенных местах. Согласно положениям Федерального закона № 54-ФЗ установлены определенные места, где запрещено проводить публичные мероприятия. К ним относятся: территории, непосредственно прилегающие к опасным производственным объектам, эксплуатация которых требует соблюдения специальных правил техники безопасности; путепроводы, железнодорожные магистрали и полосы отвода железных дорог, нефте-, газо- и продуктопроводов, высоковольтных линий электропередачи; территории, непосредственно прилегающие к резиденциям Президента РФ, к зданиям, занимаемым судами, к территориям и зданиям учреждений, исполняющих наказание в виде лишения свободы; пограничная зона, если отсутствует специальное разрешение уполномоченных на то пограничных органов.

Конституционный Суд в 2007 г. рассматривал несколько дел по жалобе гражданина В.А. Шаклеина относительно запрета проведения публичных мероприятий в запрещенных местах.

В первом деле гражданин обжаловал запрет проведения публичных мероприятий возле зданий, занимаемых судами. Конституционный Суд указал, что

¹⁹ Часть 1 ст. 1 Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

такой запрет является конституционным, поскольку законодатель был обязан предусмотреть меры, исключающие оказание давление на суд²⁰.

На наш взгляд, установление запрета на проведение публичных мероприятий возле зданий судов существенно ограничивает свободу собраний, поскольку суд является важной ветвью власти и граждане должны выражать свое мнение и доносить его до власти. Например, в Страсбурге поддерживают проведение митингов возле Европейского Суда по правам человека, для того чтобы люди могли выразить свое отношение к делам рассматриваемым судом.

Во втором деле гражданин В.А. Шаклеин обжаловал положения Федерального закона № 54-ФЗ, устанавливающие земельные участки возле зданий объектов, где проведение публичных мероприятий запрещено. В своей позиции он указывал, что понятие такого земельного участка расплывчатое, не позволяет определить его границы и может толковаться не в пользу манифестантов. Конституционный Суд указал, что установление таких границ является оправданной мерой, поскольку это обусловлено обеспечением безопасности граждан и специальным правовым режимом этих мест. Вместе с тем Суд разъяснил, что такие территории будут существовать и иметь юридический статус только после определения и установления границы органами исполнительной власти, в соответствии с установленным законодательным порядком²¹.

В этом определении Конституционный Суд более детально предусмотрел основания ограничения проведения публичных мероприятий на земельных участках, прилегающих к зданиям, возле которых запрещено проводить собрания, что положительно сказалось на анализируемой группе отношений, поскольку у государственных органов не осталось оснований толковать требования законодательства в пользу злоупотребления и необоснованного ограничения права на публичные мероприятия.

Дополнительные запреты на проведение публичных мероприятий в определенных местах в субъектах Российской Федерации. Федеральный закон № 54-ФЗ предоставляет субъектам РФ право дополнительно определять ме-

²⁰ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 29 мая 2007 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шаклеина Владимира Андреевича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 2 статьи 8 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

²¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июля 2007 г. об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданина Шаклеина Владимира Андреевича положениями пункта 9 статьи 2 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» и пункта 7 статьи 36 Земельного кодекса Российской Федерации. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

ста, где запрещено проводить публичные мероприятия. Регионы России активно пользуются данным правом.

В 2014 г. Конституционным Судом рассматривалась жалоба гражданина А.Д. Передрука, который обжаловал запрет Санкт-Петербурга проводить публичные мероприятия в определенных местах, в том числе на Невском проспекте. Суд отметил, что установление дополнительных мест, где запрещено проведение публичных мероприятий, оправдано защитой общественного порядка, а спорные вопросы, касающиеся обоснованности запрета проведения публичных мероприятий в конкретном месте, в том числе на Невском проспекте, требуют установления фактических обстоятельств, что не входит в компетенцию Конституционного Суда²².

Вместе с тем мы считаем, что Федеральный закон № 54-ФЗ предусматривает очень объемный перечень мест, где субъекты РФ могут ввести запрет на проведение публичных мероприятий. При этом данный перечень можно толковать, ограничивая тем самым право на публичные мероприятия. Фактически, на сегодняшний день субъекты РФ могут запрещать проводить публичные мероприятия в любых местах населенных пунктов. В некоторых городах процент свободных от запрета мест составляет менее 50% от его площади. Например, в крупнейшем городе Сибири Новосибирске запрещено проводить публичные мероприятия на территории, равной 56,65% от общей площади города²³.

Специально отведенные места для публичных мероприятий. В 2013 году, в деле 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 (далее — дело по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко; Постановление Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2013 г. № 4-П) рассматривались полномочия органов исполнительной власти устанавливать специально отведенные места для публичных мероприятий.

²² Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22 апреля 2014 г. № 976-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Передрука Александра Дмитриевича на нарушение его конституционных прав статьей 52 Закона Санкт-Петербурга «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях в Санкт-Петербурге». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

²³ Территория «нельзя». Официальный сайт «ОВД-инфо». [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://tn.ovdinfo.org/novosib> (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

Конституционный Суд указал, что органам исполнительной власти субъекта РФ следует исходить из необходимости наличия специально отведенных мест как минимум в каждом городском округе или муниципальном районе²⁴.

Мы считаем такое толкование положительным для свободы собраний, однако в отношении городских округов необходимо устанавливать дополнительные места в каждом внутригородском районе. Особенно это актуально для больших городов, имеющих в своем составе более двух районов. Как отмечает А.В. Корепина «при определении специально отведенных мест органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации должны учитывать, что территория проведения публичного мероприятия является одной из важных принципиальных составляющих конституционного права граждан на свободу собраний» (Корепина, 2014:80).

III. Организация и проведение публичного мероприятия

Подача уведомления о публичном мероприятии в праздничные дни. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ уведомление о публичном мероприятии подается в письменной форме в орган исполнительной власти субъекта Российской Федерации не ранее 15 и не позднее 10 дней до дня его проведения. При этом для таких форм публичных мероприятий, как собрание, митинг, демонстрация и шествие, отсутствует правило о переносе срока подачи уведомления на последний рабочий день, предшествующий нерабочим праздничным дням.

Гражданин А.Н. Якимов в 2014 г. обжаловал данное положение, поскольку оно не позволяло провести публичное мероприятие, если сроки подачи уведомления о нем полностью совпадали с нерабочими праздничными днями.

Конституционный Суд РФ согласился с доводами гражданина и отметил, что для достижения целей публичного мероприятия дата его проведения может иметь особое значение, например, это может быть годовщина определенного события. Поэтому требование подачи уведомления в установленные законом сроки без учета, когда данные сроки совпадают с нерабочими праздничными днями, будет не соответствовать Конституции РФ. Также Суд установил, что до изменения федерального законодательства, устраняющего выявленное несоот-

²⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

ветствие Конституции РФ, подать уведомление о проведении публичного мероприятия можно в последний рабочий день перед праздниками²⁵.

Такое толкование положений федерального законодательства благоприятно сказывается на рассматриваемой группе правоотношений, поскольку зачастую манифестантам важно провести собрание в определенную дату, что требует возможности беспрепятственно подать уведомление о нем.

Согласование времени и места публичного мероприятия. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ проведение публичного мероприятия вне специально отведенных мест допускается только после его согласования с органом публичной власти. При этом отказать в согласовании публичного мероприятия орган публичной власти может, только если уведомление подано лицом, которое не вправе быть организатором, либо когда в уведомлении указано место, где проведение публичных мероприятий запрещено. В остальных случаях орган публичной власти должен либо согласовать место и время проведения публичного мероприятия, либо предложить другие.

При этом ученые отмечают, что в отечественной практике отсутствует определенность в трактовке таких понятий, как «согласование публичного мероприятия», «санкционирование публичного мероприятия», «время и место публичного мероприятия» (Simonova, 2016:64; Ivanov, 2014:41).

Данное правило закона подвергалось проверке на конституционность. Так, граждане А.В. Лашманина, Д.П. Шадрин, С.М. Шимоволос в 2009 г. подали жалобу, в которой указали, что обжалуемое законоположение фактически вводит разрешительный порядок организации публичных мероприятий, что противоречит Конституции РФ. Конституционный Суд РФ указал, что свобода собраний является важным правом, однако оно не является абсолютным и может ограничиваться в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности и защиты прав и свобод других лиц, в том числе таким образом, как согласование времени и места публичного мероприятия. Суд обращает внимание, что орган публичной власти не может запретить или не разрешить проведение публичного мероприятия, он вправе лишь предложить изменить место или время его проведения, и такое предложение должно быть мотивированным. При этом в мотивированном предложении должны быть приведены веские доводы в обоснование того, что проведение публичного мероприятия не просто нежелательно, а невозможно.

²⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 мая 2014 г. № 14-П по делу о проверке конституционности части 1 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина А.Н. Якимова. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

Суд разъяснил, что согласование предполагает обязанность органа публичной власти предложить организатору для обсуждения такой вариант проведения публичного мероприятия, который позволил бы реализовать его цели. При этом достижение цели публичного мероприятия возможно, когда отсутствует внешнее давление, когда на мероприятии формируются мнения, а не просто провозглашаются, свободно выдвигаются требования политического характера, предполагается наличие обратной коммуникативной связи между участниками и теми субъектами, кому адресовано послание.

Суд также обратил внимание, что при недостижении согласия организаторы имеют право защитить свое право в судебном порядке, а суд обязан вынести решение до даты запланированного мероприятия²⁶.

Не со всеми выводами Конституционного Суда согласился судья А.Л. Кононов. В своем особом мнении он отметил, что оспариваемое законоположение провоцирует повсеместные и массовые нарушения свободы собраний. Согласование и мотивированное предложение об изменении времени и места публичного мероприятия являются оценочными понятиями. Он справедливо обращает внимание, что отсутствует перечень оснований или критериев для предложения об изменении времени и места публичного мероприятия, установленный на законодательном уровне. Отсутствует также механизм процедуры согласования. Понятие «веские доводы» расплывчатое и неопределенное. Он не соглашается с Конституционным Судом и в части того, что установление перечня причин отказа в согласовании публичного мероприятия необоснованно ограничило бы дискрецию органов публичной власти по реализации их конституционных обязанностей²⁷.

Опасения судьи не беспочвенные. На сегодняшний день многие манифестанты отмечают, что их право нарушают в первую очередь посредством согласования времени и места проведения публичного мероприятия, поэтому мы считаем, что необходимо детализировать данное право органов публичной власти. Как справедливо указывают Л.Б. Антропова, Ю.П. Каширина: «Ограничение рассматриваемой свободы может допускаться в строго определенных Конституцией случаях, а основания ограничения должны быть понятны и допустимы для граждан страны. В противном случае, возникает вероятность политического кризиса, обусловленного разочарованностью граждан властью» (Antrova, 2013:69).

²⁶ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 апреля 2009 г. № 484-О-П по жалобе граждан Лашманкина Александра Владимировича, Шадрин Дениса Петровича и Шимоволоса Сергея Михайловича на нарушение их конституционных прав положением части 5 статьи 5 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях». Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

²⁷ Там же.

Гражданин К.Ю. Косякин в 2010 г. также обращался в Конституционный Суд с обжалованием права органов публичной власти согласовывать место и время проведения публичного мероприятия. Суд остался при том же мнении и подчеркнул, что в решении органа публичной власти об отказе в согласовании публичного мероприятия должны быть приведены веские доводы в обоснование того, что проведение публичного мероприятия не просто нежелательно, а невозможно в связи с необходимостью защиты публичных интересов. В таком решении обязательно должны содержаться предложения места и времени, адекватных социально-политическому значению для манифестантов²⁸.

В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 14 февраля 2013 г. № 4-П по делу по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко Суд дополнительно отметил, что публичное мероприятие должно считаться согласованным даже тогда, когда органы публичной власти в установленный законом срок не довели до организатора предложение об изменении места и времени его проведения²⁹.

Регулирование пикетирования. Федеральный закон № 54-ФЗ предусматривает несколько требований, предъявляемых к пикетированию. В частности, он устанавливает допустимое минимальное расстояние между пикетирующими, а также предусматривает норму о том, что совокупность актов пикетирования, осуществляемого одним участником, объединенных единым замыслом и общей организацией, может быть признана решением суда по конкретному делу одним публичным мероприятием.

Депутаты Государственной Думы РФ в 2013 г. обжаловали данные положения закона в Конституционном Суде на том основании, что они могут привести к фактической ликвидации пикетирования как формы реализации свободы собраний.

Конституционный Суд отказал заявителям, поскольку посчитал, что такие меры направлены на воспрепятствование злоупотреблению правом не уведомлять органы публичной власти о проведении одиночного пикетирования в условиях, когда фактически мероприятие имеет иную форму.

²⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1 июня 2010 г. № 705-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Косякина Константина Юрьевича на нарушение его конституционных прав частью 5 статьи 5 и пунктом 2 части 1 статьи 12 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» // Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

²⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

Суд отметил, что признание совокупности одиночных пикетов одним публичным мероприятием возможно только на основании судебного решения и только если суд установит, что акты пикетирования изначально были объединены единым замыслом и общей организацией и не представляют собой случайного совпадения действий отдельных пикетчиков, даже если они высказываются по одной и той же общественно-политической проблеме.

Конституционный Суд особо подчеркнул, что суды должны избегать квалификации пикетирования, осуществляемого одним участником, в качестве массового публичного мероприятия, в случае проявления к нему обычного внимания со стороны заинтересованных его действиями лиц³⁰.

Запрет предварительной агитации публичного мероприятия до его согласования. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ манифестанты имеют право беспрепятственно проводить предварительную агитацию среди граждан, сообщая им информацию о месте, времени, целях проведения публичного мероприятия и иную информацию, связанную с подготовкой и проведением публичного мероприятия, только с момента согласования с органом публичной власти места и времени проведения публичного мероприятия.

Группа депутатов Государственной Думы РФ в 2013 г. обжаловала данную норму.

Конституционный Суд отказал заявителям и отметил, что до момента согласования места и времени проведения публичных мероприятий любую информацию нельзя считать полностью и окончательно достоверной, это может ввести граждан в заблуждение.

В свою очередь, судья С.М. Казанцев не согласился с постановлением и в своем особом мнении отметил, что агитация может быть важна не менее самого публичного мероприятия. Он констатировал, что появление нормы об ограничении агитации свидетельствует о постепенном переходе законодателя от провозглашенного в решениях Конституционного Суда (Постановление от 18.05.2012 г. № 12-П) уведомительного порядка свободы собраний к согласительному, с элементами разрешительного. Также судья привел в качестве примера, что в системе действующего правового регулирования даже информирование органами управления политической партии — организатора мероприятия своих членов о намерении организовать публичное мероприятие и

³⁰ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

подаче соответствующего уведомления в уполномоченный орган может рассматриваться как нарушение запрета предварительной агитации³¹.

Мы также придерживаемся мнения о безусловной важности предварительной агитации, необходимости ее наискорейшего проведения. Для тех случаев, когда имеются опасения в участии граждан в несогласованных мероприятиях, стоит не запрещать агитацию, а предусмотреть обязанность организаторов сообщать потенциальным участникам об их отмене.

Соккрытие участниками своих лиц на публичных мероприятиях. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ установлено, что участники публичных мероприятий не вправе скрывать лицо, в том числе использовать маски, средства маскировки, иные предметы, специально предназначенные для затруднения установления личности. При этом законодательством об административных правонарушениях предусмотрена ответственность участников за нарушение требований законодательства о публичных мероприятиях.

Граждане А.В. Анохина, Д.В. Бадова и другие в 2016 г. подали жалобу в Конституционный Суд на указанные законоположения, поскольку они не учитывают степени и характера сокрытия лица и позволяют привлекать к ответственности за нахождение любого предмета на лице.

Как указывают Л.В. Гаврилова, В.В. Игнатенко, А.А. Петрова по данному делу, заявители не имели умысла сокрыть личность, заклеив рот скотчем, поскольку использовали его для выражения мнения (Gavrilova, 2016:62).

Конституционный Суд согласился с заявителями в той части, что сокрытие участниками публичного мероприятия лица или его части может быть вызвано различными соображениями, не обязательно связанными с намерением затруднить установление личности.

Суд подчеркнул, что рассматриваемый запрет не препятствует использованию предметов, скрывающих лица, если это обусловлено погодными (шарф, платок, капюшон) или иными подобными причинами. Также Суд отметил, что участники не лишены возможности размещать на своем лице отдельные элементы наглядной агитации, наносить рисунки, аппликации и иные аксессуары³².

³¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

³² Определение Конституционного Суда от 7 июля 2016 г. № 1428-О по жалобе граждан Анохиной Анастасии Владимировны, Бадова Дениса Владимировича и других на нарушение их конституционных прав положениями пункта 1 части 4 статьи 6, части 1 статьи 7 и части 11 статьи 8 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», а также части 5 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Официальный интер-

Данное решение Конституционного Суда, по нашему мнению, самое прогрессивное в отношении свободы собраний за последнее время. Известно, что выражение мнений в современном обществе имеет различные формы, и будет правильным поддерживать граждан в их стремлении выразить свое мнение теми способами, которые им кажутся наиболее актуальными.

Прекращение пикетирования посредством доставления в отделение полиции с целью защиты от угрозы жизни. Согласно Федеральному закону от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» допускается прекращение законного одиночного пикетирования посредством доставления участника пикета в отделение полиции, с целью защиты от угрозы его жизни и здоровью.

Гражданин В.И. Сергиенко в 2017 г. обжаловал данное законоположение в части того, что оно применяется правоохранительными органами под предлогом защиты участника пикета в месте проведения публичного мероприятия, тем самым незаконно и умышленно прекращается само публичное мероприятие.

К.Г. Вдовиченко верно указывает, что «воспрепятствование непосредственному проведению публичного массового мероприятия, или участию в нем, может быть выражено в различных действиях, создающих помехи, или полностью не допускающих собрание, митинг, демонстрацию, шествие, пикетирование, а равно участие в них» (Vdovichenko, 2015a:43).

Конституционный Суд РФ отметил, что применение меры доставления участника в отделение полиции, при очевидном отсутствии оснований защиты этого гражданина, не соответствует конституционно-правовому смыслу такого правила. Произвольное применение данной меры, при том, что результатом является фактическое приостановление или прекращения мероприятия, нарушает конституционное право граждан, предусмотренное статьей 31 Конституции РФ. Суд разъясняет, что сотрудникам полиции должно быть очевидно, что названные угрозы невозможно избежать иным способом, кроме как посредством доставления гражданина в соответствующее служебное помещение. Кроме того, Суд отметил, что несогласие участника на доставление в участок полиции, если ему ничто не угрожает, не может рассматриваться как его неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции³³.

Мы поддерживаем позицию Конституционного Суда РФ и считаем такое толкование законодательства эффективным механизмом пресечения и предупреждения нарушений свободы собраний правоохранительными органами под различными предложениями.

нет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

³³ Постановление Конституционного Суда от 17 марта 2017 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положения пункта 13 части 1 статьи 13 Федерального закона «О полиции» в связи с жалобой гражданина В.И. Сергиенко. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

IV. Ответственность за нарушение законодательства о публичных мероприятиях

Ответственность за участие в несогласованном митинге. В соответствии с законодательством об административной ответственности участие в несанкционированном публичном мероприятии, повлекшее создание помех функционированию объектов жизнеобеспечения, транспортной или социальной инфраструктуры, связи, движению пешеходов и транспортных средств либо доступу граждан к жилым помещениям подлежит административной ответственности.

Гражданин Р.О. Картинов в 2013 г. обжаловал данную норму в той части, что она позволяет привлекать к ответственности независимо от того, знал или нет гражданин об отсутствии согласования места и времени проведения публичного мероприятия.

Конституционный Суд не стал рассматривать жалобу по существу и отметил, что установление вины не входит в компетенцию Суда³⁴. Вместе с тем вопрос остается открытым. Участники публичных мероприятий не могут владеть организационными вопросами публичного мероприятия, их могут вводить в заблуждение, поэтому будет неправильным привлекать манифестантов к ответственности за участие в несогласованном митинге, если они не знали об отсутствии этого согласования.

Запрет быть организаторами публичных мероприятий лицам, совершившим отдельные правонарушения или преступления. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ не может быть организатором публичного мероприятия лицо, имеющее неснятую или непогашенную судимость за совершение умышленного преступления против основ конституционного строя и общественной безопасности и общественного порядка, либо два и более раза привлекавшееся к административной ответственности за следующие административные правонарушения: нарушение законодательства о собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях; неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции; мелкое хулиганство; нарушение установленного порядка организации либо проведения публичного мероприятия; организация деятельности общественного или религиозного объединения, в отношении которого принято решение о приостановлении его деятельности; организация массового одновременного пребывания и передвижения граждан в обществен-

³⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24 октября 2014 г. № 1618-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Картинова Романа Олеговича на нарушение его конституционных прав положением части 1 статьи 3.5 и частью 5 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

ных местах, повлекших нарушение общественного порядка; пропаганда и публичное демонстрирование нацистской атрибутики или символики экстремистских организаций; блокирование транспортных коммуникаций; производство и распространение экстремистских материалов, в течение срока, когда лицо считается подвергнутым административному наказанию.

В 2013 г. в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко оспаривались вышеуказанные положения закона, так как, по мнению заявителей, они умаляли право лиц, желающих быть организаторами публичных мероприятий, поскольку лишили их свободы собраний.

Конституционный Суд отказал заявителям и указал, что рассматриваемая мера носит предупредительный характер. Такой гражданин не лишен права участвовать в публичном мероприятии, он может, например, попросить других лиц организовать публичное мероприятие. Суд отметил, что запрет возможен только если лицо совершило нарушение в период, когда оно считается подвергнутым административному наказанию, т.е. вновь совершило правонарушение в течение одного года после привлечения к административной ответственности³⁵.

Вместе с тем мы считаем такую норму излишне жесткой, поскольку граждане могут лишиться возможности реализации такого фундаментального политического права, как свобода собраний только из-за совершения административного правонарушения. А наличие возможности участвовать в собрании или взаимодействовать с его организаторами, как указал Конституционный Суд, не заменяет по сути существенной части права — организовывать публичные мероприятия.

Ответственность организатора за превышение указанного в уведомлении на проведение публичного мероприятия количества участников. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ организатор обязан принять меры по недопущению превышения указанного в уведомлении на проведение публичного мероприятия количества участников публичного мероприятия, если это создает угрозу общественному порядку или общественной безопасности, безопасности участников данного публичного мероприятия или других лиц либо угрозу причинения ущерба имуществу.

При этом, согласно законодательству об административных правонарушениях, предусмотрена ответственность за нарушение организатором публичного мероприятия, установленного порядка организации либо проведения публичного мероприятия.

³⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

Гражданин С.А. Катков в 2012 г. обжаловал в Конституционный Суд указанные законоположения. Суд указал, что участие большего количества участников в публичном мероприятии, чем заявлено, не является основанием для привлечения к ответственности. Ответственность может наступить только тогда, когда организатор умышленно допустил превышение участников, или когда не принял меры, в соответствии с законодательством, для недопущения превышения участников публичного мероприятия. Кроме того, Суд отметил, что данное требование закона справедливо, поскольку указание численности участников в уведомлении способствует безопасному проведению публичного мероприятия, а с такой функцией способен справиться только организатор публичного мероприятия³⁶.

Не согласился с указанными выводами судья В.Г. Ярославцев. В своем особом мнении он указал, что понятие «массовость» участников публичного мероприятия презюмирует невозможность точного (арифметического) подсчета возможного количества участников этих акций. Поэтому Федеральный закон № 54-ФЗ предписывает, что в уведомлении должно указываться «предполагаемое» количество участников. Кроме того, судья отметил, что в первую очередь органы публичной власти обязаны следить за ходом проведения публичного мероприятия и что они также уполномочены не допускать превышение количества участников публичного мероприятия, способное создать нарушение общественного порядка. Также он считает, что в большинстве случаев публичное мероприятие можно провести и с превышением предполагаемого количества участников³⁷.

Мы считаем, что привлечение к ответственности за нарушение количества участников публичного мероприятия оправдано только в том случае, если организатор предпринимал к этому активные действия. При этом ответственность не должна наступать только лишь за формальное превышение численности митингующих. К ответственности по данному основанию справедливо привлекать, если превышение количества участников нарушило общественный порядок.

В 2013 г. в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко вновь был затронут вопрос привлечения к административной ответственности организаторов публичных мероприятий за превышение предполагаемого количества участников, указанных в уведомлении. За-

³⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 мая 2012 г. № 12-П по делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 3 части 4 статьи 5 и пункта 5 части 3 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина С.А. Каткова. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

³⁷ Там же.

явители вновь указывали, что требования законодательства невыполнимые, поскольку организатор не может предугадать окончательное количество участников публичного мероприятия, также существует риск провокаций с целью умышленного завышения количества участников.

Конституционный Суд, как и ранее, отказал заявителям, однако немного изменил свое мнение. Он отметил, что органы публичной власти обязаны оказывать помощь организатору. При разрешении вопроса, были ли организатором предприняты необходимые меры для предотвращения участия большего количества граждан, чем указано в уведомлении, важно учитывать реакцию уполномоченных лиц на допущенное превышение численности участников публичного мероприятия, поскольку они должны в первую очередь принять соответствующие меры.

Также при привлечении к административной ответственности необходимо уделить внимание выяснению того, имелась ли у организатора объективная возможность составить адекватное представление о подлинном числе участников публичного мероприятия. Кроме того, не исключается привлечение органов публичной власти к ответственности за неисполнение полномочий по оказанию содействия организатору публичного мероприятия³⁸.

Административная ответственность организатора публичного мероприятия за вред, причиненный участниками. Законодательством об административных правонарушениях предусмотрена ответственность за нарушение организатором публичного мероприятия установленного порядка организации либо проведения публичного мероприятия, когда это повлекло причинение вреда здоровью человека или имуществу. При этом причинить вред здоровью человека или имуществу могут участники публичного мероприятия, за действия которых отвечает организатор.

В 2013 г. в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко рассматривался вопрос об административной ответственности организатора публичного мероприятия за действия участников, в том числе за любые эксцессы. Заявители отмечали, что функции безопасности лежат на полиции и что организатор не должен нести ответственность за действия участников публичного мероприятия, в том числе провокаторов.

Конституционный Суд отметил, что наступление административной ответственности предполагается только при наличии причинно-следственной связи между виновными действиями или бездействием организатора публичного ме-

³⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

роприятия, повлекшими нарушение общественного порядка и наступившими последствиями в виде причинения вреда здоровью человека или имуществу³⁹.

Мы считаем, что в отношении административной ответственности должен действовать принцип персональной ответственности, обусловленный характером таких правоотношений и видами административного наказания.

Гражданско-правовая ответственность организатора публичного мероприятия за вред, причиненный участниками. В соответствии с Федеральным законом № 54-ФЗ организатор публичного мероприятия в случае неисполнения им обязанностей, предусмотренных настоящим законом, несет гражданско-правовую ответственность за вред, причиненный участниками публичного мероприятия.

В 2013 г., в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко, заявители указывали на неконституционность данного положения закона.

Конституционный Суд указал, что действующее гражданское законодательство допускает возложение обязанности возмещения вреда и на лицо, не являющееся его причинителем (например, вред, причиненный работником). Вместе с тем Суд отметил, что между организатором и участниками нет четкой связи, так как участники могут быть случайными. Поэтому возложение гражданско-правовой ответственности допустимо лишь в случаях его уклонения (действия или бездействия), имевшего последствием причинение участниками вреда другим лицам⁴⁰.

По нашему мнению, к данной группе правоотношений не следует применять принцип гражданско-правовой ответственности, поскольку организатор не может контролировать каждое действие участника, общаться напрямую с каждым, нередки случаи, когда участник хоть и не является случайным, но не учитывает мнений организатора.

Срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о публичных мероприятиях. В соответствии с законодательством об административных правонарушениях срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о публичных мероприятиях составляет один год.

В 2013 г., в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко рассматривалось данное законоположение. Конститу-

³⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁴⁰ Там же.

ционный Суд отметил, что такой срок оправдан, поскольку характер публичных мероприятий, их массовость не позволяют вовремя расследовать правонарушение. Кроме того, Суд отметил, что такой же срок привлечения к административной ответственности применяется и к налоговым правонарушениям, правонарушениям о выборах и референдумах, о пожарной безопасности⁴¹.

Вместе с тем большой срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение правил организации и проведения собраний негативно влияет на активность использования гражданами свободы собраний, явится дополнительным аргументом для граждан не участвовать в публичных мероприятиях.

Размеры административных штрафов и наказаний за нарушение законодательства о публичных мероприятиях. В соответствии с законодательством об административных правонарушениях административный штраф за нарушение законодательства о публичных мероприятиях составляет до трехсот тысяч рублей для граждан и до шестисот тысяч рублей для должностных лиц. Кроме того, такой вид административного наказания за нарушение законодательства о публичных мероприятиях, как обязательные работы, составляет до двухсот часов.

В 2013 г., в деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко, рассматривались размеры указанных административных наказаний.

Конституционный Суд РФ отметил, что поскольку деяния, связанные с нарушением законодательства о публичных мероприятиях, относятся к числу наиболее серьезных административных правонарушений, как посягающие на права и свободы других лиц, общественный порядок и общественную безопасность, они по степени своей общественной опасности тяготеют к уголовной наказуемости деяний и свидетельствуют об утрате публичным мероприятием мирного характера. Этим обуславливается возможностью использования более строгих мер, соразмерных современным социально-политическим реалиям.

Однако, как справедливо замечает Т.М. Храмова по поводу размера административного наказания: «При этом Суд не увидел несоразмерности в том, что максимальный административный штраф для граждан по данной категории правонарушений в 60 раз превышает максимальный размер штрафа за большинство иных административных правонарушений» (Храмова, 2014:50–53).

⁴¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

В качестве примера автор приводит п. 6 ст. 20.4 КоАП РФ⁴², который предусматривает, что нарушение требований пожарной безопасности, повлекшее возникновение пожара и уничтожение или повреждение чужого имущества, либо причинение легкого или средней тяжести вреда здоровью человека, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от четырех тысяч до пяти тысяч рублей⁴³.

По вопросу размера административного наказания в виде обязательных работ Конституционный Суд отметил, что применение данного вида наказания возможно не за все виды составов, а только если нарушение законодательства о публичных мероприятиях повлекло причинение вреда здоровью граждан, имуществу физических и юридических лиц или наступление иных подобных последствий. Поэтому применение такого строгого вида наказания является оправданным.

Так же как и по вопросу сроков давности привлечения к административной ответственности за нарушение законодательства о публичных мероприятиях, мы считаем необоснованным чересчур пристальное внимание государства к рассматриваемой группе отношений, поскольку это в итоге плохо влияет на развитие институтов гражданского общества.

Назначение штрафа за нарушение законодательства о публичных мероприятиях ниже низшего предела. Помимо предыдущего вопроса о размерах административного наказания за нарушение законодательства о публичных мероприятиях Конституционный Суд в том же деле по запросу депутатов Государственной Думы и жалобе гражданина Э.В. Савенко, указал, что отсутствие возможности установления штрафа ниже низшего предела создает условия для чрезмерного ограничения собственности граждан, поскольку законодательство предусматривает чересчур большой размер минимального штрафа.

Суд предписал, что впредь до внесения в КоАП надлежащих изменений размер административного штрафа, назначаемого за указанные административные правонарушения гражданам и должностным лицам, может быть снижен судом ниже установленного низшего предела⁴⁴.

⁴² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 05.02.2018 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 07 января 2002 г. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁴³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁴⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации 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,

Как указано в Определении Конституционного Суда от 04.04.2013 г. в деле по жалобе гражданина А.А. Навального на нарушение его конституционных прав положениями ч. 1 ст. 3.5 и ч. 2 ст. 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁴⁵, минимальные штрафы за нарушение законодательства о публичных мероприятиях нередко превосходят уровень среднемесячной заработной платы граждан и должностных лиц.

Данная позиция Конституционного Суда является прогрессивной. Возможность снижения административного штрафа ниже низшего предела позволит отчасти компенсировать чересчур высокие, по нашему мнению, меры ответственности за нарушение законодательства о публичных мероприятиях.

Уголовная ответственность за неоднократное нарушение законодательства о публичных мероприятиях. В соответствии со статьей 212 прим. 1 Уголовного кодекса РФ⁴⁶ предусматривается уголовная ответственность и наказание в виде лишения свободы сроком до пяти лет за неоднократное нарушение законодательства о публичных мероприятиях.

До проверки на конституционность данного законоположения ученые указывали, что для наличия объективной стороны в данном преступлении достаточно установления не менее трех фактов привлечения лица к административной ответственности по ст. 20.2 КоАП РФ⁴⁷ в течение предшествующих ста восьмидесяти дней (Vdovichenko, 2015b:127).

Гражданин И.Д. Дадин в 2017 г. обжаловал данную норму в части возможности привлечения к уголовной ответственности и назначения сурового наказания за нарушение установленного порядка организации или проведения публичного мероприятия, имеющих мирный характер, исключительно на основании неоднократности совершения правонарушений.

Также он жаловался, что данная норма допускает лишение свободы за действия, не повлекшие причинение вреда здоровью человека или имуществу и не создавшие угрозу безопасности населения и окружающей среды и не устанавливает дифференцированный подход к назначению уголовного наказания соответственно степени общественной опасности деяния и неблагоприятных последствий его совершения.

демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э.В. Савенко. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

⁴⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 05.02.2018 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 7 января 2002 г. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁴⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 19.02.2018 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации. 17 июня 1996 г. № 25. Ст. 2954.

⁴⁷ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 05.02.2018 г.) // Собрание законодательства РФ. 7 января 2002 г. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

Конституционный Суд отметил, что само повторное совершение административных правонарушений свидетельствует о недостаточности административно-правовых средств, что может рассматриваться в качестве конституционно значимой причины для криминализации таких деяний.

Однако Суд отметил, что если нарушение установленного порядка публичных мероприятий и привлечение к административной ответственности не менее трех раз в течение 180 дней имело формальный характер и не повлекло за собой наступление указанных негативных последствий, то такое нарушение не может рассматриваться как представляющее криминальную угрозу и угрозу общественной безопасности.

Уголовная ответственность может наступать только в случае, когда деяние повлекло за собой причинение вреда здоровью граждан, имуществу физических и юридических лиц, окружающей среде, общественному порядку, общественной безопасности или содержало реальную угрозу причинения такового.

Суд также подчеркнул, что избрание вида уголовного наказания и определение его размера должны быть обусловлены реальной степенью общественной опасности совершенного им деяния, что не подразумевает применение лишения свободы в случаях, когда нарушение установленного порядка организации и проведения публичного мероприятия не было сопряжено с утратой им мирного характера⁴⁸.

Данное решение Конституционного Суда позволило не привлекать к уголовной ответственности за формальные нарушения законодательства о публичных мероприятиях, что является благоприятным моментом для гарантии свободы собраний, поскольку до его принятия была беспрецедентно строгая уголовная ответственность.

V. Заключение

Проанализированная практика Конституционного Суда РФ является важной для дальнейшего совершенствования правовых механизмов реализации свободы собраний и для правильного применения норм законодательства о публичных мероприятиях. Подводя итог исследования, обобщим и отметим основные позиции Конституционного Суда РФ.

1. Относительно общих вопросов анализируемой группы правоотношений позиции Конституционного Суда РФ состоят в следующем: а) на сегодняшний день имеется тенденция к признанию свободы собраний дуалистическим пра-

⁴⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 февраля 2017 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений статьи 2121 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И.И. Дадина. Официальный интернет-портал правовой информации [Электронный ресурс]. Режим доступа: www.pravo.gov.ru/ (дата обращения: 12 февраля 2018 г.).

вом; б) субъекты РФ не могут устанавливать дополнительные ограничения свободы собраний, не предусмотренные федеральным законодательством о публичных мероприятиях; в) остается неразрешенным вопрос о компетенции Президента РФ устанавливать ограничения свободы собраний, не предусмотренные Федеральным законом № 54-ФЗ; г) происходит постепенный переход от уведомительного порядка свободы собраний к согласительному, с элементами разрешительного.

2. Относительно подготовки и организации публичных мероприятий Конституционный Суд РФ считает, что: а) запрет на проведение публичных мероприятий возле зданий судов является оправданным; б) запрещать проводить публичные мероприятия на земельных участках, прилегающих к объектам, возле которых нельзя проводить публичные мероприятия, возможно только после определения и установления границ таких земельных участков; в) запрет проведения публичных мероприятий в определенных местах в субъектах РФ может быть обжалован в суды общей юрисдикции; г) специально отведенные для публичных мероприятий места должны быть в каждом городском округе или муниципальном районе.

3. По вопросу подачи уведомления и его согласования Конституционный Суд РФ отметил, что: а) подать уведомление о публичном мероприятии можно в последний рабочий день перед праздниками, если сроки подачи уведомления полностью совпадают с такими праздниками; б) согласование места и времени публичного мероприятия не следует рассматривать в качестве разрешительного порядка; в) в решении органов публичной власти об отказе в согласовании публичного мероприятия должны быть указаны веские доводы о том, что проведение публичного мероприятия невозможно; г) если органы публичной власти не довели в установленный срок до организатора свои предложения об изменении места и времени публичного мероприятия, то оно считается согласованным.

4. Во время проведения публичных мероприятий Конституционный Суд указывает, что: а) не будет считаться массовым публичным мероприятием пикетирование, если, во-первых, к нему имеется повышенное внимание со стороны граждан; во-вторых, два независимых пикетчика высказываются по одному и тому же вопросу на близком друг от друга расстоянии; б) участникам публичного мероприятия можно скрывать лица, если это обусловлено погодными причинами или связано с выражением мнения; в) пикетирующий может отказаться от требования сотрудника правоохранительных органов о доставлении его в служебное помещение с целью защиты его жизни и здоровья, если ему ничего не угрожает.

5. Конституционный Суд сформировал практику относительно наступления ответственности субъектов публичных мероприятий, в частности: а) ответственность организатора за превышение количества участников публичного мероприятия, первоначально указанных в уведомлении, возможна только если доказана его вина в форме действия или бездействия; б) административная и

гражданско-правовая ответственность за причинение участниками вреда общественным интересам возможна только при наличии причинно-следственной связи между действиями и бездействием организатора и наступившими последствиями; в) уголовно-правовая ответственность за нарушение законодательства о публичных мероприятиях более двух раз подряд в течение ста восьмидесяти дней возможна, только если деяние повлекло за собой причинение вреда здоровью граждан, имуществу физических и юридических лиц, окружающей среде, общественному порядку, общественной безопасности.

Библиографический список / References

- Antropova, L.B., Kashirina, Y.P. (2013). Pravo grazhdan na provedenie publichnykh meropriyatij: ponyatie, sodержanie i perspektivy pravovogo regulirovaniya [The Right of Citizens to Conduct Public Events: the Concept, Content and Prospects of Legal Regulation]. *Teoriya nauki* [Theory of Science], (5), pp. 68–73. (in Russian).
Антропова Л.Б., Каширина Ю.П. Право граждан на проведение публичных мероприятий: понятие, содержание и перспективы правового регулирования // Теория науки. 2013. № 5. С. 68–73.
- Bachurin, A.G., Levin, P.N. Vozrast organizatora massovogo publichnogo meropriyatiya [The Age of the Organizer of a Mass Public Event]. *Mir nauki, kul'tury, obrazovaniya* [World of Science, Culture, Education], (1), pp. 239–241. (in Russian).
Бачурин А.Г., Левин П.Н. Возраст организатора массового публичного мероприятия // Мир науки, культуры, образования. 2015. № 1. С. 239–241.
- Evloev, I.M. (2013). Konstitutsionnoe pravo na svobodu sobranij i ego zakonodatel'nye ograničeniya [Constitutional Right to Freedom of Assembly and Its Legislative Limitations]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* [Constitutional and Municipal Law], (3), pp. 45–48. (in Russian).
Евлоев И.М. Конституционное право на свободу собраний и его законодательные ограничения // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 45–48.
- Gagloev, D.V. (2015). *Konstitutsionno-pravovoe regulirovanie instituta publichnye meropriyatij v Rossijskoj Federatsii i stranakh Evropy na sovremennom eh tape: sravnitel'no-pravovoe issledovanie* [Constitutional and Legal Regulation of the Institute of Public Events in the Russian Federation and European Countries at the Present Stage: Comparative Legal Research]. PhD. RUDN University, Moscow. (in Russian).
Гаглоев Д.В. Конституционно-правовое регулирование института публичные мероприятия в Российской Федерации и странах Европы на современном этапе: сравнительно-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Москва, РУДН, 2015. 256 с.
- Gavrilova, L.V., Ignatenko, V.V., Petrov, A.A. (2016). Zapret skryvat' litso na publichnom meropriyatii kak predmet nauchno-pravovogo ehkspertnogo issledovaniya [The Prohibition to Conceal a Person at a Public Event as an Object of Scientific and Legal Expert Research]. *Vestnik instituta zakonodatel'stva i pravovoj informatsii im. M.M. Speranskogo* [Bulletin of the M.M. Speransky Institute of Legislation and Legal Information], (3), pp. 53–63. (in Russian).
Гаврилова Л.В., Игнатенко В.В., Петров А.А. Запрет скрывать лицо на публичном мероприятии как предмет научно-правового экспертного исследования // Вестник

- института законодательства и правовой информации им. М.М. Сперанского. 2016. № 3. С. 53–63.
- Ivanov, A.O. (2013). Pravo vybora mesta provedeniya publichnykh meropriyatij: teoriya i praktika soglasovaniya [The Right to Choose the Venue for Public Events: Theory and Practice of Harmonization]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* [Constitutional and municipal law], (9), pp. 39–45. (in Russian).
Иванов А.О. Право выбора места проведения публичных мероприятий: теория и практика согласования // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 9. С. 39–45.
- Ivanov, A.O. (2014). Voprosy provedeniya religioznykh meropriyatij v svete zakonodatel'stva o publichnykh meropriyatiyakh [Issues of Holding Religious Events in the Light of the Legislation on Public Events]. *Leningradskij yuridicheskij zhurnal* [Leningrad Law Journal], (2), pp. 172–186. (in Russian).
Иванов А.О. Вопросы проведения религиозных мероприятий в свете законодательства о публичных мероприятиях // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 2. С. 172–186.
- Ivanov, A.O. (2015). *Predely ogranicheniya prava na publichnye meropriyatiya v Rossijskoj Federatsii* [Limits of Restriction of the Right to Public Events in the Russian Federation]. Ph.D. St. Petersburg State University. (in Russian).
Иванов А.О. Пределы ограничения права на публичные мероприятия в Российской Федерации : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Санкт-Петербург, 2015. 223 с.
- Kalinina, N.S. (2013). Sudebnaya praktika po delam ob administrativnykh pravonarusheniyakh za narushenie zakonodatel'stva o sobraniyakh mitingakh, demonstratsiyakh, shestviyakh i piketirovaniyakh [Judicial Practice in Cases of Administrative Violations for Violation of Legislation on Meetings of Rallies, Demonstrations, Marches and Pickets]. *Sovremennoe pravo* [Contemporary Law], (4), pp. 105–109. (in Russian).
Калинина Н.С. Судебная практика по делам об административных правонарушениях за нарушение законодательства о собраниях митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях // Современное право. 2013. № 4. С. 105–109.
- Khramova, T.M. (2014). Svoboda sobranij i ee ogranicheniya: obzor nedavnykh reshenij Konstitutsionnogo Suda Rossijskoj Federatsii [Freedom of Assembly and Its Limitations: a Review of Recent Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Pravo i praktika* [Law and Practice], (1), pp. 50–53. (in Russian).
Храмова Т.М. Свобода собраний и ее ограничения: обзор недавних решений Конституционного Суда Российской Федерации // Право и практика. 2014. № 1 (13). С. 50–53.
- Korepina, A.V. (2014). Osobennosti opredeleniya spetsial'no otvedyonnykh mest dlya provedeniya publichnykh meropriyatij [Features of the Definition of Specially Designated Places for Holding Public Events]. *Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kul'turologiya i iskusstvovedenie. Voprosy teorii i praktiki* [Historical, Philosophical, Political and Legal Sciences, Cultural Studies and Art History. Questions of Theory and Practice], 2(8), pp. 79–81. (in Russian).
Корепина А.В. Особенности определения специально отведенных мест для проведения публичных мероприятий // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2014. Т. 2. № 8. С. 79–81.
- Nudnenko, L.A. (2006). Problemy pravogo regulirovaniya konstitutsionnogo prava grazhdanina Rossii na publichnye meropriyatiya [Problems of the Right Regulation of the Constitutional Right of a Russian Citizen to Public Events]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo* [Constitutional and municipal law] (6), pp. 6–11. (in Russian).

- Худненко Л.А. Проблемы правового регулирования конституционного права граждан на России на публичные мероприятия // Конституционное и муниципальное право. 2006. № 6. С. 6–11.
- Prudentov, R.V. (2014). Imperativnoe regulirovanie, zaprety i sanktsii v konstitutsionnom prave: poslednie izmeneniya zakonodatel'stva o publicnykh meropriyatiyakh [Imperative Regulation, Prohibitions and Sanctions in the Constitutional Law: Recent Changes in the Legislation on Public Events]. *Yuridicheskij mir* [The Legal World], (11), pp. 62–66. (in Russian).
Прудентов Р.В. Императивное регулирование, запреты и санкции в конституционном праве: последние изменения законодательства о публичных мероприятиях // Юридический мир. 2014. № 11. С. 62–66.
- Sapargaliev, G.S. (ed.) (2006). *Konstitutsionnoe pravo Respubliki Kazakhstan. Akademicheskij kurs* [Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan. Academic Course]. Almaty: Juridical Literature Publ. (in Russian).
Конституционное право Республики Казахстан. Академический курс / под ред. Сапаргалиева Г.С. Алматы: Юридическая литература, 2006. 208 с.
- Simonova, S.V. (2016). Yuridicheskie ogranicheniya svobody sobranij: uvedomitel'nyj poryadok [Legal Restrictions on Freedom of Assembly: Notification Order]. *Vestnik Yaroslavskego gosudarstvennogo universiteta im. P.G. Demidova* [Bulletin of P.G. Demidov Yaroslavl State University], (1), pp. 61–64. (in Russian).
Симонова С.В. Юридические ограничения свободы собраний: уведомительный порядок // Вестник Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова. 2016. № 1. С. 61–64.
- Skuratov, Yu.I. (1989). Svoboda sobranij, mitingov i demonstratsij: teoriya i praktika [Freedom of Assembly, Rallies and Demonstrations: Theory and Practice]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [Soviet State and Law], (7), pp. 36–42. (in Russian).
Скуратов Ю.И. Свобода собраний, митингов и демонстраций: теория и практика // Советское государство и право. 1989. № 7. С. 36–42.
- Taribo, E.V. (2009). Problemy realizatsii konstitutsionnogo prava sobirat'sya mirno, bez oruzhiya (kommentarij k opredeleniyu KS RF ot 2 aprelya 2009 № 484-O-P) [Problems of the Implementation of the Constitutional Right to Assembly Peacefully, Without Weapons (Commentary to the Definition of the RF Constitutional Court of April 2, 2009 No. 484-O-P)]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya* [Journal of Constitutional Justice], (6), pp. 24–28. (in Russian).
Тарибо Е.В. Проблемы реализации конституционного права собираться мирно, без оружия (комментарий к определению КС РФ от 2 апреля 2009 № 484-О-П) // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 6. С. 24–28.
- Vdovichenko, K.G. (2015a). Vospreyatstvovanie provedeniyu publicnogo massovogo meropriyatiya i prinuzhdenie k uchastiyu v nem (stat'ya 149 Ugolovnogo kodeksa Rossijskoj Federatsii) [Obstruction of Holding a Public Mass Event and Coercion to Participate in It (Article 149 of the Criminal Code of the Russian Federation)]. *Vestnik Krasnodarskogo universiteta MVD Rossii* [Bulletin of the Krasnodar University of the Ministry of Internal Affairs of Russia], (1), pp. 42–44. (in Russian).
Вдовиченко К.Г. Воспрепятствование проведению публичного массового мероприятия и принуждение к участию в нем (статья 149 Уголовного кодекса Российской Федерации) // Вестник Краснодарского университета МВД России. 2015. № 1. С. 42–44.
- Vdovichenko, K.G. (2015b). Ugolovnaya otvetstvennost' za neodnokratnoe narushenie ustanovlennogo poryadka organizatsii libo provedeniya sobraniya, mitinga, demonstratsii, shestviya ili piketirovaniya [Criminal Responsibility for the Repeated Violation of the Established Order of Organizing or Holding a Meeting, Rally, Demonstration, Procession or

Picketing]. *Obshchestvo i pravo* [Society and Law], (1), pp. 124–128. (in Russian).

Вдовиченко К.Г. Уголовная ответственность за неоднократное нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования // *Общество и право*. 2015. № 1. С. 124–128.

Vyshkvartsev, V.V. (2013). Realizatsiya svobody sobranij: teoreticheskie i prakticheskie sovety [Realization of Freedom of Assembly: Theoretical and Practical Advice]. *Vestnik Mezhdunarodnogo instituta ehkonomiki i prava* [Bulletin of the International Institute of Economics and Law], (2), pp. 78–87. (in Russian).

Вышкварцев В.В. Реализация свободы собраний: теоретические и практические советы // *Вестник Международного института экономики и права*. 2013. № 2. С. 78–87.

Сведения об авторе

Колмаков Станислав Юрьевич — ассистент, кафедры международного права, Бурятский государственный университет

ORCID ID: 0000-0002-6787-8710

Контактная информация:

e-mail: kolmakov_stanislav@bk.ru

Для цитирования:

Колмаков С.Ю. Свобода собраний в практике Конституционного Суда Российской Федерации // *Вестник Российского университета дружбы народов*. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 215–248. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-215-248.

Дата поступления в редакцию: 5 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

FREEDOM OF ASSEMBLY IN PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

Stanislav Yu. Kolmakov

Buryat State University

Department of International Law

24 "A", Smolina str., Ulan-Ude, Russia, 670000

Freedom of assembly is a complex institution of human rights containing norms, both legislative acts and mandatory prescriptions of the highest bodies of the judiciary, primarily the Constitutional Court of the Russian Federation. Since the adoption of the Federal Law No. 54-FZ of June 19, 2004, "On Meetings, Rallies, Demonstrations, Processions and Picketing," the Constitutional Court of the Russian Federation has issued about two dozen different decisions on the most important issues for public life in organizing and holding public events. Analysis of these decisions is an actual problem, since without their understanding and systematization it is difficult to regulate social relations related to such a fundamental political right as freedom of assembly. This article is devoted to the analysis and systematization of the entire practice of the Constitutional Court of the Russian Federation on freedom of assembly. To date, there are some works devoted to the analysis of some decisions of constitutional court

proceedings. The most complex overview of them is an article by T.M. Khramova in which the decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation for the period 2012–2013 on the verification of the compliance of the Constitution with legislative acts that toughen the freedom of assembly after the protest demonstrations of 2011–2012 are analyzed. In the present work eighteen definitions and decisions for the period from 2003 to 2017 on various aspects of freedom of assembly were analyzed. In particular, issues such as: the duality of freedom of assembly; restriction of freedom of assembly at the level of the constituent entities of the Russian Federation and restriction by regulatory legal acts of the President of the Russian Federation; ban on holding public events in certain places; specially designated places for public events; giving notice of a public event on public holidays; coordination of the time and place of the public event; regulation of picketing; prohibition of preliminary agitation of a public event prior to its approval; concealment by participants of their persons at public events; stop picketing by delivering to the police station to protect against the threat to life and health; responsibility for participation in an unsanctioned rally; prohibition to be the organizers of public events for persons who have committed separate offenses or crimes; responsibility of the organizer for exceeding the number of participants indicated in the notification for holding a public event; administrative and civil liability of the organizer of a public event for the harm caused by the participants; the limitation period for bringing to administrative responsibility for violation of legislation on public events; the amount of administrative fines and penalties for violation of legislation on public events; the imposition of a fine for violation of legislation on public events below the lowest limit; criminal responsibility for the repeated violation of legislation on public events.

Key words: freedom of assembly; the right to public events; arbitrage practice; meeting; rallies; demonstrations; procession; picketing; the Constitutional Court of the Russian Federation

Information about the Author

Stanislav Yu. Kolmakov — Assistant, Department of International Law, Buryat State University

ORCID ID: 0000-0002-6787-8710

Contact information:

e-mail: kolmakov_stanislav@bk.ru

For citation:

Kolmakov, S.Yu. (2018). Freedom of Assembly in the Practice of the Constitutional Court of the Russian Federation. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 215–248. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-215-248.

Article received March 5, 2018

Article accepted April 15, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-249-268

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ СОВРЕМЕННЫХ ОРГАНОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ

Е.С. Орлова

Федеральное агентство по рыболовству
107006, Москва, Россия, ул. Рождественский бульвар, 12

Статья посвящена тенденциям развития современного международного права и органов международного правосудия. Актуальность статьи определяется глобализацией современного мира, где государства взаимодействуют на всех уровнях: политическом, экономическом, торговом, образовательном и др.

Благодаря тесному взаимодействию неизбежно возникают конфликты и споры между государствами, между государствами, юридическими и физическими лицами; между юридическими и физическими лицами разных государств, которые требуют разрешения на международном уровне. Увеличение количества международных контактов на всех уровнях ведет к увеличению конфликтов между участниками и, соответственно, увеличению количества международных судебных процессов. Особая роль в решении проблем мирного урегулирования международных конфликтов принадлежит международному праву и органам международного правосудия.

Современный этап развития международного права характеризуется определенными тенденциями развития. Основными тенденциями развития современного международного права является его диверсификация и фрагментация, следствием которых является пролиферация международных судебных органов.

Главным позитивными моментами основных тенденций в области международного права является усиление главенства права в международных отношениях. Происходит постоянное сокращение сфер международных отношений, не охваченных действием международного права.

Основным негативным моментом современных тенденций в области международного правосудия является возможность множественного толкования международного права, особенно это касается региональных судов, а также связанное с этим увеличение риска вынесения противоречивых, иногда несовместимых решений разными международными судебными органами.

К негативным последствиям относится также возможность поиска подходящего суда, что приводит к созданию юридического конфликта, к затягиванию рассмотрения дела, к проблемам с признанием органов международного правосудия, их юрисдикции, к неисполнению решений судов. В целом это приводит к снижению эффективности деятельности международных судов.

Основными задачами современного международного права является преодоление или смягчение конфликтов юрисдикций различных международных судебных органов, а также формирование совокупности устойчивых соответствий между международными судами и обязательностью выполнения их решений.

Большую роль для преодоления противоречий в области международного права и в деятельности органов международного правосудия играют исследования ведущих российских и иностранных юристов, специалистов в данной области. В своих работах ученые отмечают, что современные тенденции развития (диверсификация, фрагментация, пролиферация, императиви-

зация) представляют собой объективные явления, обусловленные развитием плюрализма современного мира.

Ключевые слова: международное право; международное правосудие; международные судебные органы; диверсификация; фрагментация; пролиферация

І. Введение

Органы международного правосудия, способствующие мирному урегулированию международных споров. Актуальной проблемой в настоящее время является проблема повышения эффективности работы международных судебных органов. Их большое количество, отсутствие иерархии между ними, возможность различных толкований международно-правовых норм и принципов судьями, служащими в разных органах международного правосудия, имеет следствием возникновение конфликтов юрисдикций различных международных судебных органов и вынесение не соответствующих друг другу решений по одним и тем же вопросам международного права.

Преодоление или максимальное смягчение конфликтов юрисдикций является одной из основных задач, которая должна быть решена в процессе развития международного права и органов международного правосудия.

Актуальной проблемой также является аспект обеспечения независимости и беспристрастности судей международных судебных органов.

В целом проблемы, связанные с деятельностью международных судебных органов, всегда будут актуальны потому, что согласно п. 1 ст. 38 Статута Международного суда ООН судебные решения являются вспомогательным средством для определения правовой нормы¹, т.е. вспомогательным источником международного права.

Целью нашего исследования является анализ российских и зарубежных источников, касающихся современных органов международного правосудия, и рассмотрение тенденций развития международного права и международных судебных органов.

Для реализации данной цели нами решаются следующие задачи:

- проанализировать теоретико-правовые основы деятельности современных органов международного правосудия;
- определить основные тенденции развития современных органов международного права.

Для решения поставленной цели и задач нами были проанализированы официальные сайты Международного суда ООН, Европейского Суда по правам человека, Суда Евразийского экономического союза, Экономического суда

¹ Статут Международного Суда ООН [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.un.org/ru/icj/statut> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

СНГ, Международного трибунала по морскому праву, исследованы международные нормативно-правовые документы, а также изучены научные работы ведущих российских и зарубежных специалистов в области международного права.

II. Современный этап в развитии органов международного правосудия

Направление в науке международного права, занимающееся изучением проблем и перспектив международного правосудия. В настоящее время в науке международного права формируется направление, занимающееся изучением проблем и перспектив международного правосудия. Данные проблемы исследуют как зарубежные, так и российские ученые-правоведы.

Среди современных зарубежных ученых выделяют Ч. Амерасинге (Amerasinghe, Ch.F.), Д. Террис Д. (Terris, D.), Ч. Романо (Romano, C.), Л. Свигарт (Swigart, L.), К.Д. Аскин (Askin, K.D.), Н. Лавранос (Lavranos, N.), Дж. Бихлер (Biehler, G.), Р. Хиггинс (Higgins, R), П.-М. Дюпуи (Dupuy, P.-M.), Ю. Шени (Shany, Yu.), Г. Хафнер (Hafner, G.), Дж. Чарни (Charney, J.I.), Дж.К. Альтер (Alter, J.I.), Ж. Гийом (Guillaume, G.).

Сегодня в России международным правосудием занимается большое количество ученых таких выдающихся юридических школ, как Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Московский государственный юридический университет (МГЮА им. О.Е. Кутафина), Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова, Московский государственный институт (университет) международных отношений МИД России (МГИМО МИД России), Российский университет дружбы народов (РУДН) и т.д.

Среди российских ученых-правоведов, активно работающих в настоящее время в области международного правосудия, можно выделить А.Х. Абашидзе, Л.П. Ануфриеву, К.А. Бекашева, А.Н. Вылегжанина, А.С. Исполинова, А.Я. Капустина, Ю.А. Тихомирова, Т.Я. Хабриеву, Г.Г. Шинкарецкую и других.

Интересными, на наш взгляд, являются работы таких исследователей, как В.Л. Толстых, А.М. Солнцев, А.С. Смбатян, посвященные органам международного правосудия, и других.

Анализ работ российских и зарубежных ученых, занимающихся международным правом и органами международного правосудия, позволяет сделать вывод о том, что своими исследованиями они вносят большой вклад в развитие международного права и органов международного правосудия.

Современные органы международного правосудия как гаранты разрешения международных споров мирными средствами. В соответствии со ст. 33 Устава ООН единственными возможными средствами решения межгосударственных споров являются мирные средства, а именно: переговоры, обследо-

ния, посредничество, примирение, обращения к региональным органам или соглашениям, а также арбитраж и судебное разбирательство².

Правовой основой функционирования мирных способов урегулирования межгосударственных споров является один из принципов *jus cogens* — принцип разрешения международных споров мирными средствами. Данный принцип как один из общепризнанных принципов международного права закреплен не только в таком важнейшем международном правовом документе, как Устав ООН, но также в таких основополагающих международно-правовых актах, как Декларация о принципах международного права 1970 г.³, Заключительный акт СБСЕ 1975 г.⁴ и др.

В соответствии с принципом разрешения международных споров мирными средствами «каждое государство разрешает свои международные споры с другими государствами мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость»⁵. В целях реализации данного принципа в настоящее время успешно функционируют органы международного правосудия.

Органы международного правосудия появились в конце XIX — начале XX в. Современный этап их развития начался на рубеже XX–XXI вв., поскольку в этот период произошло много важных событий в развитии органов международного правосудия: созданы новые международные специализированные суды, например, Международный трибунал по морскому праву (МТМП), Орган по разрешению споров Всемирной торговой организации (ОРС ВТО); созданы международные уголовные суды второго и третьего поколения, смешанные международные суды, в состав которых, кроме национальных судей, входят международные судьи, например трибуналы по бывшей Югославии (МТБЮ) и Руанде (МТР), Международный уголовный суд (МУС); организованы новые региональные международные суды, например, Экономический суд СНГ (Суд СНГ), Суд Евразийского экономического союза (Суд ЕАЭС); реформированы некоторые международные суды, например, Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) и т.п. (Orlova, 2017:338–340).

² Устав Организации Объединенных Наций [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.un.org/ru/sections/un-charter/chapter-vi/index.html> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

³ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, от 24 октября 1970 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principle (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

⁴ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 года [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://constitutions.ru/?p=5904> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

⁵ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, от 24 октября 1970 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principle (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

В настоящее время в мире функционирует большое количество органов международного правосудия, включающих в свой состав судебные, квазисудебные и арбитражные органы (суды, трибуналы, палаты, арбитражи и др.), основной функцией которых является урегулирование международных споров (Smbatyan, 2017).

Современный этап развития международного права и международной системы правосудия характеризуется такими тенденциями развития, как диверсификация, фрагментация международного права, пролиферация международных судебных органов и императивизация решений международных судов.

Выделяя основные тенденции развития международного права и международных органов правосудия, российские и иностранные исследователи констатируют их объективный характер и обусловленность их возникновения плюрализмом современного мира.

III. Тенденции развития современного международного права

Диверсификация взаимоотношений международных судебных органов. Диверсификация (лат. *diversification* — разнообразие, изменение) представляет собой самоорганизационный процесс увеличения разнообразия в определенной локальной области более широкого целого. Диверсификация предполагает разрастание норм и принципов международного права, различные толкования международных правовых норм и принципов. Диверсификация в международном праве предполагает увеличение разнообразия, расширение, качественное изменение взаимоотношений международных судебных органов, вызванное изменениями, происходящими в международном праве.

Диверсификация определяется разрастанием различных аспектов международного права, таких, как «морское право», «право интеллектуальной собственности», «экологическое право» и т.п., формирующихся благодаря появлению новых сфер жизни, требующих правового обеспечения, и международному взаимодействию в данных областях.

Диверсификация по отраслям международного права, углубляющаяся специализация требует все большего объема специальных знаний. Диверсификация международного права в полной мере присуща и органам международного правосудия, поскольку необходимым становится создание специализированных органов международного правосудия, обладающих узкими специалистами в определенных отраслях знаний.

Диверсификация обусловлена наличием большого числа международных судебных учреждений, отсутствием иерархии среди них, их децентрализованностью, возможностью различных толкований международно-правовых норм и принципов судьями, служащими в разных органах международного правосудия. Она определяется невозможностью существования единого международного законодательного органа, обеспечивающего единство международного права.

К факторам, обуславливающим диверсификацию международного права, относится также неоднородность международных судебных органов, включающих в свой состав универсальные, региональные и другие международные судебные органы.

По мнению исследователей, диверсификация международного права, его децентрализованность, наличие большого числа органов международного правосудия, возможность выражения международными судьями и арбитрами различных мнений в отношении толкования международно-правовых норм и принципов способствуют развитию права, его адаптации к меняющимся условиям международной жизни (Smbatyan, 2017).

Согласно Докладу Комиссии по международному праву ООН негативным моментом диверсификации международного права и органов международного правосудия является риск возникновения противоречий между различными правовыми нормами, а также создание условий для вынужденного выполнения государством взаимоисключающих обязательств. Поскольку выполнить все обязательства они не в состоянии, на них неизбежно ложится соответствующая ответственность государств⁶.

Однако следует отметить, что диверсификация является объективным явлением. Так, в части Доклада Комиссии по международному праву ООН от 2006 г. «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права» констатируется, что отклонения от общих принципов права «отражают разные цели и предпочтения субъектов плюралистического (глобального) общества. В условиях социальной неоднородности бессмысленно настаивать на формальном единстве. Право, которое не отражает сложившихся различий между фактическими ситуациями или между интересами и ценностями, которые представляются актуальными в конкретных ситуациях либо проблемных областях, было бы совершенно неприемлемым, утопичным и авторитарным одновременно»⁷.

⁶ Доклад Комиссии международного права ООН. 52-я сессия. Приложение. Хафнер Г. Риск фрагментации международного права. 2000. С. 369 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf>. (дата обращения: 10 апреля 2018 г.). Работа была сделана в свете Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года. Доклад являлся результатом осмысления беспрецедентного увеличения количества органов международного правосудия в конце XX–XXI вв. и обеспокоенностью авторов доклада по поводу рисков возникновения конфликтов юрисдикций различных международных судебных органов, а также опасности вынесения не соответствующих друг другу решений по одним и тем же вопросам международного права.

⁷ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Ch. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml (дата обращения: 10 апреля 2018 г.); Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права. Гл. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

Таким образом, можно констатировать, что диверсификация соответствует духу времени и отражает плюрализм современного мира. Позитивным моментом диверсификации является усиление главенства права в международных отношениях. Происходит постоянное сокращение сфер международных отношений, не охваченных действием международного права. Диверсификация способствует развитию права, его адаптации к меняющимся условиям международной жизни.

Следствием диверсификации международного права является фрагментация.

Фрагментация современного международного права. Одной из основных тенденций развития современного международного права является его фрагментация, т.е. дробление. Исследователями фрагментации международного права выявлено семь направлений, определяющих его развитие: 1) диверсификация судов, применяющих международное право; 2) увеличение и потенциальный конфликт правовых норм; 3) увеличение возможностей доступа иных, нежели государства, лиц в органы международного правосудия; 4) различия между юрисдикцией и применимым правом органов международного правосудия; 5) стремительное развитие межсудейского диалога; 6) слияние процедуры и традиции в судах и правовых системах; 7) формирование смешанных судов, объединяющих национальные и международные элементы (Burke-White, 2004:965).

Выделяются три типа коллизий и отмечается, что фрагментация проявляется по-разному в каждом из этих типов: а) коллизии между нормами общего права и частным, нетрадиционным толкованием общего права; б) коллизии между нормами общего права и частной нормой, которая претендует на существование в качестве исключения из общего права; в) коллизии между нормами двух типов специального права (Smbatyan, 2017).

Базовыми причинами правового характера, усиливающими фрагментацию системы международного права, являются: отсутствие централизованных институтов, обеспечивающих однородность и соответствие правовых норм; возможность параллельного регулирования одной и той же проблемы на универсальном и региональном уровнях; конкуренция норм, связанная с расщеплением международного права по отраслям, специализациям⁸.

Международное право стало расширяться и охватывать разные сферы международной деятельности. Новые отрасли права не являются случайными:

⁸ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Ch. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml (дата обращения: 10 апреля 2018 г.); Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права. Пар. 242 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

они отвечают новым техническим и функциональным требованиям времени. Например, появление торгового права отвечает растущим торговым связям между государствами, экологическое право является ответом на озабоченность человечества состоянием окружающей среды.

Однако выделение в рамках системы международного права чрезмерного количества отраслей, согласно исследованиям фрагментации международного права, не всегда научно обосновано, на практике приводит к разрушению целостности системы международного права и отражается на ее эффективности как регулятора международных правоотношений (Kislitsyna, 2010).

Согласно Докладу Комиссии по международному праву ООН, расширение происходит некоординированно, в рамках конкретных региональных или функциональных групп государств. Основное внимание уделяется решению конкретных проблем, а не достижению общего регулирования по типу правового. Это отражает то, что социологи называют «функциональной дифференциацией», то есть усиление специализации частей общества и связанную с этим автономизацию этих частей⁹.

Основным негативным моментом фрагментации, по мнению исследователей, является разрушение системы международного права (Kislitsyna, 2010; Smbatyan, 2017). Разрушение системы международного права выражается потерей таких свойств системы, как: 1) иерархичность, структурированность основных элементов системы; 2) потерей элементами системы способности к взаимодействию, что приводит к образованию автономных режимов и возникновению двойных стандартов; 3) потеря согласованности элементов системы в урегулировании различных проблем, касающихся международного права. Фрагментация также имеет негативное влияние на дальнейшее развитие науки и практики международного права (Kislitsyna, 2010).

По мнению Комиссии, негативным моментом фрагментации является то, что она сопряжена с «опасностью появления коллидирующих и взаимоисключающих норм, принципов, систем норм и институциональной практики»¹⁰.

Положительным моментом фрагментации является усиление господства права в международных отношениях, распространение международно-

⁹ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Ch. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml (дата обращения: 10 апреля 2018 г.); Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права. Гл. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

¹⁰ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Ch. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml (дата обращения: 10 апреля 2018 г.); Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права. Пар. 242 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

правового регулирования на новые области и связанную с этим диверсификацию его предметов и методов¹¹.

В части Доклада Комиссии ООН, посвященной фрагментации международного права, констатируется, что фрагментация и диверсификация носят объективный характер, имеют как позитивную, так и негативную стороны. Хотя фрагментация может создавать проблемы, они «не так уже новы и не носят такого характера, чтобы их нельзя было решить при помощи методов, которыми юристы-международники пользуются для устранения коллизий норм, возникших и в прошлом»¹².

О невозможности фрагментации международного права справедливо пишет А.-Ш. Мартино, которая отрицает системность международного права (Martineau, 2005).

Мы также согласны с Р.А. Колодкиным, который пишет о неопасности фрагментации для органов международного правосудия (Kolodkin, 2005), поскольку органы международного правосудия независимы друг от друга, среди них отсутствует иерархия. Мы также считаем, что невозможно разделить то, что не является единым целым.

Пролиферация международных судебных органов. Одним из основных признаков фрагментации международного права является пролиферация (лат. *proles* — потомство, *ferre* — нести) международных судебных органов, т.е. их умножение, разрастание, рост числа международных судов, сопровождаемый качественными изменениями в международном праве (Tolstykh, 2009).

Некоторые исследователи считают, что в настоящее время существует примерно 30 международных правовых судебных органов, включая третейские, гибридные и административные суды (Tolstykh, 2010). По мнению Дж.К. Алтера, существует 25 международных судов, при этом 21 из 25 существующих на данный момент международных судов обладает четко установленной обязательной юрисдикцией (Alter, 2011).

Г.Г. Шинкарецкая выделяет до 50 подобных учреждений (Shinkaretskaya, 2009). Английские специалисты по международному праву Д. Тэррис, Ч. Романо и Л. Свигарт полагают, что существует только 17 международных органов, соответствующих пяти признакам международного суда, а именно: постоянный характер; учреждение на основе международно-правового инструмента; применение международного права; использование процессуальных норм, которые

¹¹ Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Ch. 12 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml (дата обращения: 10 апреля 2018 г.); Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением охвата международного права. Пар. 242 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

¹² Там же.

существуют до начала разбирательства и не могут быть изменены сторонами; вынесение обязывающих решений (Terris, Romano; Swigart, 2007).

По авторитетному мнению Ч. Романо, увеличение международных судебных органов может быть приписано в значительной степени распространению международного права на области, которые либо попадали исключительно под внутреннюю юрисдикцию государств (например, уголовное правосудие), либо не являлись объектом многостороннего регулирования (например, международная торговля услугами), либо просто были *vacuna legis* (например, природные ресурсы открытых морей либо общее наследие человечества). Объяснимое таким образом количественное увеличение органов международного правосудия является выражением усиления нормативного регулирования в рамках международной правовой системы (Romano, 1999).

Ю. Шени объясняет пролиферацию органов международного правосудия пятью причинами: 1) рост удельного веса международных норм, которые требуют, соответственно, наличия совершенных институтов разрешения споров; 2) приверженность верховенству права в международных отношениях; 3) окончание холодной войны, свидетельствующее о снижении международной напряженности, которая мешала более широкому использованию международных процедур по разбирательству споров; 4) позитивный опыт деятельности международных судов и трибуналов вдохновил государства на создание других подобных органов; 5) осознание того факта, что Международный суд ООН не подходит для урегулирования всех видов споров, будь то региональных, торговых и связанных с инвестициями или касающихся прав человека, побудило государства создать новые органы по разрешению споров (Shany, 2003).

По мнению П.-М. Дюпуи, увеличение количества органов международного правосудия расширяет возможности рассмотрения международных споров в судебном порядке, что способствует процессу объективизации международного права, поскольку оно все меньше и меньше характеризуется самооценкой законности со стороны его субъектов и создателей — суверенных государств (Dupuy, 1999).

Положительным результатом пролиферации является децентрализация отдельных проблем, конкуренция юрисдикций, возможность рассмотрения дел узкоспециализированными судами, состоящими из экспертов по конкретным проблемам. По мнению Р. Хиггинс, подобные суды являются более открытыми для негосударственных участников процесса и имеют возможность быстрее рассматривать дела (Higgins, 2001).

Негативным моментом пролиферации является увеличение риска вынесения противоречивых, иногда несовместимых, решений разными органами международного правосудия, что создает угрозу фрагментации международного права.

Другим негативным моментом пролиферации является возможность поиска подходящего суда, так называемого «удобного суда», в англоязычной лите-

ратуре имеющего название «forum shopping». Суть его заключается в том, что каждый член судебного процесса ищет для себя наиболее выигрышный международный судебный орган (Helfer, 1999).

Это приводит к созданию юридического конфликта, к затягиванию рассмотрения дела, к проблемам с признанием органов международного правосудия, их юрисдикции, к неисполнению решений судов. В общей сложности это приводит к снижению эффективности деятельности международных судов.

Выходом из сложившейся ситуации, по мнению ряда исследователей, является создание иерархии органов международного правосудия. Данная идея заимствована из внутрисударственной системы судопроизводства.

Некоторые исследователи считают, что контролирующие функции может выполнять Международный суд ООН, который и в настоящее время наделен наибольшими полномочиями. Они предлагают наделить Международный суд ООН дополнительными функциями: функцией рассмотрения апелляций в отношении решений, вынесенных другими органами международного правосудия в целях избежания юридических конфликтов (Lavranos, 2008a; Lavranos, 2008b), а также консультативной функцией по сложным проблемам международного права для обеспечения единообразия при толковании и применении норм международного права¹³.

Некоторые исследователи считают, что Международный Суд ООН должен быть наделен теми же функциями, что и Суд Европейского Союза, который, в соответствии со ст. 267 Договора о функционировании Европейского Союза, дает возможность юрисдикционным органам государств — членов ЕС обращаться с консультационным запросом в Суд Европейского Союза, если в процессе рассмотрения дел они сталкиваются с трудностями при толковании или применении права ЕС, обеспечивая единство права государств, входящих в ЕС.

Другие исследователи предлагают преодолевать юридические конфликты через учреждение нового международного органа Генеральной Ассамблеи ООН, который, благодаря предоставленным ему руководящим полномочиям, смог бы обеспечить единообразие практики разрешения споров и, соответственно, единство международного права (Venpouna, 1983; Smbatyan, 2017).

Однако высказанные предложения по решению данной проблемы вряд ли можно реализовать в ближайшее время, поскольку для этого требуются политическая воля и действия со стороны государств — членов ООН по внесению изменений в Устав ООН.

¹³ Speech by His Excellency Judge Gilbert Guillaume, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations: The proliferation of international judicial bodies: The outlook for the international legal order (27 October 2000) [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=85&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

Некоторые исследователи международной системы правосудия считают утопичной идею создания иерархии среди международных судебных органов. Так, Дж. Чарни пишет, если государства предпочитают систему, включающую различные механизмы урегулирования международных споров независимыми органами, то международное сообщество не создаст и не может создать такую иерархию органов международного правосудия, которая во главе международного права поставит Международный суд либо иной суд в качестве «Высшего суда международного права» (Charney, 1999).

Некоторые исследователи видят выход из создавшегося положения в уменьшении количества дел, рассматриваемых международными судебными органами (Shany, 2003).

По мнению части исследователей, в ближайшее время количество органов международного правосудия не будет увеличиваться, темпы роста органов международного правосудия замедлятся (Smbatyan, 2017).

По нашему мнению и мнению некоторых исследователей, количество международных судов будет увеличиваться и дальше. В настоящее время создание новой региональной международной организации, как правило, влечет за собой создание в ее рамках международного суда. Имеются предложения по созданию все новых судов/трибуналов, например, Международного суда по правам человека (*International Human Rights Court*); Международного экологического суда (*International Court for the Environment*); Международного трибунала по займам (*International Loans Tribunal*); Межамериканского суда (*Inter-American Court of Justice*); Международного исламского суда (*International Islamic Court of Justice*); Арабского суда (*Arab Court of Justice*) (Biehler, 2008; Koneva, 2017).

Благодаря диверсификации, фрагментации и пролиферации международного права все большее количество сфер международной деятельности охвачено международным правом. Если раньше международное право больше исполняло функции регулирования формальной дипломатии, то с середины XX в. оно стало выполнять в международных отношениях собственно правовые функции.

Таким образом, можно сделать вывод, что пролиферация отвечает современным реалиям международной жизни. В настоящее время практически нет сфер, в которых не осуществлялось бы сотрудничество государств. Более того, на международной арене широко представлены негосударственные участники: юридические лица (коммерческие и некоммерческие неправительственные организации), физические лица. Благодаря этому пролиферацию можно расценивать как адекватную реакцию на фундаментальные перемены в системе международного взаимодействия.

Пролиферация международного правосудия, с одной стороны, усугубляет фрагментационные риски, в частности, риск юрисдикционных конфликтов, с другой стороны, вынуждает международные судебные органы искать способы взаимодействия между собой. Международные судебные органы заинтересованы в исполнении своих решений, в императивизации. Качественное изменение

международной судебной системы характеризуется не только пролиферацией, фрагментацией и императивизацией, но и поиском международными судами возможностей сотрудничества в форме диалога посредством учета международным судом практики других судов по схожим вопросам при вынесении решений.

Императивизация решений международных судебных органов. Императивизация¹⁴ решений международных судебных органов заключается в повышении числа возможностей международных судебных органов по созданию условий для обязательного выполнения решений международных судов без обязательного согласия государств. Ч. Романо называет данное явление сдвигом к обязательной парадигме в международном правосудии (Burke-White, 2004).

Императивный характер для всех государств имеют лишь ограниченное количество фундаментальных, системообразующих принципов международного права — принципов *jus cogens*. Только небольшая часть международных договорных норм и принципов обязательна для всех членом международного сообщества. Большинство норм и принципов имеют диспозитивный характер.

Императивизация реализуется следующими способами:

– обязательное выполнение решений того или иного суда заложено в договоре о членстве государства в определенной организации. Так, членство в Совете Европы предполагает признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека и обязательное выполнение решений ЕСПЧ. Обязательным условием членства в ВТО для большинства стран является признание юрисдикции и выполнение решений Органа по разрешению споров ВТО (ОРС ВТО);

– международный судебный орган создает практику выполнения своих решений, хотя формально это не является обязательным условием. Так, например, поступает Международный суд ООН, хотя ст. 36 Статута Международного суда ООН гласит, что рассмотрение Судом дел возможно лишь на основании соглашения сторон о передаче конкретного дела в Суд, либо при включении в международный договор положения о том, что споры, возникающие из данного договора, будут рассматриваться Международным судом ООН, либо через признание его юрисдикции *ipso facto*;

– создаются обеспечительные меры по выполнению решений международных судов. Так, обеспечительные меры применяются Международным судом ООН до начала слушания и до установления им юрисдикции в деле.

Таким образом, на современном этапе императивизация решений органов международного правосудия является одной из важнейших проблем международного права и общей тенденцией развития международного правосудия.

¹⁴ Термин «императивизация» редко используется российскими юристами, он больше популярен у зарубежных исследователей.

IV. Заключение

Таким образом, проанализировав официальные сайты международных организаций, международные нормативно-правовые документы, исследования, касающиеся системы международного правосудия, на русском и иностранных языках, мы пришли к следующим выводам.

В науке международного права формируется отдельное направление, занимающееся изучением проблем и перспектив международного правосудия. Своими работами российские и зарубежные ученые вносят большой вклад в развитие международного права и системы органов международного правосудия.

Современный этап в развитии органов международного правосудия начался на рубеже XX–XXI вв., когда появились международные уголовные суды второго и третьего поколения, а также новые региональные международные суды, когда реформированы некоторые международные суды. В это время произошли количественные и качественные изменения в системе международного права и органов международного правосудия.

Основными тенденциями развития современного международного права является его диверсификация и фрагментация, следствием которых является пролиферация международных судебных органов. Следствием пролиферации, в свою очередь, является формирование совокупности устойчивых соответствий между международными судами и обязательностью выполнения их решений, т.е. императивизация, поскольку международные судебные органы заинтересованы в исполнении своих решений.

Основные тенденции развития международного права и органов международного правосудия имеют негативные черты, прежде всего это: возникновение противоречий между различными правовыми нормами, а также увеличение риска вынесения противоречивых, иногда несовместимых, решений разными международными судебными органами, которые имеют следствием невыполнение сторонами конфликта международных обязательств.

Основными задачами современного международного права является преодоление или смягчение конфликтов юрисдикций различных международных судебных органов, а также формирование совокупности устойчивых соответствий между международными судами и обязательностью выполнения их решений.

К важнейшим позитивным моментам основных тенденций развития международного права и международных судебных органов относятся: развитие права, его адаптации к меняющимся условиям международной жизни, а также усиление главенства права в международных отношениях. Происходит постоянное сокращение сфер международных отношений, не охваченных действием международного права.

Основные тенденции развития международного права и органов международного правосудия носят объективный характер и обусловлены плюрализмом современного мира.

Международные суды не образуют иерархичной системы. Каждый суд рассматривает споры между определенными субъектами на основе определенных международно-правовых норм права и международных договоров между участниками процесса.

Качественное изменение международной судебной системы характеризуется не только диверсификацией, пролиферацией, фрагментацией и императивизацией, но и поиском международными судами возможностей сотрудничества в форме диалога посредством учета международным судом практики других судов по схожим вопросам при вынесении решений.

Большое количество международных судов соответствует ст. 95 Устава ООН, в которой сказано, что «настоящий Устав ни в коей мере не препятствует Членам Организации поручать разрешение своих разногласий другим судам в силу уже существующих соглашений или таких, которые могут быть заключены в будущем»¹⁵.

По нашему мнению, количество международных судебных органов будет расти в силу появления новых отраслей знания, увеличивающейся необходимой правовой специализации, создания новых международных региональных организаций и появления новых международных судов при них, в силу усиливающегося международного взаимодействия государств на разных уровнях.

Библиографический список / References

- Abashidze, A.Kh., Goltyaev, A.O. (2013). *Universal'nye mekhanizmy zashchity prav cheloveka* [Universal Mechanisms for the Protection of Human Rights]. Moscow: Yuniti Publ. (in Russian).
- Абашидзе А.Х., Гольтяев А.О. Универсальные механизмы защиты прав человека. М.: Юнити, 2013. 135 с.
- Abashidze, A.Kh., Solntsev, A.M. (2012). *Mirnoe razreshenie mezhdunarodnykh sporov: sovremennyye problemi* [Peaceful Settlement of International Disputes: Contemporary Issues]. 2nd edn. Moscow: RUDN Publ. (in Russian).
- Абашидзе А.Х., Солнцев А.М. Мирное разрешение международных споров: современные проблемы: Монография. 2-е изд. М.: РУДН, 2012. 307 с.
- Alter, J.K. (2011). The Evolving International Judiciary. *Buffet Center for International and Comparative Studies Working Paper Series*, (11), pp. 4–59.
- Anufrieva, L.P. (2002). *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: v 3-kh tomakh* [Private International Law]. Moscow: BEK Publ. (in Russian).
- Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3-х томах. Учебник. М.: Изд-во «БЕК», 2002. Т. 1. 288 с.
- Bekeyashev, K.A. (ed.) (2005). *Mezhdunarodnoe publichnoe pravo: Uchebnik dlya vuzov. 4 izd.* [Public International Law: Textbook for Universities. Fourth edn.]. Moscow: TK Velbi,

¹⁵ Устав Организации Объединенных Наций [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.un.org/ru/sections/un-charter/chapter-vi/index.html> (дата обращения: 10 апреля 2018 г.).

- Prospekt Publ. (in Russian).
Международное публичное право: Учебник для вузов по спец. 021100 «Юриспруденция» / отв. ред. К.А. Бекяшев. 4-е изд., перераб. и доп. М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2005. 784 с.
- Bennouna, M. (1983). *Droit international du développement: Tiers monde et interpellation du droit international*. Paris: Berger-Levrault Publ.
- Biehler, G. (2008). *Procedures in International Law*. Berlin: Springer Publ.
- Burke-White, W. (2004). International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, 25, pp. 963–979.
- Charney, J.I. (1999). The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals. *International Law and Politics*, 31, pp. 697–708.
- Dupuy, P.-M. (1999). The Danger of Fragmentation of Unification of the International Legal System and the International Court of Justice. *International Law and Politics*, 31, pp. 791–807.
- Helfer, L.R. (1999). Forum Shopping for Human Rights. *University of Pennsylvania Law Review*, 148(2), pp. 285–400.
- Higgins, R. (2001). Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom. *International & Comparative Law Quarterly*, 50(1), pp. 121–132.
- Ispolinov, A.S. (2016a). Pervoe reshenie Suda EAES: reviziya nasledstva i ispytanie iskusheniem [The First Decision of the Court of the Eurasian Economic Union: Revision of the Inheritance and the Test of Temptation]. *Rossiiskij juridicheskij zhurnal* [The Russian Legal Journal], (4), pp. 85–93. (in Russian).
Исполинов А.С. Первое решение Суда ЕАЭС: ревизия наследства и испытание искушением // Российский юридический журнал. 2016. № 4. С. 85–93.
- Ispolinov, A.S. (2016b). Rol' posleduyushhikh soglashenij (subsequent agreements) gosudarstv v prave mezhdunarodnykh dogovorov [The Role of Subsequent Agreements of States in the Law of Treaties]. *Zakonodatel'stvo* [Legislation], (10), pp. 79–87. (in Russian).
Исполинов А.С. Роль последующих соглашений (subsequent agreements) государств в праве международных договоров // Законодательство. 2016. № 10. С. 79–87.
- Kapustin, A.Ya. (2001). *Mezhdunarodno-pravovye problemy prirody i dejstviya prava Evropejskogo Soyuza* [International Legal Problems of Nature and the Law of the European Union]. LL.D. thesis. Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University). (in Russian).
Капустин А.Я. Международно-правовые проблемы природы и действия права Европейского Союза: автореферат дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10. М., 2001. 46 с.
- Kapustin, A.Ya. (2014). *Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik dlya bakalavrov* [International Law: a Textbook for bachelors]. 2nd edn. Moscow: Yurayt Publ. (in Russian).
Капустин А.Я. Международное право: Учебник для бакалавров / 2-е изд., пер. и доп. М.: Юрайт. 2014. 723 с.
- Khabrieva, T.Y. (ed.) (2015). *Shankhajskaia organizatsiya sotrudnichestva: novye priority razvitiya: monografiya* [The Shanghai Cooperation Organization: New Priorities of Development: Monograph]. Moscow: INFRA-M Publ. (in Russian).
Шанхайская организация сотрудничества: новые приоритеты развития: монография / отв. ред. академик РАН Т.Я. Хабриева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015. 304 с.
- Khabrieva, T.Y., Tikhomirov, Y.A. (eds.) (2015). *Nauchnye kontseptsii razvitiya rossijskogo zakonodatel'stva: Monografiya, 7-e izd* [The Scientific Concept of Development of the Russian Legislation: Monograph. Seventh edn.]. Moscow: ID Juriprudentsia Publ. (in Russian).
Научные концепции развития российского законодательства: Монография. 7-е изд., доп. и перераб. / отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров. М.: ИД Юриспруденция, 2015. 544 с.

- Kislitsyna, N.F. (2010). *Razvitie sistemy mezhdunarodnogo prava na sovremennom ehtape* [The Development of International Law System at Present Stage]. PhD thesis. Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University). (in Russian).
Кислицына Н.Ф. Развитие системы международного права на современном этапе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. М., 2010. 25 с.
- Kolodkin, R.A. (2005). Fragmentatsiya mezhdunarodnogo prava [Fragmentation of International Law]. *Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava* [The Moscow Journal of International Law], (2), pp. 38–61. (in Russian).
Колодкин Р.А. Фрагментация международного права // Московский журнал международного права. 2005. № 2. С. 38–61.
- Koneva, A.E. (2017). K voprosu o besperspektivnosti uchrezhdeniya Vsemirnogo suda po pravam cheloveka [To the Question about the Futility of the Institution of a World Court of Human Rights]. *RUDN Journal of Law*, 21(1), pp. 83–101. (in Russian).
Конева А.Е. К вопросу о бесперспективности учреждения Всемирного суда по правам человека // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 1. С. 83–101.
- Lavranos, N. (2008a). Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals. *Zeitschrift fur auslandisches Recht und Volkerrecht*, (68), pp. 576–621.
- Lavranos, N. (2008b). Towards a Solange Method between International Courts and Tribunals. In: Y. Shany, T. Broude, eds. *The Allocation of Authority in International Law, Essays in Honour of Prof. R. Lapidot*. Oxford: Hart, pp. 217–235.
- Martineau, A.-C. (2005). La fragmentation du droit international: un renouvellement de la? *European Society of International Law Series* [online]. Available at: <http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Martineau.pdf> [Accessed April 10, 2018].
- Oppenheim, L. (1949). *Mezhdunarodnoe pravo: Mir. T. 1.* [International law: Peace. In two vols.]. Moscow: Gos. Izd-vo Inostr. lit. Publ. (in Russian).
Оппенгейм Л. Международное право: Мир. Т. 1. Пер. с 6-го англ. изд., доп. Г. Лаутерпахтом. Под ред. и с предисл. проф. С.Б. Крылова. 2 т. М.: Гос. изд-во иностр. лит., 1949. 547 с.
- Orlova, E.S. (2017). Stanovlenie sistemy mezhdunarodnogo pravosudiya [The Formation of the System of International Justice]. In: Pashentsev, D.A. (ed.). *Prava i svobody cheloveka i grazhdanina: teoreticheskie aspekty i yuridicheskaya praktika: Materialy ezhegodnoj Mezhdunarodnoj nauchnoj konferentsii pamyati professora F.M. Rudinskogo, 27 aprelya 2017 goda* [Rights and Freedoms of Human and Citizen: Theoretical Aspects and Legal Practice: the Proceedings of the Annual International Scientific Conference in Memory of Professor F.M. Rudinsky, 27 April 2017]. Ryazan: Publishing House Concept, pp. 338–340. (in Russian).
Орлова Е.С. Становление системы международного правосудия // Права и свободы человека и гражданина: теоретические аспекты и юридическая практика: Материалы ежегодной Международной научной конференции памяти профессора Ф.М. Рудинского, 27 апреля 2017 года / под общ. ред. Д.А. Пашенцева. Рязань: Изд-во «Концепция», 2017. С. 338–340.
- Plotnikov, A.V. (2012). Yurisdiktsionnyj konflikt i dialog mezhdunarodnykh sudov v protsesse fragmentatsii mezhdunarodnogo prava [Jurisdictional Conflict and Dialogue of International Courts in the Process of Fragmentation of International Law]. *Rossiiskij yuridicheskij zhurnal* [Russian Law Journal], (4), pp. 108–117. (in Russian).
Плотников А.В. Юрисдикционный конфликт и диалог международных судов в процессе фрагментации международного права // Российский юридический журнал. 2012. № 4. С. 108–117.

- Romano, C.P.R. (1999). The Proliferation of International Judicial Bodies: the Pieces of the Puzzle. *International Law and Politics*, 31, pp. 709–751.
- Romano, C.P.R. (2007). The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm Adjudication: Elements for a Theory of Consent. *New York Journal of International Law and Politics*, 39(4), pp. 791–872.
- Sauer, H. (2008). *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modelles zur Losung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher in vernetzten Rechtsordnungen*. Heidelberg: Springer.
- Shany, Y. (2003). *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press.
- Shinkaretskaya, G.G. (2009). *Tendentsii razvitiya sudebnykh sredstv mirnogo razresheniya mezhdunarodnykh sporov: Monografiya* [Trends in the Development of Judicial Remedies for Peaceful Settlement of International Disputes]. Moscow: NOTA BENE Publ. (in Russian).
Шинкарецкая Г.Г. Тенденции развития судебных средств мирного разрешения международных споров: Монография. М.: NOTA BENE, 2009. 252 с.
- Smbatyan, A.S. (2017). *Tolkovanie i primenenie pravil Vsemirnoj torgovoj organizatsii: Monografiya* [The Interpretation and Application of the Rules of the World Trade Organization]. Moscow: INFRA-M Publ. (in Russian).
Смбатян А.С. Толкование и применение правил Всемирной торговой организации: Монография. М.: ИНФРА-М, 2017. 447 с.
- Sokolova, N.A. (ed.) (2014). *Fragmentatsiya mezhdunarodnogo prava. Liber amicorum v chest' professora E.G. Moiseeva* [Fragmentation of International Law. Liber amicorum in Honor of Professor E.G. Moiseev]. Moscow: Kutafin University Publ. (in Russian).
Фрагментация международного права. Liber amicorum в честь профессора Е.Г. Моисеева / Отв. ред. Н.А. Соколова. М.: Изд. центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2014. 412 с.
- Terris, D., Romano, C., Swigart, L. (2007). *The International Judge: An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases*. Oxford: Oxford University Press.
- Tiunov, O.I. (ed.) (2015). *Subekty sovremennogo mezhdunarodnogo prava: Monografiya* [The Subjects of Modern International Law: Monograph]. Moscow: INFRA-M Publ. (in Russian).
Субъекты современного международного права: Монография / отв. ред. О.И. Тиунов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации: ИНФРА-М, 2015. 184 с.
- Tiunov, O.I., Ignatenko, G.V. (2013). *Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik. 6-e izdanie* [International Law: the Textbook. 6th edn.]. Moscow: Norma Publ. (in Russian).
Тиунов О.И., Игнатенко Г.В. Международное право: Учебник. 6-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2013. 752 с.
- Tiunov, O.I., Kashirkina, A.A., Morozov, A.N. (2011). *Vypolnenie mezhdunarodnykh dogovorov Rossijskoj Federatsii: Monografiya* [The Implementation of International Treaties of the Russian Federation: Monograph]. Moscow: Norma Publ. (in Russian).
Тиунов О.И., Каширкина А.А., Морозов А.Н. Выполнение международных договоров Российской Федерации: Монография / отв. ред. О.И. Тиунов. М.: Норма, 2011. 256 с.
- Tolstykh, V.L. (2009). *Kurs mezhdunarodnogo prava: Uchebnik* [International Law: Textbook]. Moscow: Volters Kluver Publ. (in Russian).
Толстых В.Л. Курс международного права: Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2009. 1056 с.
- Tolstykh, V.L. (2009). *Mezhdunarodnye sudy i uchastie Rossii v ikh deyatelnosti* [International Courts and Russia's Participation in Their Activities]. *Ekonomicheskie strategii* [Economic strategies], (7), pp. 78–85. (in Russian).

- Толстых В.Л.* Международные суды и участие России в их деятельности // Экономические стратегии. 2009. № 7. С. 78–85.
- Tolstykh, V.L. (2010a). Formirovanie sistemy mezhdunarodnogo pravosudiya i ee osnovnye kharakteristiki [The Formation of the System of International Justice and Its Main Characteristics]. *Vestnik Novosibirskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo* [Bulletin of Novosibirsk State University. Series: Law], 6(2), pp. 125–132. (in Russian).
- Толстых В.Л.* Формирование системы международного правосудия и ее основные характеристики // Вестник Новосибирского государственного университета. Серия: Право. 2010. Т. 6. Вып. 2. С. 125–132.
- Tolstykh, V.L. (2010b). Proliferatsiya mezhdunarodnykh sudov i ee posledstviya [Proliferation of International Courts and Its Consequences]. *Rossijskoe pravosudie* [Russian Justice], (10), pp. 54–63. (in Russian).
- Толстых В.Л.* Пролиферация международных судов и ее последствия // Российское правосудие. 2010. № 10. С. 54–63.
- Tolstykh, V.L. (2015). *Mezhdunarodnye sudy i ikh praktika: Uchebnoe posobie* [International Courts and Their Practice]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. (in Russian).
- Толстых В.Л.* Международные суды и их практика: Учебное пособие. М.: Международные отношения, 2015. 504 с.
- Tolstykh, V.L. (ed.) (2014). *Instituty mezhdunarodnogo pravosudiya: Uchebnoe posobie* [Institutions of international justice]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya Publ. (in Russian).
- Институты международного правосудия: учебное пособие / под ред. В.Л. Толстых. М.: Международные отношения. 2014. 504 с.
- Vylegzhanin, A.N. (ed.) (2015). *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik dlya akademicheskogo bakalavriata. T. 2.* [International Law: a Textbook for Academic Bachelor Degree. Vol. 2]. Moscow: Yurayt Publ. (in Russian).
- Международное право: учебник для академического бакалавриата. Т. 2 / отв. ред. А.Н. Вылегжанин. М.: Юрайт, 2015. 312 с.

Сведения об авторе

Орлова Екатерина Сергеевна, главный специалист-эксперт, Федеральное агентство по рыболовству

ORCID ID: 0000-0001-8176-005X

Контактная информация:

e-mail: orlova-nauka@yandex.ru

Для цитирования:

Орлова Е.С. Тенденции развития современных органов международного правосудия // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 249–268. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-249-268.

Дата поступления в редакцию: 5 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 23 октября 2018 г.

TRENDS OF DEVELOPMENT OF THE MODERN INTERNATIONAL JUSTICE

Ekaterina S. Orlova

Federal Agency for Fishery of the Russian Federation
12, Rozhdestvensky bulvar st., Moscow, Russia, 107006

The article is devoted to tendencies of development of modern international law and the international justice authorities. Globalization of the modern world and the interaction of States at all levels: political, economic, commercial, educational, and others — determines the relevance of the article.

The interaction leads to conflicts and disputes between States, between States, legal and physical persons, between legal and physical persons from different countries, they require resolution at the international level. The increase of number of international contacts is followed by the increase of conflicts between the parties and, respectively, the number of international judicial processes. International law and the international judicial bodies play a special role in solving the problems of the peaceful settlement of international conflicts.

Certain trends characterize the current stage of development of international law. These are diversification and fragmentation resulting in the proliferation of international judicial bodies.

Strengthening the rule of law in international relations is the main positive point of the main trends in international law. The sphere of international relations, which are not covered by international law, are reduced.

The main negative aspect of modern tendencies in the field of international justice is: the possibility of multiple interpretations of international law, especially the regional courts, as well as increasing the risk of issuing conflicting, sometimes inconsistent, decisions of different international judicial bodies.

The possibility of finding a forum shopping is a negative consequence as well. This creates a legal conflict, delays, problems with recognition of international judicial bodies, their jurisdiction, for failure to execute court decisions. This leads to a reduction of efficiency of activity of international courts in General.

The main task of modern international law is to overcome or mitigate conflicts of jurisdictions of the various international judicial bodies, as well as to set the stable matches between international courts and the enforceability of their decisions.

Studies of the leading Russian and foreign lawyers play an important role for overcoming contradictions in the sphere of international law and the activities of international judicial bodies. Scientists note in their works that the modern trends of development (diversification, fragmentation, proliferation, imperativity) is an objective phenomena, they are caused by the development of pluralism of the modern world.

Key words: law; legal; international law; justice; court; diversity; fragmentation; proliferation

Information about the Author

Ekaterina S. Orlova — Chief Specialist-Expert, the Federal Agency for fishery of the Russian Federation

ORCID ID: 0000-0001-8176-005X

Contact information:

e-mail: orlova-nauka@yandex.ru

For citation:

Orlova, E.S. (2018). Trends of Development of the Modern International Justice. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 249–268. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-249-268.

Article received March 5, 2018

Article accepted October 23, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-269-288

АРБИТРАЖ (ТРЕТЕЙСКИЙ СУД): ИСТОРИЯ СОЗДАНИЯ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА

И. Каса

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

С древних времен арбитраж считался институтом мира и справедливости. Рене Давид отмечал, что суть арбитража состоит не в поддержании верховенства закона, а в обеспечении гармонии между людьми. Арбитраж (третейский суд) является ориентированным на общество институтом разрешения споров. Однако история этого института показывает, что правовое регулирование его деятельности всегда зависело от государства. В настоящее время не существует общепринятого определения арбитража, хотя в некоторых правовых актах как международного, так и национального характера нашли отражение попытки дать легальное понятие этого института. На доктринальном уровне существует четыре устоявшихся подхода к арбитражным (третейским) судам: договорный, процессуальный, смешанный и автономный.

Автор настоящей статьи исследует правовую природу арбитража в историческом аспекте, начиная со стран Античного мира и Средневековой Европы. Предпринята попытка сравнить историю создания, законодательные и организационно-правовые основы арбитража (третейского суда) в России и Швейцарии. Несмотря на различия в традициях третейских судов в этих странах, такое сравнение представляется автору вполне корректным.

В Швейцарии арбитраж (третейский суд) имеет достаточно длительную историю, а законодательное регулирование его деятельности лишено внутренних противоречий. Кроме того, швейцарский законодатель своевременно вносит изменения в нормативные правовые акты для предоставления спорящим сторонам более удобных условий арбитражного разбирательства в целях привлечения в Швейцарию коммерческих организаций, намеренных разрешать свои конфликты именно в этой стране. С 2012 г. в Швейцарии вступили в силу некоторые изменения в законодательстве об арбитраже, и был принят новый регламент ведения арбитража Швейцарскими торговыми палатами.

В отличие от Швейцарии в России первые нормативные правовые акты в сфере частного коммерческого арбитража были введены в действие только после 1990 г. Российская правовая концепция разрешения споров экономического характера и сегодня частично отражает концепцию советского арбитража, где под ним подразумевается государственный арбитраж. В Российской Федерации до настоящего времени существуют арбитражные государственные суды. Однако предметом настоящего исследования будет иной арбитраж, создание которого предусмотрено Федеральным законом № 382 от 29 декабря 2015 г. «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». В соответствии с этим законом термин «арбитраж» может иметь по меньшей мере два значения. Данный термин в одном случае обозначает способ или метод разрешения спора, в другом случае — орган или учреждение, которое разрешает спор и выносит решение по нему. Новый закон об арбитраже дает определения арбитража, третейского суда и

арбитражного учреждения, но вместе с тем содержит много противоречий с действующим законодательством.

Автор делает обоснованный вывод о том, что арбитраж (третейский суд) — это частноправовой способ разрешения споров, решения по которым являются обязательными для обратившихся к нему сторон. Регламентируя его деятельность, российский законодатель пытается создавать благоприятную среду для разрешения частноправовых споров. В то же время федеральный закон от 29 декабря 2015 г. предусматривает зависимость арбитража (третейского суда) от государства.

Ключевые слова: арбитраж; третейский суд; государственный арбитраж; судебная система; арбитражный суд; арбитражное учреждение; правовое регулирование; правовая природа

I. Введение

Термин «арбитраж» может иметь, по меньшей мере, два значения. В первом значении он используется для обозначения способа или метода разрешения спора, во втором — служит для идентификации органа или учреждения, разрешающего спор и выносящего решение по делу (Ademi, 2015:27). Попытки дать определение арбитража были предприняты как российскими учеными, такими как Т.Е. Абова, С.А. Авакьян, Г.Д. Алексеев, А.Я. Сухарев, и зарубежными авторами, такими как Ф. Фушард, Э. Гайард, Б. Гольдман, Дж. Саваже, А. Редферн, Г. Кауфманн-Кохлер и А. Ригоззи. Нам наиболее близко определение Алана Редферна, Габриелле Кауфманн-Кохлер и Антонио Ригоззи, которые в своих работах определили арбитраж как «частный метод урегулирования споров на основе соглашения между сторонами. Его главная характерная черта заключается в разрешении спора лицами, избранными, прямо или косвенно, сторонами. Основной характеристикой арбитража является то, что спор не будет относиться к юрисдикции государственных судов» (Redfern, Hunter, Blackaby; Partasides, 2004:1; Kaufmann-Kohler; Rigozzi, 2015:10).

Одни авторы, в том числе П.И. Кудрявцев, считают, что арбитраж — это правовой способ разрешения экономических и трудовых споров (Meuer, 2009:586–587). Однако в своих работах они делят арбитраж по двум критериям:

а) «третейский суд» как негосударственный орган, рассматривающий гражданско-правовые споры по соглашению спорящих сторон;

б) «арбитражный суд» как специализированный государственный судебный орган, в чью компетенцию входит осуществление правосудия в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности путем разрешения споров, по правилам, установленным законодательством о судопроизводстве (Moser; Cheng, 2004:281).

Другие российские ученые, в частности, О.Е. Кутафин, а также зарубежные авторы, например Ч. Джарроссон, дают определение арбитража (третейского суда) как органа или учреждения, уполномоченного разрешать споры, связанные, как правило, с коммерческой деятельностью и возникающие между предпринимателями (Kutafin, 2002:372; Jarrosson, 1987:372). Рассматривая данный

институт как орган, можно различать два вида органов: государственный (арбитражный суд) и негосударственный (третейский суд) (Kudrjavcev, 1956:35).

Третья группа авторов полагает, что поскольку невозможно дать полное определение арбитража (третейского суда), то следует попытаться выделить основные характеристики этого института. Например, Дж. Лью, не давая исчерпывающего определения арбитража, перечислил следующие его характеристики: 1) арбитраж представляет собой способ разрешения споров; 2) эти споры решаются третьими лицами (независимыми арбитром или арбитрами), которые избираются сторонами; 3) арбитр/арбитры уполномочены разрешать спор на основании арбитражного соглашения; 4) арбитраж является частной системой принятия решений: сами стороны, не государство, контролируют деятельность арбитров; 5) решение арбитров является окончательным и призвано положить конец спору между сторонами; 6) решение носит обязательный для сторон характер, если стороны подписали арбитражное соглашение, т.е. они обязались принимать и добровольно выполнять решение арбитров; 7) арбитражное разбирательство и арбитражное решение не зависят от государственных органов: государственные суды могут вмешиваться в дело только в тех случаях, когда необходимо выполнить арбитражное соглашение, регламентировать порядок арбитража для принудительного выполнения решения, если стороны не исполнили его добровольно (Lew, 1978:12).

II. История возникновения

Арбитраж существовал на протяжении многих веков. Об этом свидетельствуют работы древних греков и римлян. Аристотель писал: «Арбитр тяготеет к справедливости, судья к закону; арбитраж создан, чтобы справедливость могла быть реализована»¹.

Представители разных правовых семей смотрели на арбитраж как на простой метод разрешения споров избранным ими арбитром, чей авторитет является единственной причиной выбора его в качестве арбитра. В странах континентальной правовой семьи относились к арбитражу как к «очень примитивной форме правосудия» (Redfern, Hunter, Blackaby; Partasides, 2004:2). Несложно пояснить исторически формировавшуюся «примитивную» природу арбитража: два торговца при возникновении спора между ними для его разрешения обращались к третьему, которому они доверяли. Они использовали такой метод разрешения споров, как арбитраж, не потому, что это было предусмотрено законом, а потому, что так было принято в деловом обороте.

¹ Aristotel. *Retorika*. Unireks, 2008. 1, 13, 1374b, p. 420.

Рене Давид писал о том, что «под арбитражем понимается институт мира, суть которого состояла не в обеспечении верховенства закона, а в обеспечении гармонии между людьми» (David, 1985:29). Арбитраж был нужен обществу для справедливого разрешения споров. Люди обращались к авторитетным, уважаемым лицам, например, к сквайру на территории Англии или к шейху в зоне Персидского залива, так как они верили в их компетентность и способность справедливо разрешить спор. Именно авторитет этих лиц являлся достаточным основанием для того, чтобы стороны исполнили решение арбитра.

В Средние века феодалы часто прибегали к третейскому суду, где арбитром выступало духовное лицо или другой авторитетный феодал (Garro, 2002:189). В Англии с развитием хозяйственных связей росла потребность в третейском правосудии. Средневековое третейское судопроизводство было организовано по цеховому принципу. На территории одного города или государства мог заниматься определенным ремеслом только член соответствующего цеха (сообщества ремесленников). Клятва верности членов цеха, в частности, включала в себя обязательство безоговорочного подчинения решениям третейского суда, вынесенным в ходе рассмотрения внутрицеховых споров (Pirenne, 2001:271).

Таким образом, арбитраж (третейский суд или судья) являлся востребованным обществом институтом разрешения споров. В Древнем Риме общие положения об арбитраже нашли отражения в Кодексе Юстиниана (восьмой титул четвертой книги Дигестов)², а полномочия арбитра и иные вопросы предусматривались арбитражным соглашением «*com-promissum*» (двойное согласие). Арбитражное соглашение и арбитражное решение не имели юридической силы, поэтому стороны должны были дать «двойное согласие»: первое на заключение договора, второе — на принятие на себя обязанности нести ответственность за неисполнение решения арбитра. Также существовал механизм *compromissum sub poena*, в соответствии с которым если решение третейского суда не будет добровольно исполнено проигравшей спор стороной, то эта сторона уплатит выигравшей стороне крупный штраф (Karabel'nikov, 2013:19).

Со временем стало понятно, что арбитраж будет более эффективно работать при наличии некоего законодательного регулирования в сфере разрешения споров сторонами, которое придаст юридическую силу арбитражным соглашениям и арбитражным решениям.

По мере развития межгосударственных экономических связей цехи и профессиональные корпорации перешагнули государственные границы (Karabel'nikov, 2013:20). Стало необходимо межгосударственное и наднациональное правовое регулирование арбитража для признания юридической силы

² См.: Дигесты Юстиниана [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/04.php (дата обращения: 27 марта 2017).

арбитражного соглашения и арбитражного решения. Поэтому были приняты Женевский протокол 1923 г.³, Женевская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1927 г.⁴, Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.⁵, Типовой закон ЮНИСИТРАЛ 1985 г. (с изменениями 2006 г.)⁶, а также национальные законы о регулировании деятельности третейских судов (арбитражей) и пр.

Выделяют несколько видов арбитража на основе различных критериев классификации: 1) институциональный арбитраж или арбитраж *ad hoc* (в зависимости времени его существования); 2) коммерческий или иной специализированный арбитраж (например спортивный) (в зависимости от сферы деятельности); 3) внутренний или международный арбитраж (в зависимости от места арбитража); 4) частный или государственный (в зависимости от сторон вида собственности участников). Последний имел место в СССР и являлся системой государственных квазисудебных органов по разрешению хозяйственных споров между предприятиями, организациями и учреждениями советского социалистического хозяйства.

Обращаясь к опыту зарубежных стран, можно заметить, что, например, Швейцария имеет долгую и успешную арбитражную традицию (Meyer, 2009:7). Первоначально арбитраж (третейский суд) был создан для разрешения споров между гражданами и представителями власти. Такой порядок был установлен городскими властями г. Цюриха в XIV в. Данные решения были названы Фельдкирх уставы. Всего было издано три Фельдкирх устава (1367, 1377 и 1381 гг.) (Blessing, 1999:63). Согласно уставу Фельдкирх 1367 г., если какой-либо спор возник между гражданами и новым регентом (правителем), то было предусмотрено, что вопрос будет разрешаться мэром (Бургомистром) и городским советом Цюриха. Данным органам была предоставлена третейская юрисдикция для решения таких вопросов.

С развитием торговли и промышленности были открыты Торговые палаты в Женеве (1865 г.) и Цюрихе (1873 г.). В 1911 г. Торговая палата Цюриха создала свой первый арбитражный суд для разрешения споров внутреннего и международного арбитража⁷. Решения Женевского арбитража открыли новый этап в

³ Protocol on Arbitration Clauses. Geneva, 24 September 1923 / League of Nations, Treaty Series, vol. 27, p. 157.

⁴ Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards. Geneva, 26 September 1927 / League of Nations, Treaty Series, vol. 92, p. 301.

⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, 10 June 1958 / United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 3.

⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (дата обращения: 27 марта 2017).

⁷ Можно обратить внимание на принятие Гаагских конвенции 1889 и 1907, которые создали временный суд арбитража. В 1919 г. была создана Международная торговая палата в Париже.

развитии международных отношений, в том числе в части порядка разрешения международных споров (см. дело Алабама⁸). Поэтому не удивительно, что после разрешения дела «Алабама» ряд других крупных споров стали разрешать путем арбитражного разбирательства в Швейцарии⁹.

В России исследование понятия и правовой природы третейского суда (арбитража) началось сразу после судебной реформы 1864 года, хотя интерес к третейскому суду проявлялся и ранее. В это время термин «третейский суд» имел три значения: способ защиты гражданских прав; орган, организующий третейское разбирательство правового спора; конкретный состав третейского суда, который рассматривал переданный на его разрешение спор (Skvorcov, 2010:1).

III. Правовая природа арбитража (третейского суда) и его законодательное регулирование

В юридической доктрине правовая природа арбитража (третейского суда) является дискуссионной. До сих пор нет единого подхода к изучению правовой природы арбитража (третейского суда), хотя вопрос является фундаментальным не только для теории, но и для практики. При изучении правовой природы данного института выявляются основные его элементы, его место в правовой системе, а также становится более понятна его связь с национальными судами.

Существуют несколько подходов к пониманию правовой природы арбитража (третейского суда). В юридической доктрине традиционно анализируются *четыре основных подхода*, раскрывающие правовую природу арбитражного (третейского) суда: *договорный, процессуальный, смешанный и автономный* (Kleandrov, 2006:61).

Представители первого подхода считают, что арбитраж (третейский суд) имеет договорный характер, то есть арбитражное соглашение оформляет собой обычный гражданско-правовой спор, порождающий для сторон гражданско-правовые обязательства, в том числе обязанность подчиниться вынесенному третейским судом решению, ибо стороны считаются признающими право другой стороны в споре, если таковым будет решение третейского суда. Таким образом, обращается внимание на то, что суть арбитража состоит в согласовании воли сторон, соответственно, путем заключения соглашения о юрисдикции третейского суда, то есть без этого соглашения и арбитража не существует.

⁸ Alabama claims of the United States of America against Great Britain 1972. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf (дата обращения: 27 марта 2017).

⁹ The Award of 18 March 1930 in re Hellenic Railways v. The Government of Greece, rendered by the Arbitrators Thomas, Zakas and Bernard (British Yearbook of International Law, 1964, 201 ss.); the Award rendered by Louis Python on 22 December 1954 in re Alsing Trading Co. and Swedish Match Co. v. The Greek State (International & Comparative Law Quarterly (ICLQ) 1959, 320 ss.).

В противовес договорному подходу *сторонники процессуального подхода* считают, что арбитраж (третейский суд) имеет судебную или юрисдикционную природу, и это проявляется в причинах его создания: осуществление правосудия, соответственно разрешение спора и принятие решения. По мнению сторонников данного подхода, третейский суд (арбитраж) — это орган, осуществляющий правосудие, т.е. деятельность третейских судов (арбитражей) аналогична деятельности государственных судов. Процессуальный подход в понимании природы третейского суда (арбитража) мы находим в арбитражном праве Австрии, США и некоторых других стран (Ademi, 2015:30).

Этот подход не воспринят в Российской Федерации, поскольку согласно нормам Конституции РФ (а именно ст. 10, ч. 1 ст. 11, ч. 1 ст. 118 и 124–128) и ФКЗ РФ от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹⁰ третейские суды не осуществляют судебную власть от имени государства и не входят в судебную систему Российской Федерации. Это не означает, что Конституция РФ тем самым принципиально исключает возможность разрешения споров третейскими судами, действующими в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями. Кроме того, согласно п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса РФ¹¹ (далее — ГК РФ) защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд. Следовательно, законодатель признает третейские суды в качестве инструмента защиты гражданских прав.

Сторонники третьего подхода обращают внимание на смешанный характер арбитража (третейского суда), то есть, с одной стороны, арбитраж (третейский суд) имеет договорный характер, так как он создается соглашением сторон, а с другой — он одновременно носит процессуальный характер, поскольку законность решения арбитража (третейского суда) определяется государством.

Представители четвертого подхода, именуемого автономным, определяют арбитраж (третейский суд) как специфическое юридическое явление, в котором невозможно отделить договорные и процессуальные элементы арбитража: «Они настолько связаны друг с другом, что нельзя их разделить» (Rubellin-Devichi; Vincent, 1965:363).

По мнению автора статьи, арбитраж имеет смешанный характер, включая в себя как договорные, так и процессуальные составляющие. То есть хотя арбитраж (третейский суд) существует в силу согласованной воли сторон, содержащейся в арбитражном соглашении, деятельность его не может быть урегулиро-

¹⁰ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" // Собрание законодательства Российской Федерации от 6 января 1997 г., N 1, ст. 1.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации от 5 декабря 1994 г., N 32, ст. 3301.

вана только законом об арбитраже и требует применения норм процессуального права.

Принятое в Российской Федерации понимание арбитража частично отражает концепцию советского социалистического государственного арбитража, в основе деятельности которого требования основного экономического закона социализма по государственному планированию и управлению народным хозяйством (Shaljuра; Donde, 1953:3–4)¹².

В условиях тотального государственного планирования арбитраж в СССР (с 1922 по 1991 гг.) представлял собой систему государственных квазисудебных органов по разрешению хозяйственных споров между организациями, предприятиями и учреждениями советского социалистического хозяйства. В зависимости от подчиненности арбитраж существовал в двух формах: государственный и ведомственный. В государственном арбитраже рассматривались споры подчиненных разным ведомствам, а в ведомственном — подчиненным одному конкретному ведомству. Несмотря на функцию арбитража по разрешению споров, его органы не являлись независимыми и создавались при органах исполнительной власти: Совете Министров СССР, Советах Министров союзных республик, Советах Министров автономных республик и исполкомах краевых, областных и приравненных к ним Советов народных депутатов. Зависимость арбитража от государственных органов мешала справедливому разрешению споров.

С 1 октября 1991 г. Постановлением Верховного Совета РСФСР о введении в действие Закона РСФСР № 1543-1 «Об арбитражном суде»¹³ (далее Закон РСФСР «Об арбитражном суде») система арбитражей была упразднена и советский арбитраж был заменен системой государственных арбитражных судов. Данный Закон является первым в деле утверждения арбитражного суда как органа, независимого от органов исполнительной власти.

Правда, на тот момент законодатель не решился исключить слово «арбитраж» из управленческой практики, так как начиная с 1922 г. он был привычным квазисудебным институтом, разрешавшим экономические споры между предприятиями.

С изменением экономической и государственной системы СССР необходимо достойному законодательному регулированию третейского суда долгое время не уделялось внимания. Первыми нормативными правовыми актами, ко-

¹² См. также ст. 11 Конституции Союза Советских Социалистических Республик (утверждена постановлением Чрезвычайного VIII Съезда Советов Союза Советских Социалистических Республик от 5 декабря 1936 г.), которая гласит: «Хозяйственная жизнь СССР определяется и направляется государственным народнохозяйственным планом в интересах увеличения общественного богатства, неуклонного подъема материального и культурного уровня трудящихся, укрепления независимости СССР и усиления его обороноспособности».

¹³ Закон РСФСР от 4 июля 1991 года «Об арбитражном суде» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР, 1991, N 30, ст. 1013.

торые урегулировали третейское разбирательство, были «Положение о третейском суде» (Приложение № 3 к ГПК РСФСР 1964 г.) и «Временное положение о третейских судах для разрешения экономических споров»¹⁴. А первым законом, предусматривавшим возможность обращения в арбитраж (третейский суд), является Закон РСФСР «Об арбитражном суде» 1991 г. Статья 7 данного закона устанавливала право на обращение в третейский суд и к посреднику.

Сегодня основу правового регулирования деятельности арбитражей (третейских судов) и третейского разбирательства в Российской Федерации составляют Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — закон о международном коммерческом арбитраже)¹⁵ и Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — закон об арбитраже)¹⁶. Кроме этих специальных законодательных актов, нормы, регулирующие деятельность третейских судов, содержатся также в Гражданском процессуальном кодексе РФ и Арбитражном процессуальном кодексе РФ.

Что касается Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» от 24.07.2002 № 102-ФЗ¹⁷ (далее — закон о третейских судах), то с 1 сентября 2016 г. нормы его не применяются. Они имеют юридическую силу только по отношению к делам, по которым производство было начато и не завершено до дня вступления в силу закона. Необходимо отметить, что закон о третейских судах изменил в корне ситуацию с третейским разбирательством, создав для него четкую законодательную базу и тем самым дав толчок его развитию в России.

Существующая в России законодательная база предусматривает *два вида арбитража: внутренний* — регулируется законом об арбитраже, и *внешний, или международный* — регулируется законом о международном коммерческом арбитраже.

С момента принятия в Российской Федерации первых законов, посвященных третейскому разбирательству, в этой сфере произошли существенные изменения. Последние значительные изменения были введены на законодательном уровне в 2015-м и вступили в силу в 2016 г.

¹⁴ См. Постановление ВС РФ от 24 июня 1992 г. № 3115-1 «Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР от 30 июля г., № 30, ст. 1790.

¹⁵ Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 (ред. от 29.12.2015) «О международном коммерческом арбитраже» // Ведомости съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г., № 32, ст. 1240.

¹⁶ Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 № 382-ФЗ // Российская газета от 31 декабря 2015 г., № 297.

¹⁷ Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации» от 24.07.2002 № 102-ФЗ // Российская газета от 27 июля 2002 г., № 137.

Что же касается зарубежного опыта, то в Швейцарии, например, первоначально деятельность третейских судов регулировалась кантональным правом, то есть законами Кантонов Конфедерации (до 1969 г.). Далее стало необходимо унифицировать законы кантонов об арбитраже (третейских судах) и была принята Конвенция о межкантональном арбитраже (Конкордат) 27 марта 1969 г., которая регулировала вопросы арбитража и деятельности третейских судов. 1 января 1989 г. вступил в силу Федеральный закон о международном частном праве, который содержит в главе 12 «Подсудность третейскому суду» специальные положения, призванные, в целях соответствия общему международному развитию, вывести международный арбитраж из-под жесткого регулирования Конкордата с его множественными императивными положениями (большой объем полномочий государственных органов Швейцарии, призванных контролировать процедуру третейского судопроизводства) и многочисленными основаниями для оспаривания (Рарова, 2009:76). В 2004 г. на основе Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г. был принят Швейцарский регламент международного арбитража. Последний был подготовлен в целях гармонизации правил шести швейцарских торгово-промышленных палат (Базеля, Берна, Женевы, Тичино, Во и Цюриха, позже к ним присоединился и Невшатель). На сегодняшний день Швейцарский регламент действует в редакции 2012 г.

С 2011 г. Конкордат утратил свою юридическую силу, и внутренний арбитраж регулируется статьями 353–399 (ч. 3) нового Федерального гражданского процессуального кодекса (ФГПК)¹⁸, в случае если стороны не соглашаются регулировать свой спор согласно главе 12 Федерального закона о международном частном праве 1987 г.¹⁹ (Fouchard, Gaillard & Goldman, 1999:879).

IV. Законодательное определение арбитража (третейского суда)

Анализируя источники арбитражного права Швейцарии и различные регламенты международных коммерческих третейских судов или аналогичных им институтов²⁰, не везде можно найти определение арбитража (или третейского суда). В то же время в этих документах предусмотрены общие положения о ве-

¹⁸ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2018) / AS 2010 1739. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html> (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

¹⁹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (Stand am 1. April 2017) / AS 1988 1776. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html> (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

²⁰ См. Арбитражный регламент Международной торговой палаты 2012 г.; Арбитражный Регламент Лондонского Международного Третейского Суда 2014 г.; Швейцарский регламент международного арбитража 2012 г.; Арбитражный регламент Арбитражного института торговой палаты г. Стокгольма 2010 г.

дении арбитражного разбирательства, формировании состава арбитража, принятии решения третейским судом, арбитражных расходах и т.п.

Законом о третейских судах было дано определение третейского суда как единоличного арбитра или коллегии арбитров (третейских судей), а закон об арбитраже дает такое же определение третейского суда, но уточняет еще термин «арбитр» (третейский судья) как физическое лицо, избранное сторонами или избранное (назначенное) в согласованном сторонами или установленном федеральным законом порядке для разрешения спора третейским судом.

Таким образом, согласно ст. 2 данного закона понятия «арбитраж» и «третейское разбирательство» являются синонимами и означают процесс разрешения спора третейским судом и принятия им решения (арбитражного решения). При этом третейский суд — это единоличный арбитр или коллегия арбитров, которые рассматривают конкретное дело, а не постоянно действующий орган, который создан для рассмотрения споров. Можно предположить, что попытка заново использовать термин «арбитраж» приводит только к правовым противоречиям. Так, имеют сходство (до степени смешения) термины «решение арбитражного суда» и «арбитражное решение», «арбитражный суд» и «арбитраж», по-прежнему относящиеся совершенно к разным сферам правового регулирования (соответственно, государственное судопроизводство и альтернативное разрешение споров)²¹. Кроме того, законом об арбитраже предусматривается понятие «постоянно действующее арбитражное учреждение» как подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража, и понятие «иностранный арбитражный учреждение» — организация, созданная за пределами Российской Федерации и выполняющая на постоянной основе функции по администрированию арбитража вне зависимости от того, является ли она юридическим лицом или действует без образования самостоятельного юридического лица.

Кроме того, противоречия возникают и в других законодательных актах об арбитражных и третейских судах. Например, в Арбитражном процессуальном кодексе РФ (далее — АПК РФ)²² до ст. 230 используется только одно понятие — «третейский суд», а ст. 230 АПК РФ указывает, что правила, установленные настоящим параграфом, применяются при рассмотрении арбитражным судом заявлений об оспаривании решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей (третейских судов) с местом арбитража на территории Российской Федерации. То есть в данной статье понятия «третейский суд»

²¹ Новости и аналитика Аналитические статьи Новая форма третейских судов. 20 января 2016 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.garant.ru/article/690284/> (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

²² Арбитражный процессуальный кодекс от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // Российская газета от 27 июля 2002 г., № 137.

и «международный третейский арбитраж» разделяются. Далее в ст. 233 АПК РФ рассматриваются основания для отмены решения сначала третейского суда, а затем в п. 5 этой статьи отдельно речь идет о решениях международного коммерческого арбитража. Такое терминологическое разнообразие в нормативных правовых актах порождает противоречия в практике правоприменения.

Следует принять во внимание, что существует понятие «третейские суды» в широком смысле, которое вбирает в себя собственно третейские суды (третейские суды в узком смысле) и международный коммерческий арбитраж (Pogorelov, 2010:60).

Нельзя не обратить внимания на существующие противоречия в распределении компетенции между судами общей юрисдикции и государственными арбитражными судами по вопросам содействия деятельности третейского суда.

Согласно ст. 22 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее — ГПК РФ)²³ судам общей юрисдикции подведомственны следующие гражданские дела: дела об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов (п. 5 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ); дела об оказании содействия третейским судам в случаях, предусмотренных федеральным законом (п. 7 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ). В соответствии со ст. 31 арбитражные суды рассматривают дела: 1) об оспаривании решений третейских судов по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности; 2) о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности; 3) об оказании содействия третейским судам по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности.

Таким образом, противоречия возникают из-за неопределенности в разграничении подведомственности дел между арбитражными судами и судами общей юрисдикции. Остается надеяться, что в дальнейшем эта проблема будет устранена.

Что касается определения арбитража (третейского суда) в правовых актах международного характера, то можно сказать, что оно нашло отражение в нескольких документах. Например, согласно ст. 1 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже термин «арбитраж» обозначает разбирательство споров как арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (арбитраж *ad hoc*), так и постоянными арбитражными органами²⁴. Статьей 2 Типового за-

²³ Гражданский процессуальный кодекс от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Парламентская газета от 20 ноября 2002 г., № 220-221.

²⁴См. Европейскую конвенцию о внешнеторговом арбитраже. Женева, 1961 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

кона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже используется понятие «арбитраж», независимо от того, осуществляется он постоянным арбитражным учреждением или нет. Тем же Типовым законом дается определение «арбитражного (третейского) суда» как единоличного арбитра или коллегии арбитров и «суда» как учреждения или органа судебной системы государства²⁵.

До вступления в силу закона об арбитраже в России согласно п. 2 ст. 3 ранее действовавшего закона о третейских судах постоянно действующие третейские суды (арбитражи) образовались торговыми палатами, организаторами торговли, осуществляющими свою деятельность в соответствии с Федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах»²⁶, общественными объединениями предпринимателей и потребителей, иными организациями — юридическими лицами, созданными в соответствии с законодательством Российской Федерации, и их объединениями (ассоциациями, союзами), и действовали при этих организациях — юридических лицах. То есть третейские суды создавались юридическими лицами в качестве структурных подразделений этих организаций.

С вступлением в силу закона об арбитраже постоянно действующие арбитражные учреждения должны создаваться при некоммерческих организациях. Данный закон ставит арбитражные учреждения в зависимость от государства, поскольку он предусматривает механизм государственного регулирования создания третейских судов (арбитража), и не только. Теперь для создания постоянно действующего арбитражного учреждения некоммерческая организация должна будет получать разрешение Правительства РФ для осуществления функций постоянно действующего арбитражного учреждения (ч. 1 ст. 44 Закона об арбитраже). Правительство РФ дает такое разрешение на основании положительной рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства, который создан приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 6 сентября 2016 г. № 201²⁷. Такое изменение в законодательстве было вызвано огромным количеством существующих в Российской Федерации третейских судов (примерно 1500) и необходимостью повышения авторитета третейского суда²⁸.

²⁵ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) с изменениями, принятыми в 2006 году. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

²⁶ Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» (с изменениями и дополнениями) // Российская газета от 26 ноября 2011 г., № 266с.

²⁷ Приказ Министерства юстиции РФ от 6 сентября 2016 г. № 201 "Об утверждении состава Совета по совершенствованию третейского разбирательства".

²⁸ Российское агентство правовой и судебной информации. Новость от 10.11.2016 г. [Электронный ресурс]. Режим доступа: http://rapsinews.ru/judicial_information/20161110/277100402.html (дата обращения: 27 марта 2017).

Достаточно обратить внимание на п. 4 ч. 8 ст. 44 данного закона, который обязывает некоммерческие организации доказывать, что их деятельность будет обеспечивать высокий уровень третейского разбирательства. Также в главе 9 закона об арбитраже перечисляются обязательные для постоянно действующего арбитражного учреждения правила и требования к арбитрам арбитражных учреждений и т.д.

С одной стороны, новый закон ужесточает требования к созданию арбитражных учреждений, и это приводит к исчезновению так называемых «карманных» третейских судов. С другой — способствует усилению роли государства в третейском разбирательстве (Inshakova, 2016:4), что можно считать недостатком этого закона. Процедура создания постоянно действующих арбитражных учреждений и третейских судов может быть охарактеризована как разрешительная и многоступенчатая (Gerasimenko, Terehova, 2017:208). Остается надеяться, что закон об арбитраже упорядочит процедуру создания арбитражных учреждений, что приведет к усилению его авторитета. Он также дает возможность передачи на рассмотрение третейских судов и постоянно действующих арбитражных учреждений ряда корпоративных споров. Это позволяет снизить нагрузку на государственные суды.

С принятием закона об арбитраже законодатель считал целесообразным сократить количество третейских судов по административной линии, затрудняя их учреждение.

Практика показывает, что работа арбитража, созданного решением властных органов, не является эффективной. Однако в некоторых случаях, например, в целях разрешения межгосударственных экономических споров, которые не могли быть отнесены к компетенции национальных судов, в 1992 г. Соглашением о мерах по обеспечению улучшения расчетов между хозяйственными организациями стран — участниц СНГ было предусмотрено обязательство стран участниц данного объединения по созданию Хозяйственного суда. Далее, 6 июля 1992 г., было заключено отдельное Соглашение о статусе Экономического Суда СНГ, которое утвердило Положение о данном наднациональном суде. В соответствии с нормами данного Положения к компетенции Экономического суда относятся, во-первых, разрешение межгосударственных экономических споров, и, во-вторых, толкование норм права.

Хотя государства — члены СНГ сами создали Экономический суд, они не установили пределы его компетенции и полномочий, а также не определили критерий обязательности решений этого суда для сторон. Эту ситуацию отражает практика Экономического суда.

В период с 1994 по 2015 гг. Экономический Суд вынес 10 решений по делам, связанным с рассмотрением споров о ненадлежащем исполнении экономи-

ческих обязательств и возмещении ущерба, что составляет незначительную долю из общего числа дел, рассмотренных Судом²⁹. В этот же период Судом были рассмотрены одно дело о коллизиях между национальным законодательством и соглашениями, а также иными актами, принимаемыми СНГ (дело по иску Правительства Республики Таджикистан к Правительству Республики Узбекистан) и 102 дела о толковании и разъяснении решений самого Экономического суда.

Таким образом, практика Экономического суда СНГ показывает, что никакой третейский суд (национальный или наднациональный) не может быть эффективным, если четко не определены пределы его полномочий и критерии обязательности его решений.

V. Заключение

Из изложенного выше можно сделать вывод о том, что арбитраж с древних времен считался институтом справедливости. Люди всегда обращались для разрешения своих споров к уважаемым лицам, так как они верили в их компетентность справедливо разрешить их спор. В Средневековье третейское разбирательство осуществлялось по цеховому принципу, но с развитием межгосударственных экономических связей цехи перешагнули государственные границы и возникла необходимость создания международного правового регулирования арбитража. До сих пор нет единого понимания правовой природы арбитража. В то же время устоялись четыре подхода к арбитражному разбирательству: договорный, процессуальный, смешанный и автономный.

В России арбитраж более подробно стал изучаться и регулироваться после судебной реформы Александра II. В Советском Союзе под арбитражем понимались квазисудебные органы по разрешению хозяйственных споров между организациями, предприятиями и учреждениями советского социалистического хозяйства.

В современной российской правовой доктрине и российском законодательстве разделяются понятия «третейский суд» и «арбитражное учреждение», как негосударственный орган, уполномоченный разрешать экономические споры, от понятия «арбитражный суд», как государственный орган, уполномоченный осуществлять правосудие.

Что касается понятия «арбитраж (третейский суд)», то в юридической литературе не существует общепринятой дефиниции. Одни ученые считают, что арбитраж — это метод, способ разрешения споров. Другие отмечают, что арбитраж представляет собой некий орган, который уполномочен сторонами разрешать спор. Также существует мнение, что нельзя дать точное и полное опре-

²⁹ Официальный сайт Экономического Суда Сотрудничества Независимых Государств. [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://sudsng.org.database/> (дата обращения: 27 марта 2017 г.).

деление арбитража, а можно только перечислить характерные черты данного института.

По мнению автора статьи, под третейским (арбитражным) судом следует понимать, с одной стороны, частноправовой метод разрешения споров, а с другой — негосударственный суд, который принимает решение, обязательное для исполнения сторонами.

Проведенный в рамках статьи обзор теории и практики арбитража в Российской Федерации пока не позволяет признать удачной попытку российского законодателя создать эффективный и современный механизм правового регулирования в этой сфере, основанный на опыте зарубежных стран.

Изменения, касающиеся регулирования деятельности третейских судов и направленные на совершенствование состояния данного института в Российской Федерации, в перспективе будут способствовать повышению авторитета и привлекательности третейского разбирательства. Однако новый закон сделал также регрессивный шаг — включение государства в механизм создания третейских судов.

Если обратиться к опыту зарубежных стран, в частности Швейцарии, то там существует общая тенденция регулирования арбитражного разбирательства диспозитивными нормами, что делает эту страну привлекательной для осуществления арбитража между иностранными компаниями. Швейцарский законодатель всегда стремился к унификации нормативных правовых актов об арбитраже, а также к увеличению самостоятельности третейских судов.

Также необходимо обратить внимание на тот факт, что в России до сих пор идет преобразование как третейских, так и государственных арбитражных судов. Что будет дальше с системой арбитражных судов (государственного арбитража), пока неизвестно, но предприняты попытки по дальнейшему изменению судебной системы страны. Вполне можно ожидать, что государственные арбитражные суды будут слиты с судами общей юрисдикции. Тогда вопрос совершенствования судебной системы приобретет «новое дыхание».

Библиографический список / References

- Ademi, A. (2015). *Zgjidhja e kontestëve tregtare para arbitrazhit tregtar ndërkombëtar* [Settlement of trade disputes in International commercial arbitration]. LL.D. Tirane. (in Albanian).
- Blessing, M. (1999). *Introduction to Arbitration — Swiss and International Perspectives*. Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn Publ.
- David, R. (1985). *Arbitration in International Trade*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague, Boston, London: Kluwer Law International.
- Garro, A. (2002). *Ljudovik Svjatoj i ego korolevstvo* [The Holy Louis and His Kingdom]. Saint Petersburg: Evrazija Publ. (in Russian).
- Гарро А. Людовик Святой и его королевство. СПб.: Евразия, 2002. 256 с.*

- Gerasimenko, Ju.V., Terehova, L.A. (2017). O novoj procedure sozdaniya arbitrazhnogo uchrezhdenija (vstupitel'naja stat'ja k obzoru) [On the New Procedure for Creating an Arbitration Institution (Introductory Article to the Review)]. *Pravoprименение* [Law Enforcement], 1(2), pp. 207–211. (in Russian).
Герасименко Ю.В., Терехова Л.А. О новой процедуре создания арбитражного учреждения (вступительная статья к обзору) // *Правоприменение*. 2017. Т. 1. № 2. С. 207–211.
- Inshakova, A.O. (2016). Reforma pravovyh osnov dejatel'nosti mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha v Rossijskoj Federacii: predposylki, obuslovlennost', perspektivy [Reform of Legal Bases of International Commercial Arbitration in the Russian Federation: Prerequisites, Conditionality, Prospects]. *Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly jekonomiki* [Law. Journal of Higher School of Economics], (3), pp. 4–12. (in Russian).
Инишакова А.О. Реформа правовых основ деятельности международного коммерческого арбитража в Российской Федерации: предпосылки, обусловленность, перспективы // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2016. № 3. С. 4–12.
- Jarrosson, Ch. (1987). *La notion d'arbitrage* [The Notion of Arbitration]. Paris: L.G.D.J. Publ.
- Karabel'nikov, B.R. (2013). *Mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh* [International Commercial Arbitration]. 2nd edn. Moscow: Statut Publ. (in Russian).
Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. 2-е изд. М.: Статут, 2013. 541 с.
- Kaufmann-Kohler, G., Rigozzi, A. (2015). *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press.
- Kleandrov, M.I. (2006). *Ekonomicheskoe pravosudie v Rossii: proshloe, nastojashhee, budushhee* [Economic Justice in Russia: Past, Present, Future]. Moscow: Volters Kluver Publ. (in Russian).
Клеандров М.И. Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М.: Волтерс Клувер, 2006. 600 с.
- Kudrjavcev, P.I. (ed.) (1956). *Juridicheskij slovar'. T.1* [Law Dictionary. Vol. 1]. 2nd edn. Moscow: Gosjurizdat Publ. (in Russian).
Юридический словарь / Гл. ред. П.И. Кудрявцев. Т. 1. 2-е изд. М.: Госюриздат, 1956. 688 с.
- Kutafin, O.E. (ed.) (2002). *Juridicheskij jenciklopedicheskij slovar'* [Legal Encyclopedic Dictionary]. Moscow: Bol'shaja Rossijskaja Jenciklopedija Publ. (in Russian).
Юридический энциклопедический словарь / Отв. ред. О.Е. Кутафин. М.: Большая Российская Энциклопедия, 2002. 559 с.
- Lew, J.D.M. (1978). *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A Study in Commercial Arbitration Awards (Oceana Transnational services)*. New York: Oceana Publications.
- Meyer, B.F. (2009). *The Swiss Rules of International Arbitration — Five Years of Experience*. Basel: Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation.
- Moser, M.J., Cheng, T.Y.W. (2004). *Hong Kong Arbitration: A User's Guide*. The Hague: Kluwer Law International.
- Papova, E.V. (2009). Zakonodatel'noe regulirovanie mezhdunarodnyh kommercheskih arbitrazhej Shvejcarii. Obshhie polozhenija [Legislative Regulation of International Commercial Arbitration in Switzerland. General Provisions]. *Vestnik Rossijskogo universiteta druzhby narodov. Serija: Juridicheskie nauki*, (1), pp. 75–78. (in Russian).
Панова Е.В. Законодательное регулирование международных коммерческих арбитражей Швейцарии. Общие положения // *Вестник Российского университета дружбы народов*. Серия: Юридические науки. 2009. № 1. С. 75–78.

- Pirenn, A. (2001). *Srednevekovye goroda Bel'gii* [The Medieval Towns of Belgium]. Saint Petersburg: Evrazija Publ. (in Russian).
Пиренн А. Средневековые города Бельгии. СПб.: Евразия, 2001. 512 с.
- Pogorelov, M.S. (2010). *Aktual'nye problemy tretejского proizvodstva* [Current Issues of Arbitration]. Moscow: Laboratorija Knigi Publ. (in Russian).
Погорелов М.С. Актуальные проблемы третейского производства. М.: Лаборатория Книги, 2010. 137 с.
- Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration (Fourth edition)*. London: Sweet&Maxwell.
- Rubellin-Devichi, J., Vincent, J. 1965. *L'arbitrage: Nature juridique. Droit interne et droit international privé* [Arbitration: Legal Nature. Domestic Law and Private International Law]. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Shal'jupa, M.P., Donde, Ya.A. (1953). *Gosudarstvennyj arbitrazh v SSSR* [State Arbitration in USSR]. Moscow: Gos. izd-vo juridicheskoy literatury Publ. (in Russian).
Шалюпа М.П., Донде Я.А. Государственный арбитраж в СССР. М.: Гос. изд-во юридической литературы, 1953. 94 с.
- Skvorcov, O.U. (ed.) (2010). *Trejetskoe razbiratel'stvo v Rossijskoj Federacii: uchebnoe posobie* [Arbitration in Russian Federation]. Moscow: Volters Kluver Publ. (in Russian).
Третейское разбирательство в Российской Федерации: учебное пособие / [Курочкин С. А. и др.]; под ред. О.Ю. Скворцова. Москва: Волтерс Клувер, 2010. 389 с.
- Suharev, A.Ja. (ed.) (1999). *Rossijskaja juridicheskaja jenciklopedija* [Russian Law Encyclopedia]. Moscow: Infra Publ. (in Russian).
Российская юридическая энциклопедия / Авт. кол.: Т.Е. Абова, С.А. Авакьян, Г.Д. Алексеев; Гл. ред. А.Я. Сухарев. М.: Инфра, 1999. 1100 с.

Сведения об авторе

Каса Ильда, аспирант, ассистент, кафедра судебной власти, правоохранительной и правозащитной деятельности, Российский университет дружбы народов

ORCID ID: 0000-0003-3805-7371

Контактная информация:

e-mail: kasaildar@gmail.com

Для цитирования:

Каса И. Арбитраж (третейский суд): история создания и правовая природа // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 269–288. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-269-288.

Дата поступления в редакцию: 15 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

ARBITRATION (ARBITRAL TRIBUNAL): HISTORY AND LEGAL NATURE

I. Kasa

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)
Law Institute
6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

Since the ancient times, arbitration has been considered as an institution of peace and justice. Rene David noted that the essence of arbitration was not to maintain the rule of law, but to ensure harmony between people. Arbitration is a society-oriented institution of dispute resolution. However, the history of this institution shows that the legal regulation of its activities always depended on the state. Currently, there is no generally accepted definition of arbitration, although some legal acts both international and national nature reflect attempts to give a legal notion of this institution. At the doctrinal level, there are four established approaches to arbitration: contractual, procedural, mixed and autonomous.

The author of this article examines the legal nature of arbitration in a historical aspect, starting with the countries of the Ancient World and Medieval Europe. An attempt has been made to compare the history, legislative, organizational and legal bases of arbitration in Russia and Switzerland. Despite the differences in the traditions of arbitral tribunals in these countries, this comparison is quite correct for the author.

In Switzerland, arbitration (the arbitral tribunal) has a fairly long history, and the legislative regulation of its activities is devoid of internal contradictions. In addition, the Swiss legislator promptly makes changes in regulatory legal acts to provide more favorable conditions for arbitration proceedings to the disputing parties in order to attract to Switzerland commercial organizations seeking to resolve their conflicts in this country. Since 2012 some changes in the law on arbitration have come into force in Switzerland, and new Rules of arbitration have been adopted by the Swiss Chambers of Commerce.

In contrast to Switzerland, in Russia the first legal acts in the field of private commercial arbitration were enacted only after 1990. The Russian legal concept of commercial disputes resolution today partially reflects the concept of Soviet arbitration, where it means state arbitration. In the Russian Federation till now, there are arbitration state courts. However, the subject of this study will be a different arbitration, the creation of which is provided by Federal Law No. 382 of December 29, 2015 "On Arbitration (arbitration proceeding) in the Russian Federation". In accordance with this law, the term "arbitration" may have at least two meanings. This term, on the one hand, refers to a procedure or method of dispute resolution, on the other — an authority or institution that resolves a dispute and makes a decision on it. The new law on arbitration provides definitions of arbitration, arbitral tribunal and arbitration institution, but at the same time contains many contradictions with the current legislation.

The author makes a well-founded conclusion that arbitration is a private legal method of dispute resolution, whose decision is mandatory for the parties that apply to it, and by regulating its activities, the Russian legislator is trying to create a favorable environment for the resolution of such disputes. At the same time, the Federal law of December 29, 2015 provides for the dependence of arbitration (arbitral tribunal) on the state.

Key words: arbitration; arbitral tribunal; state arbitration; Judicial system; arbitration court; arbitration institution; legal regulation; legal nature

Information about the Author

Kasa Ilda, PhD student, Assistant Professor, the Department of Judiciary, Law Enforcement and Human Rights Activity, Peoples' Friendship University of Russia

ORCID ID: 0000-0003-3805-7371

Contact information:

e-mail: kasaildar@gmail.com

For citation:

Kasa, I. (2018). Arbitration (Arbitral Tribunal): History and Legal Nature. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 269–288. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-269-288.

Article received March 15, 2018

Article accepted April 15, 2018



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-289-306

LA TRADITION FRANÇAISE DE L'ARBITRAGE

C. Jallamion

Université de Montpellier
Faculté de Droit et de Science politique
39, Rue de l'Université, Montpellier, France, 34060

L'arbitrage a en France une longue histoire, qui puise ses racines dans le modèle légué par le droit romain. A partir de la renaissance du droit romain en Europe au XII^e siècle, la France va reprendre l'essentiel des règles romaines et va ainsi consacrer le fait que l'arbitrage repose sur la volonté des parties. Mais dans le même temps la France va peu à peu forger son propre modèle, qui vient notamment de ce que l'arbitrage sera soumis à l'appel devant le Parlement, institution par laquelle le roi contrôle la justice et fait valoir sa position de souverain, dès le Moyen âge. Dans la tradition française de l'arbitrage, une première rupture se produit alors au XVI^e siècle, lorsque le chancelier Michel de L'Hospital veut rendre l'arbitrage obligatoire entre marchands et entre membres d'une même famille, afin de préserver leurs bonnes relations. Les juges qui voient ainsi se réduire leur compétence ne l'acceptent pas et l'arbitrage devient alors l'un des moyens de la lutte entre le roi et ses juges, lutte qui naît des guerres de religion et qui s'aggrave au XVII^e et XVIII^e siècle. Une deuxième rupture se produit ensuite à la Révolution française. Il s'agit alors de rendre l'exercice de la justice au citoyen et le législateur révolutionnaire développe l'arbitrage, ce qui reste aussi le moyen pour lui de détourner les parties de la justice traditionnelle, dont le pouvoir se méfie. Enfin l'arrivée de Napoléon Bonaparte au pouvoir et le Code de procédure civile marquent une troisième rupture : l'Empereur réforme alors profondément le Droit comme la justice et la confiance dans cette institution, organisée comme la meilleure possible, est rétablie. Aussi l'arbitrage est rejeté à la marge, comme un mode de règlement des litiges inférieur en qualité et ne présentant pas toutes les garanties de bonne justice. Ce n'est qu'avec la renaissance du commerce international en Europe à la fin du XIX^e siècle que l'arbitrage retrouvera son utilité, la faveur du pouvoir et la faveur des juges.

Mots clé : arbitrage; histoire; justice; clause compromissoire; arbitrage commercial international; Michel de l'Hospital; Parlement; Révolution française; Code de procédure civile

THE FRENCH TRADITION OF THE ARBITRATION

C. Jallamion

University of Montpellier
Faculty of Law and Political Science
39, l'Université st., Montpellier, France, 34060

Arbitration has a long history in France, which has its roots in the model bequeathed by Roman law. From the renaissance of Roman law in Europe in the Twelfth century, France resumed most of the

Roman rules and thus devoted the fact that the arbitration is based on the will of the parties. But at the same time France gradually forged its own model, which came in particular from the fact that the arbitration was submitted to the appeal to the Parliament, institution by which the king controlled justice and asserted his position of sovereign from the Middle Ages. In the French tradition of arbitration, a first break occurred in the Sixteenth century, when Chancellor Michel de L'Hospital wanted to make binding arbitration between merchants and members of the same family, to preserve their good relations. Judges who saw their jurisdiction reduced did not accept it and arbitration became one of the means of the struggle between the king and his judges, a struggle that arose from the wars of religion and worsens in the Seventeenth and Eighteenth century. A second rupture then occurred during the French Revolution. It was then a question of rendering the exercise of justice to the citizen and the revolutionary legislator developing the arbitration, which also remained the means for him to divert the parts of the traditional justice, whose power was wavy. Finally, the arrival of Napoleon Bonaparte in power and the Code of Civil Procedure marked a third break: the Emperor then profoundly reformed the law as justice and confidence in this institution, organized as the best possible, was restored. Arbitration was therefore rejected at the margin, as a mode of dispute resolution lower in quality and not having all the guarantees of good justice. It was only with the revival of international trade in Europe at the end of the Nineteenth century that arbitration regained its utility, the favor of political power and the favor of judges.

Key words: arbitration, history, justice, arbitration clause, international commercial arbitration, Michel de l'Hospital, Parliament, French Revolution, French Code of Civil Procedure

I. Introduction

L'arbitrage est aujourd'hui un mode de résolution des conflits en plein développement dans le monde, en Europe et notamment en France. Mais malgré son succès, l'arbitrage est aussi un mode de résolution qui peut susciter des oppositions, quand il apparaît comme une concurrence faite à la justice étatique ou lorsqu'il a pour conséquence de soumettre des intérêts publics, ceux des États particulièrement, à des juges privés tels que le sont les arbitres.

Une telle réussite comme de telles critiques s'expliquent en grande partie par l'histoire de l'arbitrage. Celle-ci est ancienne puisque l'on sait que l'arbitrage était déjà pratiqué en 2000 avant notre ère, par les citoyens de Babylone en Mésopotamie¹. Nous retrouvons l'arbitrage dans les grandes civilisations de l'Antiquité² et particulièrement à Rome, en droit romain où nous le connaissons mieux grâce au grand recueil de la jurisprudence romaine, les Pandectes ou Digeste de l'Empereur Justinien, qui lui consacre un titre entier³.

¹ Voir S. Lafont, «L'arbitrage en Mésopotamie», *Revue de l'arbitrage*, 2000, n 4, p. 557–590, l'auteur montrant l'usage qui était fait de l'arbitrage en droit international public, pour le règlement de conflits entre États, mais aussi en droit privé, en matière commerciale ainsi qu'en matière familiale et plus précisément successorale.

² Pour la Grèce, voir J. Velissaropoulos-Karakostas, «L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique», *Revue de l'arbitrage*, janvier-mars 2000, n. 1, p. 9–26.

³ En droit romain, l'arbitrage se rencontre d'abord dans la Loi des Douze Tables, par exemple lorsque le préteur assigne un arbitre aux parties en contestation sur les limites d'un champ. Le Digeste y fait encore allusion

- L'arbitrage était donc développé en droit romain et il a été connu, pratiqué dans toutes les terres conquises par Rome. Il sera peu à peu oublié après la chute de Rome, bien que l'Église catholique en transmette la mémoire au sein d'un cercle de lettrés⁴. Il faudra alors attendre la fin du XI^e siècle, soit la redécouverte et la reprise de l'enseignement du droit romain en Europe⁵, pour que l'arbitrage se développe à nouveau.

A partir de là l'arbitrage va se diffuser particulièrement en France⁶ où le droit romain est enseigné, où il va lentement devenir le droit suivi par les populations dans les terres du Midi de la France, celles qui avaient été le plus longtemps soumises à la domination romaine. Mais la France ne va pas suivre tout à fait fidèlement ce modèle qui va se trouver modifié sur certains points, du fait de deux phénomènes étroitement liés : l'affirmation de l'autorité du Roi de France d'une part et d'autre part par les relations entre le roi de France et les juges.

Il s'agit là en réalité de deux traits caractéristiques qui marqueront durablement l'arbitrage en France, même après la chute de la monarchie soit pendant la Révolution française et encore à partir de Napoléon Bonaparte. En effet l'arbitrage, justice privée, va se trouver nécessairement confronté à l'affirmation de la puissance publique et précisément parce qu'il est une justice privée, il sera parfois perçu comme une institution empiétant sur la compétence du juge étatique et venant même la menacer.

Ce sera particulièrement le cas lorsque l'institution judiciaire, qu'elle soit ou non soutenue par l'État dans ce processus, sera en pleine affirmation de sa puissance, à la fin de l'Ancien Régime ou immédiatement après la codification napoléonienne. De telles périodes ne peuvent être favorables à l'arbitrage. Mais à d'autres moments l'arbitrage profitera au contraire d'une grande faveur, notamment pendant la

: D. IV, VIII, 44. Le préteur a aussi la possibilité de renvoyer les parties, dans le cadre de la *iudicis arbitrive postulatio*, devant un arbitre qui peut, contrairement au *judex* tenu par les termes stricts du droit, prendre en compte les circonstances du différend et juger en équité. Mais le véritable arbitre du droit romain, celui qui correspond à l'arbitre au sens moderne du terme, se trouve être l'*arbitrator ex compromisso*. Investi par les parties, il rend une sentence définitive, qui juste ou injuste (*aequum sive iniquum*), doit être suivie par elles, car elles l'ont préalablement acceptée. C'est à cet *arbitrator* que le Digeste consacre un titre entier: D. IV, VIII, *De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant*. Pour l'arbitrage à Rome, voir B. de Loynes de Fumichon et M. Humbert, «L'arbitrage à Rome», *Revue de l'arbitrage*, 2003, n 2, p. 285–348. L'on peut voir aussi l'article de D. Papadatou, «L'arbitrage byzantin», *Revue de l'arbitrage*, 2000, n. 3, p. 349–376.

⁴ Sur l'arbitrage en droit canonique, voir A. Lefebvre-Teillard, «L'arbitrage en droit canonique», *Revue de l'arbitrage*, 2006, n 1, p. 5–34; et du même auteur, «Justice publique, justice privée : les origines canoniques de quelques grands traits caractéristiques de l'arbitrage», *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, t. II, *Öffentliches Recht*, éd. Franck Roumy, Mathias Schmoeckel, Orazio Condorelli, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2010 (*Norm und Struktur*, 37/2), p. 133–154. Et sur l'arbitrage au Moyen âge voir A. Lefebvre-Teillard, «Arbitrator, arbitrator seu amicus compositor», *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 369–387.

⁵ Voir J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2001, p. 137, n°78 et s.

⁶ Voir Y. Jeanclos., «La pratique de l'arbitrage du XII^e au XV^e siècle, éléments d'analyse», *Revue de l'arbitrage*, n 3, juillet-septembre 1999, p. 417–473; et Y. Jeanclos, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e au XV^e siècle*, Thèse Droit Dijon, 1977, 347 p.

Révolution française puis à partir de la fin du XIXe siècle, au fur et à mesure que l'arbitrage apparaîtra comme le meilleur mode de règlement des litiges et même le seul possible en matière de commerce international, lequel se développe en France au même moment. Alors le juge étatique et le pouvoir politique, prenant acte de ce que l'arbitrage ne leur fait pas d'ombre et qu'ils ont même intérêt à son essor, le favoriseront, ce qui n'empêchera pas des critiques anciennes de resurgir de temps à autre. Telle est, rapidement esquissée, la tradition française de l'arbitrage, qui s'est forgée en quatre temps : d'abord le temps de la Monarchie, qui est celui de la construction de l'État (I), ensuite le temps de la Révolution française marqué par la défiance du pouvoir politique envers les juges (II) ; puis vient le temps du premier Empire napoléonien, temps de l'affirmation du droit et de la justice étatiques (III) ; vient enfin le temps du second Empire napoléonien, celui de l'ouverture de la France au commerce international (IV).

II. La monarchie Française: le temps de la construction de l'état

La monarchie française débute dès la chute de l'Empire romain d'Occident, avec le règne de Clovis au Ve siècle. Plusieurs dynasties vont se succéder jusqu'à la dynastie capétienne qui arrive au pouvoir à la fin du Xe siècle et dont seront issus tous les rois de France jusqu'au dernier, soit Louis-Philippe d'Orléans qui règne jusqu'en 1848. Il s'agit là d'une remarquable stabilité que ne connaîtront pas les autres États européens, la France pouvant se prévaloir de la plus longue dynastie régnante en Europe, celle qui va imposer en France une monarchie puissamment centralisatrice⁷.

Le roi va bientôt affirmer son autorité mais pour l'instant, à la fin du XIe siècle, c'est une révolution à la fois marchande et culturelle qui se produit partout en Europe, laquelle va entraîner la redécouverte du droit romain après des siècles d'oubli, et la reprise de son enseignement dans les universités européennes⁸.

Alors le droit romain de l'arbitrage transmet un modèle à l'Europe médiévale, dont on peut tracer les grandes lignes. D'abord en droit romain l'arbitrage commence par un compromis, acte passé entre les parties en litige et par lequel elles choisissent leur arbitre, exposent leur différend et promettent par avance, sans connaître la solution à venir, de la respecter et de l'exécuter⁹. L'arbitre doit ensuite accepter sa mission. L'acte qui constate cette acceptation s'appelle le *receptum arbitrii*¹⁰. C'est

⁷ Voir J.-L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel, J. Thibaut-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, Coll. Droit fondamental, 10 éd., avril 2003, 628 p.; et G. Antonetti, *Histoire contemporaine, politique et sociale*, PUF, Coll. Droit fondamental, 9e éd., 2003, 626 p.

⁸ Cf. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit...*, *op. cit.*, p. 137, n 78 et s.

⁹ Il est la première étape, nécessaire, de l'arbitrage romain: D. IV. VIII, 11 § 1.

¹⁰ C'est cet engagement qui donne son nom au titre que le Digeste consacre l'arbitrage: D. IV, VIII, *De re-*

un autre *negotium* passé cette fois entre les deux parties et chacun des arbitres, acte que l'on appelle aujourd'hui en droit français le contrat d'arbitre¹¹. En droit romain il s'agit d'une étape essentielle car l'arbitre qui aura accepté sa mission devra la mener jusqu'à son terme, comme un juge, et le préteur romain l'y contraindra au besoin¹².

Le droit romain prévoit encore toute une série de règles ou d'usages tenant au nombre des arbitres (les arbitres sont généralement deux¹³), aux matières qui peuvent leur être soumises (toutes à l'exception des litiges tenant au droit pénal et à la condition des personnes¹⁴), au délai de l'arbitrage¹⁵, aux jours où les arbitres doivent accomplir leur mission¹⁶, au tiers arbitre qui devra être nommé en cas d'avis partagés¹⁷... Enfin le droit romain prévoit qu'une fois la sentence arbitrale rendue, celle-ci ne pourra pas faire l'objet d'un recours. Un fragment d'Ulpian au Digeste indique très clairement que l'on doit s'en tenir à la sentence de l'arbitre, qu'elle soit juste ou injuste, « sive aequa sive iniqua sit »¹⁸. Et l'auteur, citant un empereur, explique « qu'il faut supporter d'une âme égale une sentence peu fondée », parce que « l'on ne doit s'en prendre qu'à soi-même » d'avoir renoncé aux tribunaux ordinaires pour préférer l'arbitrage¹⁹.

L'on observe alors la logique globale qui est celle du droit romain : lorsque les parties n'exécuteront pas le compromis, par exemple lorsque l'une d'entre elles décidera de porter le litige devant le juge étatique, le droit ne la contraindra qu'à payer des dommages-et-intérêts, le plus souvent d'ailleurs la peine qu'auront stipulée les parties dans leur compromis. En revanche le droit romain assure l'exécution forcée de l'engagement de l'arbitre.

Tel est dans ses grandes lignes l'arbitrage romain découvert en Europe et enseigné dès la fin du XI^e siècle. Si ce modèle romain sera repris quasi intégralement, il y a tout de même deux points sur lesquels le droit français va adopter des solutions différentes, deux points qui nous révèlent deux images différentes de la monarchie : le premier est celui des voies de recours, interdites en droit romain mais qui seront toujours possibles en France, dès le XIII^e siècle ; le second est celui de l'arbitrage obligatoire, le roi décidant au XVI^e siècle qu'entre certaines personnes et en certaines matières, les parties devront avoir recours à des arbitres, non à des juges.

ceptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

¹¹ Voir Th. Clay : *L'arbitre*. Préface de Ph. Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, spéc. n° 608-609 et 620.

¹² Cf. Digeste IV, VIII, 3 § 1.

¹³ D. IV, VIII, 17 § 6.

¹⁴ D. IV, VIII, 32 § 6 et 7.

¹⁵ D. IV, VIII, 14.

¹⁶ D. IV, VIII, 13 § 3.

¹⁷ D. IV, VIII, 17 § 5.

¹⁸ Digeste IV, VIII, 27 § 2.

¹⁹ Voir B. de Loynes et Fumichon et M. Humbert, « L'arbitrage à Rome... », *op. cit.*, p. 345-346.

Il faut rappeler en premier lieu qu'au Moyen âge, avant la découverte du droit romain, le pouvoir a été confisqué par des seigneurs locaux et le roi, affaibli, n'est plus que l'un d'entre eux. Il cherche alors à affirmer sa nature supérieure — il est en effet sacré, recevant le sacre au début de son règne, tradition qui ne s'interrompt pas au Moyen âge — ainsi que la supériorité de sa mission, de nature publique, de manière à dominer le monde féodal. Cette mission supérieure est la mission de justice, soit le fait de faire régner le bien, l'ordre, dans l'ensemble du royaume. Le roi veut ainsi apparaître comme le seul capable de prendre à sa charge l'intérêt général de ses sujets, quand les seigneurs ne défendent que leurs intérêts propres. Le roi souverain justicier a alors deux missions plus précises : ordonner et punir, soit légiférer et rendre la justice.

Pour ce faire le roi installe progressivement ses juridictions dans l'ensemble du Royaume, juridictions hiérarchisées car à leur sommet se trouve le Parlement de Paris, compétent pour juger les appels reçus de toutes les juridictions inférieures du Royaume et non pas seulement des justices royales mais aussi de toutes les justices qui ont prospéré pendant que le roi était affaibli : justices des seigneurs, des villes, de l'Église... Et sur ces justices nombreuses, le roi va moins chercher à imposer sa compétence exclusive — d'ailleurs le peut-il ? — qu'un contrôle systématique, par le biais de l'appel porté en dernier ressort devant la plus haute juridiction étatique du royaume, le Parlement²⁰. Ainsi la justice royale se veut-elle supérieure mais non exclusive.

Suivant cette logique, ce sont alors autant de justices représentant des autorités concurrentes au roi qui sont progressivement placées sous le contrôle du Parlement de Paris, soit de la plus importante cour de justice du Royaume, la plus compétente, celle qui vient manifester toute la soumission qui doit être due à l'autorité royale.

Ce processus général concerne nécessairement l'arbitrage au fur et à mesure qu'il se diffuse. Ce sont d'abord les docteurs médiévaux qui, distinguant l'arbitre qui statue en droit de l'amiable compositeur qui statue en équité, affirment qu'un recours est possible contre la sentence de l'amiable compositeur, recours auprès d'un *bonus vir*²¹. De leur côté, les magistrats commencent par admettre la voie de l'appel-nullité, en vérifiant la validité du compromis et de la sentence arbitrale quand ils sont saisis de demandes d'exécution²². Surtout, la voie de l'appel-réformation est à son tour

²⁰ L'appel au Parlement est l'une des techniques utilisées par le roi pour contrôler les justices seigneuriales: cf. J.-L. Harouel *et alii*, *op. cit.*, p. 362, n 363 ; les justices ecclésiastiques sont également contrôlées par ce moyen qui prend pour elles le nom d'« appel comme d'abus »: cf. J.-L. Harouel *et alii*, *op. cit.*, p. 366, n°365.

²¹ A. Lefebvre-Teillard, « Arbitrer, Arbitrator seu amicabile compositor », *Revue de l'arbitrage*, 2008, p. 376 ; S. Dauchy, « Les recours contre les sentences arbitrales au parlement de Paris (XIII^e et XIV^e siècles). La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire », *Revue Historique de Droit français et Etranger (RHD)*, 3–4, 1999, p. 258.

²² *Ibid.* p. 263 et s.

progressivement ouverte par les magistrats, lorsqu'ils acceptent de modérer la condamnation arbitrale²³. Tous ces recours sont d'abord limités mais au XIV^e siècle il est admis, contrairement au droit romain, que l'appel-réformation devra toujours être possible contre les sentences arbitrales, même si les parties ont indiqué dans leur compromis qu'elles voulaient y renoncer²⁴.

Le roi accompagne ce mouvement en rendant sur ce sujet la première ordonnance en matière d'arbitrage, en 1363²⁵, et d'ailleurs cette question de l'appel, point de contact essentiel entre arbitrage et justice étatique, forme la matière quasi unique des ordonnances royales prises en matière d'arbitrage jusqu'à la fin de l'Ancien régime.

Ainsi se construit une première caractéristique, une première tradition de l'arbitrage en France : si celui-ci est bien hérité du modèle romain et par essence volontaire, soumis à la seule volonté des parties, il n'en reste pas moins une voie de justice qui dans une monarchie en pleine affirmation de sa puissance, doit demeurer soumise à son contrôle. L'arbitrage y perd nécessairement un peu de son intérêt puisque les parties savent que quoi qu'elles aient décidé, leur affaire finira en appel par être portée devant un juge.

La monarchie est ensuite à l'origine d'un autre trait caractéristique de l'arbitrage qui paraît à l'opposé du premier : le développement de l'arbitrage obligatoire. Nous sommes là au XVI^e siècle, au seuil des guerres de religion qui vont opposer Catholiques et Protestants et déchirer l'Europe. La Monarchie entre dans une période troublée où rares seront les rois qui mourront dans leur lit de mort naturelle. Ainsi Henri II meurt-il en 1559, âgé de 40 ans, suite à un accident lors d'un tournoi ; son jeune fils de 15 ans lui succède : il s'agit de François II qui mourra un an plus tard, en 1560, de maladie ; puis Charles IX mourra empoisonné tandis que Henri III et Henri IV seront assassinés²⁶...

Mais la monarchie semble alors suffisamment forte pour affronter de telles difficultés. Elle l'est même pour montrer un certain esprit de concorde comme l'incarne le chancelier Michel de L'Hospital, Chancelier du Roi qui décide en 1560 de rendre l'arbitrage obligatoire entre parents et entre marchands. Au sein de la famille, dans le cadre de relations d'affaires, il est essentiel que les bonnes relations entre les parties soient autant que possible préservées. Le Chancelier veut donc qu'elles aient recours à des arbitres, des proches qui termineront les différends et qui réconcilieront les parties. Michel de L'Hospital veut même qu'entre marchands,

²³ Cf. C. Jallamion, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, Thèse Droit Montpellier, 2004, p. 186 et s.

²⁴ Cf. S. Dauchy, « Les recours contre les sentences arbitrales ... », *op. cit.*, p. 272.

²⁵ Ordonnance de décembre 1363, *Ordonnances des rois de France de la troisième race*, t. III, p. 649.

²⁶ Cf. J.-L. Harouel *et alii*, *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 312, n° 324 et s. et P. 420, n° 407 et s.

l'arbitrage soit rendu en dernier ressort, comme en droit romain, afin que jamais de tels litiges ne viennent devant les juges et qu'ils soient terminés entre commerçants²⁷.

Les guerres de religion vont officiellement débiter deux ans plus tard en 1562. Alors que le roi cherche à négocier avec les Protestants, à se rapprocher d'eux, à leur reconnaître des libertés, la résistance catholique s'organise et en son sein l'on trouve plusieurs magistrats, notamment du Parlement de Paris. Cette institution commence alors à s'opposer au roi, refuse d'appliquer ce qu'il ordonne et notamment les textes relatifs à l'arbitrage obligatoire, que les juges comprennent désormais comme une mesure de défiance à leur égard. Commence ainsi une puissante opposition des juges face au roi dont pourtant ils tiennent leur pouvoir²⁸, opposition qui emportera la Monarchie puisque c'est pour la surmonter que Louis XVI convoquera en 1789 une assemblée des États généraux, afin de trancher ce conflit, et finalement ces États généraux se proclameront Assemblée nationale constituante, s'affirmant détenteurs de la souveraineté en lieu et place du roi²⁹.

Dans la tradition française, l'arbitrage apparaît donc aussi comme un mode de résolution des litiges qui a été développé par le souverain afin de soumettre les juges. Telles n'étaient pas sans doute encore les intentions de Michel de L'Hospital mais c'est ainsi que les juges ont fini par les ressentir et à raison puisque c'est bien en ce sens qu'agit un roi comme Louis XIV notamment, quand il accorde davantage de pouvoir aux arbitres en insistant sur la confiance qu'on peut leur accorder. C'est à l'occasion des discussions préalables à l'Ordonnance civile de 1667 que le pouvoir royal s'exprime en ce sens. Cette ordonnance contient en effet un article qui admet que les parties puissent donner pouvoir aux arbitres de « remettre, modérer et liquider »³⁰. Discutant le projet de texte, Lamoignon, premier Président du Parlement de Paris, regrette alors qu'en conférant par cet article les mêmes pouvoirs que le juge à l'arbitre, ce dernier se trouve placé à égalité avec le premier. Il tient à rappeler la supériorité des juges sur les arbitres, les premiers étant « personnes publiques, établis par la Loi et le Prince », alors que « les arbitres sont personnes privées, qui n'ont d'autre pouvoir que celui que les Parties leur donnent ». Pussort qui s'exprime pour le roi rappelle alors qu'il ne s'agit pas, par cette disposition, de mettre « les Arbitres au-dessus des Juges », mais plutôt de respecter les « lois » des parties. Cependant, sous couvert du respect dû à l'autonomie de la volonté, Pussort se livre à une critique en règle contre le corps des juges royaux, faisant remarquer que « quand les parties se mettent en arbitrage, elles choisissent chacune une personne de confiance, pour faire

²⁷ Edit de Fontainebleau d'août 1560 sur les différends entre marchands, les partages et les comptes de tutelle, Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an IV jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XIV, p. 51.

²⁸ Voir C. Jallamion, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle », *Revue de l'arbitrage*, 2005, n° 1, p. 16.

²⁹ Cf. J.-L. Harouel *et alii*, *Histoire des institutions...*, *op. cit.*, p. 504, n° 456 et s., et p. 560, n° 496 et s.

³⁰ Titre XXXI, art. 2 de l'Ordonnance civile d'avril 1667.

valoir leur droit, et pour ménager leurs intérêts : ce que l'on ne peut pas dire des Juges. Il n'est pas à présumer que les Arbitres trahissent leur ministère, et qu'ils abusent de la confiance que leurs parties ont en eux, pour favoriser la partie adverse »³¹.

Tout ceci révèle à quel point l'arbitrage est devenu l'enjeu d'un conflit entre le roi et ses juges. Il y a là une dimension politique fondamentale de l'institution, qui explique à la fois son évolution et nombre de règles de procédure destinées à l'encadrer.

Dans l'immédiat les juges ne cessent en effet de réduire le domaine de l'arbitrage, d'accroître encore le contrôle qui pèse sur lui afin de décourager les parties de choisir cette voie et de préserver leur compétence, laquelle est de plus source de profits pendant l'Ancien régime puisque les juges sont rémunérés directement par les parties. Mais celles-ci ne manquent pas d'utiliser des stratagèmes, le principal consistant à qualifier la sentence intervenue entre elles de transaction, c'est-à-dire de contrat. Ce contrat, à la différence d'une sentence ou d'un jugement, est ainsi à l'abri, du fait de sa nature même, des traditionnelles voies de recours judiciaires, l'appel notamment³². La Révolution française se souviendra évidemment de tout cela.

III. La révolution Française: le temps de la défiance envers les juges

Lorsque survient la Révolution française en 1789, elle entend détruire l'ordre ancien, faire table rase du passé. En matière de justice, il s'agit de rendre celle-ci aux citoyens après des siècles de confiscation. Il sera ainsi mis fin à la diversité des sources de l'ancien droit et à leur place s'appliqueront des lois issues des citoyens, votées par l'assemblée nationale. Ces lois devront être simples et claires afin que les juges n'aient qu'à les appliquer sans les interpréter. Ainsi les magistrats ne pourront plus se mêler de l'exercice du pouvoir législatif et celui-ci, incarnation du peuple souverain, verra sa supériorité garantie³³.

C'est tout ce nouvel état d'esprit qui marque la justice, laquelle doit désormais être fondée sur une sorte de bon sens citoyen, empreint de raison et de sagesse. De nombreux dispositifs incarnent cette philosophie nouvelle et notamment l'arbitrage qui figure au frontispice de la grande loi sur la réforme de la justice des 16–24 août 1790, laquelle commence par ces mots : « l'arbitrage est le moyen le plus raisonnable

³¹ *Procez verbal des Conférences tenues par ordre du Roy, pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris, 1709, p. 398.

³² Voir C. Jallamion, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gazette du Palais*, 17 janvier 2009, n° 17, p. 3 et s.

³³ Voir J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, PUF, Coll. Histoires, Paris, 1992, 309 p.

de terminer les contestations entre citoyens »³⁴. Le droit d'y avoir recours est un droit supérieur, un de ces droits naturels et imprescriptibles de l'Homme que la loi ne peut que déclarer, consacrer dans l'ordre positif, raison pour laquelle le législateur de 1790 rappelle qu'aucune législature à venir ne pourra y porter atteinte, à l'article 5 du texte : « le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif ». A ses côtés l'on trouve aussi l'institution du juge de paix et celle du jury populaire, introduit en matière pénale.

Mais tel est le dilemme de la Révolution : l'arbitrage volontaire, celui par principe librement choisi par les parties, ne suffit pas. Sans doute le législateur, méfiant, a voulu dès les commencements s'assurer que les citoyens feraient les bons choix et ainsi a-t-il multiplié au fur et à mesure les dispositifs d'arbitrage obligatoire. C'est en effet le cas dès la loi de 1790 portant réforme de la justice, pour tous les litiges entre parents ou entre époux, lesquels doivent donc obligatoirement être soumis à des arbitres. C'est encore le cas dans la loi du 10 juin 1793 pour le partage des biens communaux³⁵. Ce même mois de juin 1793, la nouvelle Constitution (elle ne sera pas appliquée du fait de la guerre) va même jusqu'à qualifier les juges d'arbitres publics³⁶ ! Enfin les lois des 12 brumaire³⁷ et 17 nivôse an II³⁸ qui imposent une égalité stricte entre les héritiers, égalité qui doit rétroagir au 14 juillet 1789, ordonnent aussi de confier les différends à naître à des arbitres.

Tous ces dispositifs rendent l'arbitrage volontaire inutile puisqu'il subsiste peu de champs où il n'est pas déjà obligatoire. Ils révèlent aussi une volonté forte de substituer à la justice étatique, à l'ordre judiciaire, un ordre arbitral censé assurer le règne de ce bon sens citoyen, de cet esprit de concorde auxquels croient les Révolutionnaires.

Mais en réalité, exactement comme les Révolutionnaires se défiaient des juges, ils vont se méfier des arbitres et leur imposer des règles de plus en plus nombreuses, à tel point que ces arbitrages obligatoires ressembleront rapidement, trait pour trait, à la justice publique³⁹. Ainsi est-il prévu que le juge de paix choisisse les arbitres à la place des parties quand elles n'y parviennent pas, c'est encore lui qui choisit seul le tiers arbitre et sans les consulter⁴⁰. Surtout, les lois de l'an II prévoient que les arbitres

³⁴ Loi des 16–24 août 1790, Titre Ier, Article 1^{er}, Duvergier, *Collection complète des lois*, t. I, p. 310.

³⁵ Décret des 10–11 juin 1793, Section I, Article 1^{er}, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, t. V, p. 325.

³⁶ Constitution du 24 juin 1793, articles 86 et s.

³⁷ Loi du 12 brumaire an II (2 novembre 1793) sur les droits des enfants nés hors mariage, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, t. VI, p. 269.

³⁸ Décret des 17–21 nivôse an II (6–10 janvier 1794), relatif aux donations et successions, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, t. VI, p. 373.

³⁹ Voir C. Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, n° 350, p. 69–85.

⁴⁰ Loi du 10 juin 1793, Section V, articles 15 à 19, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, t. V, p. 333.

devront appliquer les lois de partage égalitaire des successions sans pouvoir trancher en équité⁴¹. Dès lors un tel arbitrage n'a plus d'arbitrage que le nom car ce n'est pas la volonté des parties qui le façonne mais bien la volonté étatique, la volonté supérieure du législateur.

La Révolution semble donc s'être trouvée prise au piège de ses contradictions : imposer l'arbitrage au lieu de la justice, le régler autant que la justice puisqu'il avait pris sa place... Il restera pourtant de cette période féconde, pleine d'utopies confrontées à la réalité de l'exercice du pouvoir, une ferveur, une croyance dans les vertus de l'arbitrage qui s'était déjà exprimée au XVI^e siècle et qui resurgira à partir de la fin du XIX^e siècle, formant ainsi une autre tradition française de l'arbitrage.

Mais pour l'instant, la Révolution s'achève par le coup d'État de Siéyès et Bonaparte qui entendent restaurer un pouvoir plus autoritaire afin de rétablir l'ordre.⁴² Si de grandes conquêtes révolutionnaires seront sauvées, tel n'est pas le cas de l'arbitrage qui, plus encore qu'au XIII^e siècle lorsque la Monarchie affirmait sa puissance, doit être sacrifié sur l'autel de la restauration de l'autorité étatique.

IV. Le premier Empire Napoléonien: le temps de l'affirmation du droit et de la justice étatiques

Dans l'histoire de l'arbitrage nous nous retrouvons là à une période qui pour la question qui nous intéresse, ressemble à celle de la Monarchie. Après l'expérience démocratique tentée par la Révolution, l'arrivée de Napoléon Bonaparte au pouvoir marque le retour à l'ordre, à un pouvoir autoritaire qui est un mélange de pouvoir militaire, monarchique et d'esprit révolutionnaire puisque Bonaparte qui a été proche de Robespierre n'entend pas renoncer aux acquis de la Révolution. Il va ainsi graver dans le marbre du Code civil l'égalité, notamment successorale ; et la liberté : celle de se marier ou de divorcer et plus encore celle de pouvoir acquérir des terres, des immeubles⁴³ alors que dans l'ancienne France les immeubles appartenaient à la famille et l'individu ne pouvait en disposer librement. Tout ceci on le comprend correspond aux attentes du groupe social qui forme d'ailleurs le premier soutien de Napoléon Bonaparte : la bourgeoisie, riche du patrimoine foncier qu'elle est en train de se constituer, et attachée aux libertés civiles révolutionnaires⁴⁴.

La sauvegarde de ces libertés civiles suppose toutefois un sacrifice : celui des libertés politiques qui sont désormais perdues. C'est dans cet état d'esprit que le droit et la justice pour ne citer que cet exemple sont réformés. Napoléon ordonne en effet

⁴¹ Décret du 12 brumaire an II, articles 3 à 7, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, t. VI, p. 269–270.

⁴² Voir G. Antonetti, *Histoire contemporaine...*, *op. cit.*, p. 141, n° 111 et s.

⁴³ Cf. la définition de la propriété donnée par l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁴⁴ Voir J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Dalloz, Connaissance du droit, 2003, 141 p.

l'immense entreprise de codification, censée contenir tout le droit et le meilleur possible. Il ordonne encore la réforme de la justice, désormais réorganisée, hiérarchisée et tout entière soumise à sa puissance : à ces conditions elle est elle aussi la meilleure possible.

Comme le rappelle René David, et l'on ne saurait mieux le dire, « le XIXe siècle croit à la vocation du droit pour régler tous les conflits sociaux. On vient de formuler avec éclat les principes du droit naturel en matière de droit privé et de droit pénal ; on se prépare à soumettre l'État lui-même au droit en élaborant un droit administratif nouveau ; on croit que le droit est apte à régler, sous tous leurs aspects, les rapports sociaux ; on n'a pas idée qu'il puisse exister, au sein de ces rapports, des secteurs pour régir lesquels le droit ne serait pas une bonne technique »⁴⁵.

Contre le meilleur droit, contre la meilleure justice, l'arbitrage ne pouvait pas grand chose et Napoléon, après que sa suppression ait été un temps évoquée, va finalement le maintenir dans le Code — non le Code civil mais le Code de procédure civile où il prend place au dernier livre — tout en le soumettant à des règles qui assurent la supériorité de la justice.

Ainsi notamment les arbitres devront se déterminer suivant le droit⁴⁶, ils devront adopter les règles de procédure suivies par les tribunaux⁴⁷, l'appel contre les sentences sera par principe ouvert⁴⁸... Tout se passe comme si l'arbitrage ne justifiait plus son existence qu'en empruntant les traits de la justice publique ; et tout se passe comme si ce mode de règlement des litiges désormais considéré comme inférieur ne pouvait encore exister qu'en ressemblant à la meilleure forme de justice, celle de l'État.

Cette politique ne manque pas d'être relayée par les juges qui se prononcent sur une question technique en apparence mais qui va venir décourager un peu plus encore la pratique de l'arbitrage : la question de la clause compromissoire, qui va se révéler un moyen efficace de diminuer ou au contraire de développer l'arbitrage.

La technique de la clause compromissoire vient de l'arbitrage obligatoire, particulièrement celui qui a longtemps existé en France entre associés. L'Ordonnance sur le commerce de Louis XIV et Colbert prévoit notamment au XVIIe siècle, comme les associés doivent impérativement soumettre leurs différends à des arbitres, que le contrat de société passé entre eux le prévoira⁴⁹. Celui-ci contient donc une clause que

⁴⁵ R. David, « Arbitrage du XIXe et arbitrage du XXe siècle », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 220.

⁴⁶ Article 1019 du Code de procédure civile de 1806 : « Les arbitres et tiers arbitres décideront d'après les règles du droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs ».

⁴⁷ Art. 1009 du Code de procédure civile : « Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établis pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues ».

⁴⁸ Article 1010 du Code de procédure civile.

⁴⁹ Ordonnance de mars 1673, Titre IV, Article 9 et s., Isambert, *Recueil général...*, op. cit., t. XIX, p. 97.

la pratique finira par désigner sous le nom de clause compromissoire, laquelle prévoit le recours aux arbitres avant même la naissance de tout différend.

On le comprend dès lors : aux origines la clause ne faisait que rappeler la volonté du législateur. Mais la technique est progressivement utilisée même en matière d'arbitrage volontaire : les parties insèrent une telle clause dans tout contrat, prévoyant ainsi par avance de soustraire leur litige à naître à la compétence du juge de droit commun. La clause exprime alors la volonté des parties et non plus celle du législateur.

Cette clause tend encore à se diffuser et on la retrouve au milieu du XIX^e siècle dans des contrats d'adhésion, contrats qui n'ont pas été négociés entre les parties et dont le contenu, établi par l'une des parties, s'impose à l'autre qui se contente de signer le contrat. C'est là particulièrement qu'elle va poser problème à propos d'un type particulier de contrat : le contrat d'assurance ; et c'est dans un tel contrat que la Cour de cassation décide en 1843 de déclarer la clause nulle, au motif qu'elle a été imposée à l'une des parties, l'assuré, qui n'en a pas mesuré la portée⁵⁰. Mais au lieu de limiter sa solution à ce type de contrat, la Cour de cassation choisit de donner à la nullité de la clause une portée générale : dans tout contrat, civil comme commercial, il n'est donc plus possible de renoncer par avance, avant même la naissance de tout litige, au droit de saisir le juge étatique, juge de droit commun et le meilleur possible, faut-il le rappeler⁵¹.

Cet arrêt de 1843 porte alors un coup rude à l'arbitrage car la pratique l'avait montré depuis plusieurs années déjà : la clause compromissoire était la principale voie d'entrée dans l'arbitrage. Celui-ci est en effet plus facilement choisi avant la naissance de tout litige, au moment où les parties passent contrat et au moment où leurs relations sont encore bonnes voire excellentes. En revanche une fois le litige né, il leur devient plus difficile de s'entendre sur quoi que ce soit, y compris sur le principe même de l'arbitrage, et le conflit existant entre elles les conduit plus naturellement vers le juge étatique.

Cette politique tant législative que judiciaire assure alors le quasi monopole de l'État en matière de justice mais il y a un prix à payer : au même moment le commerce international est en plein développement. Les contrats commerciaux internationaux contiennent des clauses compromissoires car aucune des parties ne veut se soumettre à la justice de l'État de son cocontractant. Il est donc nécessaire, en matière internationale, de disposer d'une justice neutre et le tribunal arbitral, composé par les parties, apparaît comme la seule option possible. Or comme le juge français

⁵⁰ Cass. civ., 10 juillet 1843, *Recueil Dalloz*, 1843.1.343 ; *Journal du palais*, 1843.235. L'arrêt a été à nouveau publié par la Revue de l'arbitrage avec les conclusions de l'avocat général Hello : *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 399.

⁵¹ C. Jallamion, « La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2015, n° 3, p. 739 à 780 (1^{ère} partie) et n° 4, p. 1037–1101 (2^{ème} partie), sp. P. 745–754.

refuse de reconnaître la clause compromissoire, les contrats qui en contiennent une, soit tous les contrats commerciaux internationaux, prévoient des arbitrages partout en Europe, notamment en Angleterre, mais jamais en France⁵². La France se trouve ainsi isolée des grands circuits d'échanges commerciaux et il apparaît progressivement que ce qu'elle y gagne sur le plan intérieur, lui coûte trop cher sur le plan international.

C'est un autre Bonaparte qui va le comprendre, le neveu du précédent, soit Louis-Napoléon Bonaparte, homme autoritaire mais aussi anglophile et tourné vers les questions économiques qu'il connaît bien.

V. Le second Empire Napoléonien: l'ouverture de la France au commerce international

C'est bien Louis-Napoléon Bonaparte en effet qui a à coeur d'ouvrir la France aux échanges commerciaux internationaux. Dès 1860 il signe un traité de Libre-Echange avec l'Angleterre, rapprochement favorisé par le fait que les deux Nations ont désormais un ennemi commun : la Prusse⁵³. Ce traité qui s'inscrit dans une politique très générale provoque en France une période de prospérité sans précédent que l'on appelle la « Fête impériale » : la France devient la Nation la plus riche d'Europe, absorbant à elle seule 44 % de l'or qui circule sur le continent⁵⁴, les investissements anglais et américains se multipliant. C'est aussi le début de la seconde révolution industrielle, dans la « première mondialisation », celle de la colonisation et des empires, des nouvelles technologies et de l'urbanisation croissante.

Les juges français vont alors accompagner ce long mouvement en se montrant de plus en plus favorables à l'arbitrage. Pour la première fois en 1904, année de l'Entente cordiale entre la France et l'Angleterre, la Cour de cassation française affirme en effet la validité d'un arbitrage rendu à partir d'une clause compromissoire, parce que celle-ci avait été stipulée dans un État qui la reconnaissait comme valable⁵⁵.

C'est un progrès même s'il demeure fragile car la validité de l'arbitrage dépend pour l'instant du lieu où le contrat à l'origine du litige a été conclu. Un projet de loi est alors déposé en France en vue d'admettre la validité de la clause⁵⁶ mais celui-ci

⁵² Voir par exemple Cass. req., 11 décembre 1860, 1^{ère} espèce, *Recueil Dalloz* 1861.166.

⁵³ Sur les réformes du droit commercial français inspirés de l'Angleterre, notamment après la signature du Traité de Libre-Échange en 1860, voir *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, A. Sayag et J. Hilaire dir., Librairies techniques, 1984, p. 149-151.

⁵⁴ Voir G. Antonetti, *Histoire contemporaine...*, *op. cit.*, p. 288, n. 243.

⁵⁵ Voir Cass. req., 21 janvier 1904, *Recueil Dalloz*, 1906.1.395 : « s'agissant d'une convention formée en pays étranger entre personnes de nationalités différentes, ladite clause doit produire effet en France et s'impose aux tribunaux français, si elle n'est pas contraire à l'ordre public ».

⁵⁶ Le projet de loi a été déposé par Etienne Flandin aux fins de modification des articles 1003 et 1006 du Code de procédure civile. Cf. Note sous la loi du 31 décembre 1925, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, année 1926, p. 26.

est ajourné et sur ce sujet les discussions ne reprennent véritablement qu'après la Première guerre mondiale.

Les années 1920 à 1930 sont alors décisives, dans une Europe habitée par la crainte de l'Allemagne. Dans ce pays écrasé par les réparations de guerre, l'on redoute une révolution communiste comme en Russie ou une révolution nationaliste. Le contexte est particulièrement tendu en 1922 quand l'Allemagne sollicite plusieurs moratoires sur les réparations, ce que la France refuse au point qu'elle fait occuper militairement la zone de la Ruhr en janvier 1923. C'est encore à la fin de cette même année qu'Adolf Hitler qui n'est encore que le chef de son parti tente un putsch en Bavière.

Or c'est cette même année 1923 que des efforts internationaux sont consentis en vue de développer l'arbitrage, alors considérée comme une institution destinée à favoriser les affaires et donc comme une institution de paix. Ainsi en janvier 1923 la Chambre d'arbitrage de la Cour de commerce internationale ouvre ses portes à Paris : elle est destinée à favoriser l'arbitrage entre les différentes nations et particulièrement entre la France, l'Angleterre et l'Allemagne. Très clairement le monde financier, commerçant, s'organise pour éviter une nouvelle guerre, pour protéger les investissements massifs qui ont été faits en Europe et la France, pays allié le plus proche de l'Allemagne, apparaît comme la mieux placée pour concentrer ces efforts. Également le 24 septembre 1923 est adopté à Genève, à l'initiative de la Société des Nations, un protocole qui valide la clause compromissoire stipulée dans un contrat international. C'est pour le ratifier que la France modifie en droit en 1925, admettant la validité de la clause compromissoire en matière commerciale, tant interne qu'internationale⁵⁷.

Et les magistrats de l'ordre judiciaire continuent d'accompagner ce mouvement en édictant peu à peu, par-delà la seule question de la clause compromissoire, un droit spécifique en matière d'arbitrage commercial international, de plus en plus favorable. L'on peut citer notamment le fait que la sentence arbitrale étrangère soit, comme le décide la Cour de cassation en 1928, assimilée à un contrat et non à un jugement étranger, si bien qu'au moment d'accorder l'*exequatur* le juge français ne se livre à son égard qu'à un contrôle allégé, *prima facie*, ce qui bien entendu permet en France une exécution plus facile des sentences arbitrales étrangères⁵⁸.

Bien sûr, tout ceci n'aura pas suffi à éviter une nouvelle guerre mais une évolution est en marche depuis la fin du XIXe siècle qui n'a pas encore cessé

⁵⁷ Loi du 31 décembre 1925, Duvergier, *Collection...*, *op. cit.*, année 1926, p. 25.

⁵⁸ Cass. req., 9 juillet 1928, *Recueil Dalloz*, 1928.1.173 ; « les contrats, lorsqu'ils ne sont entachés d'aucun vice, obligent en quelque lieu que ce soit ceux qui les ont consentis ; que les tribunaux n'ont pas à les modifier, mais seulement à les interpréter et à les appliquer ; que dès lors si la cour d'appel avait le devoir de vérifier (...) la validité en France de la sentence dont l'*exequatur* était demandé, il ne lui appartenait pas (...) d'en réviser au fond les dispositions et de méconnaître ainsi les effets légaux du contrat en vertu duquel elle avait été rendue ».

aujourd'hui, même si des critiques anciennes sont en train de resurgir. L'on comprend mieux cette évolution en se souvenant qu'elle puise ses racines dans les ordonnances de Michel de L'Hospital comme dans les lois de la Révolution française. Puissante tradition française de l'arbitrage, elle fait aujourd'hui de la France l'un des pays les plus favorables à cette institution, doté d'une législation considérée comme l'une des plus sûres en termes de respect de la clause compromissoire et de force obligatoire de la parole donnée.

References / Библиографический список

- Antonetti, G. (2003). *Histoire contemporaine, politique et sociale*. Presses universitaires de France, Coll. Droit fondamental, 9e éd.
- Carbasse, J.-M. (2001). *Introduction historique au droit*. Presses universitaires de France, Coll. Droit fondamental.
- Clay, Th. (2001). *L'arbitre*. Préface de Ph. Fouchard. Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, spéc. n° 608-609 et 620.
- Dauchy, S. (1999). Les recours contre les sentences arbitrales au parlement de Paris (XIIIe et XIVe siècles). La doctrine et la législation à l'épreuve de la pratique judiciaire. *Revue Historique de Droit français et Etranger (RHD)*, (3-4), pp. 255–312.
- David, R. (1965). *Arbitrage du XIXe et arbitrage du XXe siècle*. Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, Paris.
- Fumichon, B., Humbert, M. (2003). L'arbitrage à Rome. *Revue de l'arbitrage*, (2), p. 285–348.
- Halpérin, J.-L. (1992). L'impossible Code civil, Presses universitaires de France, Coll. Histoires, Paris, 309 p.
- Halpérin, J.-L. (2003). Le Code civil, Dalloz, Connaissance du droit, 141 p.
- Harouel, J.-L., Barbey, J., Bournazel, E., Thibaut-Payen, J. (2003). Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, Presses universitaires de France, Coll. Droit fondamental, 10 éd., avril 2003, 628 p.
- Jallamion, C. (2004). L'arbitrage en matière civile du XVIIe au XIXe siècle. L'exemple de Montpellier. *Thèse Droit Montpellier*, pp. 186 et s.
- Jallamion, C. (2005). Arbitrage et pouvoir politique en France du XVIIe au XIXe siècle. *Revue de l'arbitrage*, (1), pp. 3–62.
- Jallamion, C. (2007). Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier. *Annales historiques de la Révolution française*, (350), pp. 69–85.
- Jallamion, C. (2009). Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire. *Gazette du Palais*, (17), pp. 3 et s.
- Jallamion, C. (2015). La jurisprudence française et l'arbitrage de 1853 à 1958 : de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international. *Revue de l'arbitrage*, (3), pp. 739–780 (1ère partie), pp. 1037–1101 (2ème partie), sp. p. 745–754.
- Jeanclos, Y. (1977). *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XIIIe au XVe siècle*, Thèse Droit Dijon, 1977, 347 p.
- Jeanclos, Y. (1999). La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle, éléments d'analyse. *Revue de l'arbitrage*, (3), pp. 417–473.
- Lafont, S. (2000). L'arbitrage en Mésopotamie. *Revue de l'arbitrage*, (4), pp. 557–590.
- Lefebvre-Teillard, A. (2006). L'arbitrage en droit canonique. *Revue de l'arbitrage*, (1), pp. 5–34.
- Lefebvre-Teillard, A. (2008). Arbitrator seu amicus compositor. *Revue de l'arbitrage*, pp. 369–387.

- Lefebvre-Teillard, A. (2010). Justice publique, justice privée : les origines canoniques de quelques grands traits caractéristiques de l'arbitrage. *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur, t. II, Öffentliches Recht*, éd. Franck Roumy, Mathias Schmoeckel, Orazio Condorelli, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2010 (*Norm und Struktur*, 37/2), p. 133–154.
- Lefebvre-Teillard, A. (2008). Arbitrer, Arbitrator seu amicabile compositor. *Revue de l'arbitrage*, pp. 369–387.
- Papadatou, D. (2000). L'arbitrage byzantin. *Revue de l'arbitrage*, (3), pp. 349–376.
- Sayag, A., Hilaire J. (1984). *Quel droit des affaires pour demain? Essai de prospective juridique*, Librairies techniques, pp. 149–151.
- Velissaropoulos-Karakostas, J. (2000). L'arbitrage dans la Grèce antique, époques archaïque et classique. *Revue de l'arbitrage*, (1), pp. 9–26.

Information about the Author

Carine Jallamion, LL.D., Professor of History of Law, the Faculty of Law, Montpellier University
ORCID ID: 0000-0001-6400-843X

For citation:

Jallamion, C. (2018). La tradition française de l'arbitrage. *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 289–306. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-289-306.

Article received February 22, 2018

Article accepted April 15, 2018

ФРАНЦУЗСКАЯ ТРАДИЦИЯ АРБИТРАЖА

К. Жалламион

Университет Монпелье

Факультет права и политологии

34060, Монпелье, Франция, Университетская ул., 39

Развитие института арбитража во Франции имеет длительную историю и имеет свое начало в римском праве. С начала возрождения последнего в XII в. Франция заимствовала большинство римских правил в отношении арбитража, и таким образом основывается на свободе воли сторон. В то же время постепенно проявляются и особенности французской модели, связанные главным образом с тем фактом, что решения арбитражей могли быть обжалованы в Парламенте. Посредством данного института король контролировал осуществление справедливого судопроизводства и начиная со Средневековья утверждал свою суверенную позицию в государстве.

Разрыв с этой традицией произошел только в XVI в., когда канцлер Michel de L'Hospital сделал решения арбитражей между торговцами и членами одной семьи обязательными в целях сохранения их хороших отношений. Судьи, видевшие в этом сокращение их юрисдикции, не принимали реформ. Арбитраж стал инструментом борьбы между королем и судьями, что нашло отражение и в религиозных войнах, и позже в XVII и XVIII вв. Следующие изменения были спровоцированы Французской революцией. Законодатель стремился привлечь граждан к осуществлению правосудия и развивал институт арбитража, как инструмент, отличающийся от традиционной юстиции. Наконец, приход к власти Наполеона Бонапарта и принятие Гражданско-

процессуального кодекса означили собой третий поворот в развитии института. Император значительно изменил право и стремился реорганизовать юстицию наилучшим образом, чтобы восстановить доверие к институту. Арбитраж таким образом был нивелирован как более низкий по качеству инструмент, как не предоставляющий достаточных гарантий для сторон. Лишь оживление международной торговли в Европе в конце XIX в. привело к возвращению использования института арбитража, благосклонному отношению к нему власти и судей.

Ключевые слова: арбитраж; история; правосудие; арбитражная оговорка; международный арбитраж; Мишель де л'Опиталь; Парламент; Французская революция; Гражданско-процессуальный кодекс

Сведения об авторе

Карин Жалламион, профессор истории права, Университет Монпелье, Факультет права и политологии

ORCID ID: 0000-0001-6400-843X

Для цитирования:

Жалламион К. Французская традиция арбитража // *Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки*. 2018. Т. 22. № 2. С. 289–306. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-289-306.

Дата поступления в редакцию: 22 февраля 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.



doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-307-313

**THE STUDY OF SOVIET AND POST-SOVIET STATEHOOD
AS A SINGLE HISTORICAL PROCESS
BOOK REVIEW: «SOVIET AND POST-SOVIET STATE AND
LAW (COMPARATIVE LEGAL STUDY)»
BY M.N. MARCHENKO (MOSCOW: PROSPEKT PUBL., 2017)**

Anisim I. Ekimov

Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)
Law Institute
6, Miklukho-Maklaya st., Moscow, Russia, 117198

The large scale analysis of the Soviet and post-Soviet periods of development of the national statehood is given in the new book of the famous Russian lawyer, Prof. M.N. Marchenko. The Soviet past is usually viewed as an era of the greatest achievements of the Russian people and as a time of terrible crimes committed against it. However, the post-Soviet period does not obtain perfection. The research methodology used by the author excludes a leaning in the analysis of Soviet and post-Soviet statehood. With some stages in the development of Russia appear to be only evil, and others, on the contrary, are being praised without any measure. Prof. M.N. Marchenko considers any attempts to expose destructive criticism of both periods, in the development of our state and law, are ineffective.

Using the comparative method of research combined with dialectical and historical approaches, the scientist comes to an important conclusion for the Russian legal science that the Soviet and post-Soviet statehoods are not heterogeneous but homogeneous phenomena. It is emphasized what is common between them prevails in relation to the particular, constitutes the national «root base», the foundation of the Soviet and post-Soviet states. This is predetermined by the fact that they arose on the basis of the same national and cultural society — the Russian society. Furthermore, they arose in the historical framework of the Russian state. Passing through the drastically different stages of development in its history, the Russian state solely never ceases to stand by its original nature, the culture of its people, its historical traditions and folk customs. In each type of state that arisen on the basis of Russian society, genetically incorporated generic features and traits familiar to the Russian state as a phenomenon in general.

Outlining these positions, the author believes that it is possible and necessary to speak about continuity between the Soviet and post-Soviet states. Until recent times such a judgment could be considered unpleasant, a desire not to recognize the greatness of the changes that took place in 1917, then in 1991–1993. A comprehensive justification of the idea of continuity between phenomena was the scientist's undoubted merit, but in the closest past it was considered mutually exclusive by many scientists.

The state and law in Russia — the Soviet and post-Soviet — are viewed from the standpoint of diachronic analysis, that is, the chronological sequence of their appearance and development. Therefore, a lot of fundamentally important observations were made. Thus, the author writes the nature of the state and law are not disclosed at once, but rather intermittently, subject to the peculiarities of the place and time. Like any social organism, the state and law have periods of not only ups, rapid development, but also protracted recessions. It follows that one should not make far-reaching conclusions about the essence of the state and law, based only on occasional events that are not conditioned by profound social factors. Diachronic comparative analysis reveals the unfolding of the essence of the Soviet and post-Soviet state and law. However, it is not fully used in the work. The post-Soviet state has existed for more than a quarter of a century. The question arises: what did the Soviet and post-Soviet states achieve in comparable periods of time? In this case, it should be born in mind that they started their history from different initial points of reference. The Soviet state arose as a result of severe shocks caused by the World War I and civil war. The post-Soviet state eventually became the heir of one of the two superpowers, whose influence extended to the whole world. A comparative analysis of the dynamics of the essence of each of these states undoubtedly has not only a scientific but also a practical meaning.

The book examines the state legal doctrines of the Soviet and post-Soviet periods. It is rightly noted that the Marxist-Leninist doctrine of the state and law practically was not realized in any of the countries (p. 145). The surrogates and pseudo-Marxist institutions were created instead of a socialist state and law. But the discrepancy between the state legal theory and the practice of its implementation, as the author believes, does not give grounds for generalizing and drawing conclusions about the general inadequacy of this theory and the inconsistency of all state-legal practice; the failures of socialism were connected not with the idea of socialism, but with its realization (p. 153).

Theories of the post-Soviet state are considered in the monograph as theories of the transition from socialism to capitalism. They fill the deficit of strategically important concepts that emerged in post-Soviet Russia, and in this respect, as the author rightly points out, have a positive role. At the same time, he very critically assesses the theory of the legal state in its Russian version, opposes its idealization (p. 139). His position coincides with the estimates of a number of Western political scientists (F. Fukuyama and others). The point of separation of powers, according to the scientist, is only that it does not concentrate in the hands of one person or a group of peo-

ple (p. 183). In reality, the balance between the authorities is constantly changing. Perhaps, the author should dwell in detail on this issue, in order to more clearly decipher the “secret” mechanisms of democracy. Usually, as the weakest link in the theory of separation of powers, they point to the place in it of the organs of justice, which, in the event of an acute conflict with other branches of power, may prove powerless. Furthermore, the problem of ensuring a balance between the executive and legislative powers still remains. In 2017, the whole world watched as the resources of the presidential power depleted under the influence of the Congress in the United States. There was not necessary to revise the constitutional provisions, so that the power in the country had been changed noticeably. It was mainly due to subjective factors: the intentions and abilities of people in power. The study of the noted «weak spot» in the theory of separation of powers is also a task for the future. There is a very important observation of Prof. M.N. Marchenko regarding the institution of separation of powers: its existence does not mean existence of democracy (p. 141). Of course, it is true. However, without the separation of powers, things can go even worse.

The author's views on the relationship between a legal state (*Rechtsstaat*) and a civil society appear to be exceptionally significant arguing as follows. The state grew out of society, was brought to life by society and conditioned by its nature. A legal state is constructed exactly the same, but on the basis of a civil society, which precedes it. It is the condition of civil society that determines what a legal state is, not the other way around. This does not mean that a state takes the passive position of an outside observer on a civil society. A state is always present in a civil society, it is active, but does not play a “decisive role” (p. 224).

The book pays particular attention to the identification and consideration of trends in the development of post-Soviet Russia, its strengths and weaknesses. It is emphasized that some of the factors that led to the death of the Soviet state are also being manifested at the present time. These include, in particular, the conflicting views and aspirations of the ruling elite, the lack of political responsibility of the authorities for failures of its politics, and nationalist, separatist and extremist manifestations. The scientist is sure Russia will not be able to solve its problems without a strong state, without the consistent implementation of the political course aimed at the development of a self-sufficient economy, and the strengthening of the state's defensive capability (p. 310).

Prof. M.N. Marchenko clearly demonstrates the possibility of chosen methodological approach, turning to the issue of the Russian state and law future. He stresses that evolutionary or revolutionary conditions and prerequisites for the transition to the next stage takes shape at each stage of Russian society and state development. Thus, objective prerequisites for the transition to the Soviet period appeared in the pre-October period (1917). During the Soviet period, the ruling elite created predominantly subjective conditions for the transition to a liberal post-Soviet system. As shown in the book, copying Western models by post-Soviet Russia did not lead to the expected success. Therefore, in the future it seems «quite natural» (p. 43) to see a transition

from the post-Soviet stage of the Russian state and law development to the next stage, modelled on early or late capitalism or social democracy. Apparently, it is worth to listen to this forecast.

In the book, the analysis of the relations between the Soviet and post-Soviet legal systems plays an important role. Prof. M.N. Marchenko found there were similarities between several levels: the level of legal sources, the general principles of the formation and functioning of legal systems, the level of their internal composition (structure and institutional content) and, finally, the level of their theoretical perception and comprehension as homogeneous and one-order legal phenomena. In other words, the Soviet legal system is in many ways «native» to the post-Soviet system. The author concludes with making a comparison of certain elements of the Soviet and post-Soviet legal systems.

Of course, the monograph does not cover all the problems related to the research topic, such as the state of law and order, bureaucracy of the state apparatus, the principles of its formation and functioning, the relationship between the state and the church, legal axioms, etc. Apparently, the greater effectiveness of the study could be achieved by using the method of mentality, rooted in Western historiography, which is characterized by the de-ideologization of knowledge, the search for ideas and concepts that powerfully determine the human mind and behavior but lay "below" the dominant ideological systems. In this case, analysis and understanding of the state and law are dramatically transformed into what is commonly called part of the everyday way of people's life.

It is difficult to agree with certain opinions of the author, in particular, with the interpretation of the events in 1991–1993 as a military takeover, and not a political revolution or at least a counter-revolution. He believes that the events of the 1990s cannot be called a revolution, since they were prepared in the struggle, not between classes, but between different groups of the same social strata or class (p. 70). This idea does not stand up to criticism. In fact, it is known that it was the hidden struggle of classes under the flag of the struggle between different strata of society that was hidden from the people, as evidenced by the subsequent antisocialist transition.

Attention should be given to the controversial provisions of the work. I suppose that the author is too reserved about the idea of convergence as a possible direction for the development of the post-Soviet state. It was proposed by Western ideologists, in under relaxation of international tension, and was aimed at combining the advantages of capitalism and socialism within a single political and economic system. In the USSR, it was immediately declared a hostile ideological action. Now that Russia has turned away from its socialist past, the convergence theory causes superstitious fear for those who see it as an excuse for the past political practice of the USSR. It should be remembered, that academician E.M. Primakov was extremely positive about convergence throughout his career, he thought it was “a straight path for development of all humankind”.

To summarize, the book by prof. M.N. Marchenko makes a significant contribution to the formation of such a new scientific direction in national legal science as a comparative study of the past and the present in the dynamics of the state and law.

Information about the Author

Anisim I. Ekimov, Honoured Lawyer of the Russian Federation, Honoured Worker of Higher Education of the Russian Federation, Doctor of Law, Professor, Department of Theory of Law and State, Institute of Law, Peoples' Friendship University of Russia (RUDN University)

ORCID ID: 0000-0002-6463-6820

Contact information:

e-mail: rospravo@mail.ru

For citation:

Ekimov, A.I. (2018). The Study of Soviet and Post-Soviet Statehood as a Single Historical Process. Book review: "Soviet and Post-Soviet State and Law (Comparative Legal Study)" by M.N. Marchenko (Moscow: Prospekt Publ., 2017). *RUDN Journal of Law*, 22 (2), pp. 307–313. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-307-313.

Article received March 13, 2018

Article accepted April 15, 2018

ИССЛЕДОВАНИЕ СОВЕТСКОЙ И ПОСТСОВЕТСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ КАК ЕДИНОГО ИСТОРИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА О КНИГЕ М.Н. МАРЧЕНКО «СОВЕТСКОЕ И ПОСТСОВЕТСКОЕ ГОСУДАРСТВО И ПРАВО (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ)» (МОСКВА: ПРОСПЕКТ, 2017 г.)

А.И. ЭКИМОВ

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

В новой книге известного российского юриста, профессора М.Н. Марченко дается масштабный анализ советского и постсоветского периодов развития отечественной государственности. Советское прошлое обычно рассматривают и как эпоху величайших достижений нашего народа, и как время чудовищных преступлений против него. Не стал идеальным и постсоветский период. Автор

использует методологию исследования, которая исключает конъюнктурность в анализе советской и постсоветской государственности, когда одни этапы в развитии нашей страны представляются только злом, а другие, напротив восхваляются без всякой меры. Попытки подвергать уничтожающей критике тот или иной период в развитии нашего государства и права он считает контрпродуктивными.

Используя сравнительный метод исследования, соединенный с диалектическим и историческим подходами, ученый приходит к важному для нашей юридической науки выводу, что советская и постсоветская государственность — это не разнородные, а однородные феномены. Общее между ними, подчеркивается в книге, преобладает по отношению к особенному, составляет национальную «корневую основу», фундамент советского и постсоветского государства. Это предопределено тем, что они возникли на базе одного и того же национального и культурного социума — российского общества и в исторических рамках одного и того же, в конечном счете, российского государства. Проходя в своей истории кардинально различающиеся между собой этапы развития, российское государство никогда не перестает быть по своей изначальной природе, культуре народа, историческим традициям и народным обычаям именно российским, а не каким-либо иным государством. В каждом возникшем на базе российского общества типе государства генетически заложены общеродовые признаки и черты, свойственные именно российскому государству как явлению в целом.

Излагая эти позиции, автор считает, что можно и должно говорить о преемственности между советским и постсоветским государством. Всестороннее обоснование идеи преемственности между явлениями, которые еще недавно многими в нашей науке считались взаимоисключающими, — несомненная заслуга ученого.

Сведения об авторе

Экимов Анисим Иванович, Заслуженный юрист РФ, Почетный работник высшего профессионального образования РФ, доктор юридических наук, профессор, кафедра теории государства и права, юридический институт, Российский университет дружбы народов

ORCID ID: 0000-0002-6463-6820

Контактная информация:

e-mail: rospravo@mail.ru

Для цитирования:

Экимов А.И. Исследование советской и постсоветской государственности как единого исторического процесса. О книге: М.Н. Марченко «Советское и

постсоветское государство и право (сравнительно-правовое исследование)» (Москва: Проспект, 2017 г.) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 2. С. 307–313. doi: 10.22363/2313-2337-2018-22-2-307-313.

Дата поступления в редакцию: 13 марта 2018 г.

Дата принятия к печати: 15 апреля 2018 г.

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

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»

Стоимость	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

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

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»

Стоимость	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