

РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ



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

2017 Том 21 № 1

doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-1
<http://journals.rudn.ru/law>

**Научный журнал
Издается с 1997 г.**

Издание зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)
Свидетельство о регистрации ПИ No ФС 77-61212 от 30.03.2015 г.
Учредитель: Федеральное государственное автономное образовательное
учреждение высшего образования «Российский университет дружбы народов»

Главный редактор

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

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

Заместитель главного редактора

М.В. Немытина, доктор юриди-
ческих наук, профессор, РУДН,
Россия

E-mail: nemytina_mrvk@pfur.ru

Ответственный секретарь

Е.А. Сорокина, кандидат юриди-
ческих наук, РУДН, Россия

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

Члены редакционной коллегии

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

Аззуз Кердун, профессор, Университет Константина I, Алжир

Атабекова Анастасия Анатольевна, доктор филологических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

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

Безбах Виталий Васильевич, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Бехруз Хаиматулла, доктор юридических наук, профессор, Национальный университет «Одесская юридическая академия», Украина

Букалерева Людмила Александровна, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Буриан Александр Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор, Молдавская Ассоциация международного права, Республика Молдова

Гребенников Валерий Васильевич, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Демичев Дмитрий Михайлович, доктор юридических наук, профессор, Белорусский государственный экономический университет, Республика Беларусь

РЕДКОЛЛЕГИЯ

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

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

Зеленцов Александр Борисович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Инишаква Агнесса Олеговна, доктор юридических наук, профессор, Волгоградский государственный университет, Россия

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

Муромцев Геннадий Илларионович, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Нурмаганбет Ермек Талантулы, кандидат юридических наук, доцент, Казахского национального университета имени аль-Фараби, Республика Казахстан

Панагиотопулос Димитриос, профессор, Афинский университет, Греция

Рейнгольд Валерий Артурович, доктор права, доктор философии права, профессор, Балтийская Международная Академия, Латвия

Ренато Зербини Рибейро Лео, доктор юридических и социальных наук, профессор, Университетский центр Бразилиа, Бразилия

Солнцев Александр Михайлович, кандидат юридических наук, доцент, Российский университет дружбы народов, Россия

Сумбарова Марина Владимировна, доктор права, ассоциированный профессор, Балтийская Международная Академия, Латвия

Фролова Евгения Евгеньевна, доктор юридических наук, профессор, Российский университет дружбы народов, Россия

Халабуденко Олег Анатольевич, доктор права, доцент, Международный независимый университет Молдовы (ULIM), Республика Молдова

Чирич Александр, доктор юридических наук, Нишский университет, Сербия

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

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

4 выпуска в год

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

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

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

Цель и тематика

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

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

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

Основным критерием отбора материалов для публикации является их научный уровень.

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

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

Редактор: К.В. Зенкин

Компьютерная верстка: Л.Ю. Яковлев

Адрес редакции:

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

Тел.: (495) 955-07-16;

e-mail: ipk@pfur.ru

Почтовый адрес редакции:

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

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

Подписано в печать 07.03.2017. Выход в свет 22.03.2017. Формат 70×100/16.

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

Усл. печ. л. 22,0. Тираж 500 экз. Заказ № 35. Цена свободная.

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

Отпечатано в типографии ИПК РУДН

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

© Российский университет дружбы народов, 2017

RUDN University



RUDN JOURNAL OF LAW

2017 VOLUME 21 NUMBER 1

doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-1

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

Founded in 1997

Founder: PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA

EDITOR-IN-CHIEF

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

E-mail: yastrebov_oa@rudn.university

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

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

E-mail: nemytina_mrvk@pfur.ru

EXECUTIVE SECRETARY

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

E-mail: sorokina_ela@rudn.university

EDITORIAL BOARD

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

Azzouz Kerdoun, Professor, University of Constantine 1, Algeria

Atabekova Anastasia A., Doctor of Philological Science, Professor, RUDN University, Russia

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

Bezbakh Vitaliy V., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Behrouz Hashmatullah, Doctor of Legal Science, Professor, National University "Odessa Law Academy", Ukraine

Bukalerova Ljudmila A., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Burian Alexandru D., Doctor of Legal Science, Professor, Moldova International Law Association, Republic of Moldova

Grebennikov Valeriy V., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Demichev Dmitriy M., Doctor of Legal Science, Professor, Belarusian State Economics University, Republic of Belarus

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

Yeremyan Vitaliy V., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Zelentsov Alexander B., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Inshakova Agnessa O., Doctor of Legal Science, Professor, Volgograd State University, Russia

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

Muromtsev Gennadiy I., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

EDITORIAL STAFF

Nurmaganbetov Ermek T., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Al-Farabi Kazakh National University, Republic of Kazakhstan

Dimitrios Panagiotopoulos, Professor, University of Athens, Vice-Rector of the Central University of Greece, Greece

Reinhold Valerijs A., Doctor of Law, Doctor of Philosophy of Law, Professor of Baltic International Academy, Latvia

Renato Zerbini Ribeiro Leão, Doctor of Law and Social Sciences, Professor, University Center of Brasilia, Brazil

Solntsev Aleksandr M., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, RUDN University, Russia

Sumbarova Marina V., JD, Associate Professor, Baltic International Academy, Latvia

Frolova Evgeniya E., Doctor of Legal Science, Professor, RUDN University, Russia

Halabudenko Oleg A., Doctor of Legal Science, Associate Professor, Free International University of Moldova (ULIM), Republic of Moldova

Ćirić Alexander, Doctor of Law, Professor, University in Niš, Serbia

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

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

Published four times a year

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

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

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

Aim & Scope

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

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

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

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

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

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

Editor *K.V. Zenkin*

Computer design *L.Yu. Yakovlev*

Address of the Editorial Board:

3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

Postal Address of the Editorial Board:

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

Ph. +7 (495) 433-14-80; e-mail: lawjournalrudn@pfur.ru

Printing run 500 copies. Open price

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

Printed at RUDN Publishing House:

3 Ordzhonikidze str., 115419, Moscow, Russia,

Ph. +7 (495) 952-04-41; e-mail: ipk@pfur.ru

© Peoples' Friendship University of Russia, 2017

СОДЕРЖАНИЕ

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Сафонов В.Н. Концепция «интерпретивизма» в деятельности Верховного суда США.....	9
Петрова Е.А. Механизм конституционного правотворчества в США как проявление конвергенции в праве.....	28

ИСТОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Почекаев Р.Ю. Эволюция правового статуса бухарцев в российском законодательстве XVIII–XIX вв.	53
Бочкарев С.В. Политическая свобода в трудах представителей французской либеральной школы второй половины XIX в.	71

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

Конева А.Е. К вопросу о бесперспективности учреждения Всемирного суда по правам человека.....	83
Mirzaee Siavash Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and Solutions.....	102

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

Волков А.К. Правовое регулирование отношений в газовой промышленности Индии и Южно-Африканской Республике.....	115
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРАВО

Иванский В.П., Мельничук Г.В. Государственный контроль (надзор) – инструмент противодействия угрозам национальной безопасности в информационной сфере или средство защиты неприкосновенности частной жизни: соотношение частного и публичного интересов.....	136
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Балыхин А.Г. Проблемы совершенствования государственной политики в сфере местного самоуправления в условиях трансформации политической системы России..	153
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

РЕЦЕНЗИИ

Клишас А.А. Рецензия на монографию Т.Я. Хабриевой «Конституционная реформа в современном мире».....	164
Еремян В.В. Рецензия на монографию Т.Я. Хабриевой «Конституционная реформа в современном мире».....	168

PERSONALIA

70-летие В.П. Малахова.....	171
-----------------------------	-----

CONTENTS

COMPARATIVE LEGAL RESEARCH

- Safonov V.N.** Theory of Constitutional Interpretation in Activity of U.S. Supreme Court.. 9
- Petrova E.A.** The Mechanism of Constitutional Lawmaking at the United States of America as an Expression of Law Convergence..... 28

HISTORY OF LAW AND STATE

- Pochekaev R.Yu.** Evolution of the Legal Status of Bukharans in Russian Legislation of the 18th–19th cc. 53
- Bochkarev S.V.** Political Freedom in the Works of French Liberal School Representatives in the Second Half of XIX Century..... 71

INTERNATIONAL LAW

- Koneva A.E.** The Issue of Futility of Creating World Court of Human Rights..... 83
- Mirzaee Siavash** Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and Solutions..... 102

ADMINISTRATIVE LAW

- Volkov A.K.** Legal Aspects of Gas Industry Regulation in India and Republic of South Africa 115

INFORMATION LAW

- Ivanskiy V.P., Melnichuk G.V.** State Control (Supervision) is a Tool of Threat Countermeasure to National Security in the Information Sphere or Means of Privacy Protection: Balance of Public and Private Interests 136

MUNICIPAL LAW

- Balykhin A.G.** Problems of Improving of State Policy in the Local Self-Government Area in the Process of Transformation Political System of Russia 153

REVIEWS

- Klishas A.A.** Review of the Monograph: T.Y. Khabrieva “Constitutional Reform in Today's Context” 164
- Yeremyan V.V.** Review of the Monograph: T.Y. Khabrieva “Constitutional Reform in Today's Context” 168

PERSONALIA

- 70th Anniversary of V.P. Malakhov 171



doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-1-9-27

КОНЦЕПЦИЯ «ИНТЕРПРЕТИВИЗМА» В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВЕРХОВНОГО СУДА США

В.Н. Сафонов

Российский государственный университет правосудия
ул. Новочеремушкинская, 69, Москва, Россия, 117418

В современных проявлениях кризиса в политико-правовой сфере роль Верховного суда США и его интерпретационная стратегия интенсивно изучаются. Тема актуальна и в связи с функционированием института конституционного контроля. В представленной статье интерпретационная деятельность рассматривается как одна из основных функций Верховного суда США. Теоретический анализ сочетается с рассмотрением судебной практики.

Автор рассматривает такие нормативные правовые источники интерпретации, как конституционные принципы и судебные конституционные прецеденты, наряду с внешними по отношению к праву источниками (мораль, политика, социальные интересы).

В XX в. расширительное (нон-интерпретивистское) толкование обеспечило развитие американского права и базис для федерального государственного вмешательства в социально-экономические и расовые отношения.

На современном этапе доминируют подходы «текстуализма», «ориджинализма» и «судебного самоограничения». Различие в выделенных в статье подходах к интерпретивизму, по мнению автора, не являются непреодолимыми в силу сохранения доктрины прецедента в американском праве. С одной стороны, противостояние двух подходов к интерпретации — интерпретивизма и нон-интерпретивизма — не способствует правовой стабильности. С другой стороны, различные способы интерпретации востребованы и превратились в постоянный признак американского права. По мнению автора, консервативные морально-политические факторы негативно влияют на деятельность Верховного суда США, но полностью пересмотреть толкование Конституции США в XXI в. не представляется возможным.

Ключевые слова: методы конституционной интерпретации; судебное правотворчество; интерпретивизм; судебское самоограничение; текстуализм; судебный активизм; доктрина прецедента

1. ВВЕДЕНИЕ

Отсутствие ясных конституционных оснований для важных направлений деятельности (функций) Верховного суда США было следствием и причиной «присвоения» им полномочий, четко не обозначенных, «подразумеваемых» в Конституции США. Это привело к расхождению между судебными функциями (направлениями деятельности) и конституционно-нормативной основой деятельности Верховного суда США. Методы преодоления этого расхождения, сама возможность расширительной интерпретации Конституции США и состав-

ляет основу концепции интерпретивизма, являющейся в то же время и функцией, присущей деятельности Верховного суда США. Подходы к интерпретации американской Конституции в российской науке затрагивались в работах о конституционном контроле и конституционном судебном процессе, однако концепция интерпретивизма специально не исследовалась в российском правоведении.

Деятельность в соответствии с присвоенными полномочиями создает дополнительные трудности не только при анализе юрисдикции Верховного суда США, но и при анализе основных его функций, в том числе интерпретационной функции. Утвердилось мнение, что Верховный суд США выполняет правотворческую функцию [1. С. 7]. Цель настоящей статьи не в анализе признания либо опровержения сопутствующего интерпретации феномена судебного правотворчества, а в рассмотрении эволюции приемов и методов конституционной интерпретации через призму практики Верховного суда США.

Неупорядоченность в вопросе способов интерпретации есть специфический признак американской правовой системы, и господство общего права здесь не все объясняет. По словам В.И. Лафитского, «Верховный суд США строго не придерживается каких-либо единых правил или приемов толкования Конституции ... Сами судьи по-разному оценивают не только юридические свойства Конституции, но и собственную роль в ее толковании» [2. С. 125].

II. ДВА ПОДХОДА К ИНТЕРПРЕТАЦИИ КОНСТИТУЦИИ США

Отношение к интерпретации разделило американских юристов, как практиков, так и теоретиков, на две группы. Это произошло во второй половине XX в., и в трудах представителей «школы правового процесса» [3; 4] было определено как разделение по линии «интерпретивизм» — «нон-интерпретивизм».

Интерпретивисты, сторонники первого направления, вынуждены были признать наличие конституционных прецедентов как источника права, но при этом являлись сторонниками «узкого» понимания интерпретивизма, выступая против создания судьями в процессе толкования юридических конструкций, прямо не вытекающих из текста Конституции.

Нон-интерпретивисты, представители второго направления, считали не только возможным, но и необходимым развивать Конституцию США, в частности вследствие ее чрезмерной лаконичности, путем создания новых юридических конструкций в процессе интерпретации, в том числе конструкций, прямо не вытекающих из текста либо вытекающих из формулировок «неявного смысла».

Часть интерпретивистов, так называемые «ориджиналисты», были против любой новой интерпретации положений Конституции США, прежде всего положений явного смысла. По их мнению, главный метод конституционной интерпретации — строго придерживаться текста, замысла авторов юридического документа (на деле — первоначального толкования). Это прием догматического или «механического» толкования. Если это невозможно, утверждают ориджиналисты, следует делегировать функцию толкования Конституции Конгрессу

США [5. С. 18]. Если же у Конгресса США возникнут затруднения с толкованием из-за невозможности прийти к согласию по причине представительства различных социальных групп, то остается один путь – принятие Поправок к Конституции, чем Верховный суд США крайне редко занимался.

Такой подход противников нон-интерпретивизма, поныне составляющих большинство в Верховном суде США, был характерен для А. Скалии, члена Верховного суда США с 1986 до 2016 г. [6. С. 9]. Позиция сторонников взглядов А. Скалии, судебных консерваторов, отчасти обусловлена итогами активного судебного правотворчества в форме нон-интерпретивизма, осуществлявшегося составом Верховного суда США под председательством Э. Уоррена в 1953–1969 гг.

Суд под председательством Э. Уоррена исходил из того, что социальные реформы конституционно легитимны, и признал оправданными и соответствующими Конституции США реформы 1930–1960-х гг., в том числе по государственному контролю над действиями предпринимателей и по обеспечению судебной защитой прав широких слоев населения, «новых конституционных прав». К таким правам и соответствующим конституционным обязанностям правительства Верховный суд США отнес право на недискриминацию (запрет дискриминации), неприкосновенность частной жизни (“*privacy*”), право на судебную защиту социальных пособий и некоторые другие. Это нон-интерпретивистское направление имело положительный общественный резонанс, проводилось на основе расширенного толкования конституционных принципов и играло роль правового инструмента в достижении прогрессивных социальных результатов, или, говоря точнее, в ослаблении социальной напряженности.

Однако консервативные круги в США эти итоги считают негативными. Помимо «судебного шаманства» и «судебной алхимии» американские издания в последние десятилетия пестрят уничижительными определениями нон-интерпретивизма [7. С. 14–15]. По их мнению, такое «активистское» толкование вплоть до отступления от текста Конституции и создания юридических конструкций с новым смыслом («судебный активизм») представляется крайне противоречивым явлением, поскольку возрастает угроза «размывания» права, правовой неопределенности и правовой нестабильности в обществе.

«Судебный активизм» и «нон-интерпретивизм» представляют большую сложность для научной оценки по причине несоответствия между реальными действиями и выдвигаемыми публично доводами. К тому же на последнем этапе «активистами» в Верховном суде зачастую называют и консерваторов [8. С. 243]. Современные представители течения, во многих отношениях и по ряду причин утратившие инициативу с 80-х гг. XX в., не относят к своим идеям и сам термин «нон-интерпретивизм» (за исключением судьи У. Бреннана). Они соглашались на более мягкие определения типа правового либерализма и, изредка, «судебного активизма». По словам У. Бернама, «и в публичных аудито-

риях, и в своих мнениях по делам судьи стараются подчеркнуть свою роль в качестве толкователей права и затушевывают функции творцов права» [9. С. 535–538].

В середине 1980-х гг. внимание привлекли дискуссии в юридических журналах между судьей Верховного суда У. Бреннаном, главным представителем нон-интерпретивизма в судебском сообществе, и Э. Мизом, министром юстиции в администрации Р. Рейгана, защищавшим ориджиналистскую концепцию и текстуализм как буквальное толкование.

Э. Миз утверждал, что полномочия, не перечисленные в тексте Конституции, не могут быть присвоены органами федеральной власти, «слишком много решений Верховного суда США представляли собой политический выбор, а не являлись правовыми решениями на основе конституционных принципов. Закрепляя требования публичной политики, судьи, особенно в Суде Р. Уоррена, не утруждали себя обращением к тексту и замыслам отцов-основателей» [10. С. 62]. Авторы Конституции, по словам Э. Миза, никак не предусматривали появления «живой» Конституции, а, наоборот, завещали беречь ее текст. Суд, повторял Э. Миз критику консервативных сил, произвольно интерпретировал XIV Поправку и последовательно отбирал права у штатов в пользу федерального правительства. Суд воспользовался так называемыми «блистательными обобщениями XIV Поправки» (с иронией Э. Миз применяет лексику своего оппонента У. Бреннана) о надлежащей правовой процедуре и равной защите законом и истолковал их как требования материально-правового характера, которому не должны противоречить законодательные акты. Интерпретация Суда Уоррена была политизированной, поскольку в XIV Поправке речь изначально шла не о материально-правовых, а о процессуальных требованиях [10. С. 62]. Тем самым Верховный суд США присвоил себе право объявлять любой закон недействительным, а такого права по Конституции США у него нет.

Позиция У. Бреннана, многолетнего лидера «судебных активистов» в Верховном суде, называвшего себя «нон-ориджиналистом», сводилась к необходимости признания новых прав граждан. «Можно согласиться с тем, что Конституция США защищает ценности индивидуальной свободы, но ее содержание намного богаче...» [10. С. 63]. Здесь же Бреннан говорит о ценностях социального прогресса и социальной справедливости.

Положения XIV Поправки были приняты сто лет назад, говорил У. Бреннан, поэтому требовать их первоначального толкования как подтверждающего исключительно процессуальное значение требований надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом недопустимо. Недопустимо, по мнению У. Бреннана, заниматься гаданием о намерениях отцов-основателей Конституции США по современным направлениям правового регулирования, о которых они и знать не могли. «Как и любой текст, текст Конституции зависит от прочтения и толкования. Ключевой вопрос американского права — легитимная интерпретация, но легитимность не в намерениях отцов-основателей. В современных условиях, когда власть перешла к консерваторам, — говорит Бреннан, имея в

виду правительство Р. Рейгана (середина 1980-х гг.) — настаивать на презумпции текстуализма и ориджинализма означает ни больше ни меньше, как защищать консервативный политический курс. У текстуалистов и ориджиналистов выбор политический, а не выбор защиты прав граждан» [10. С. 63].

Эта дискуссия — один из примеров столкновения взглядов на методологию и результаты интерпретационной деятельности. Впервые данную проблему анализировали представители школы правового процесса. Дж. Или предостерегал от неоправданных ожиданий судей Верховного суда США в применении «мягкого конструктивизма» и «нон-интерпретивизма». Для судей, по убеждению Дж. Или, важен прежде всего текст, а интерпретация не должна быть безграничной. Но и текст должен быть... «открыт для интерпретации» [3. С. 11]. А. Бикель к судебному активизму был настроен еще более критически. Он признавал, что судьи, в отличие от законодателей, могут трактовать конституционные принципы, и именно их трактовка будет верной. В то же время следует помнить, продолжал А. Бикель, что Суд — интерпретатор, а основной законодатель — Конгресс США.

По мнению А. Бикеля, следует «рационализировать» конституционный судебный контроль так, чтобы он полностью соответствовал демократической форме правления и системе сдержек и противовесов. Только законодатель, говорит А. Бикель, может под влиянием эмоций от народных движений совершить шаги, не вполне согласующиеся с конституционно-правовыми требованиями. А судьи должны следовать Конституции и подлинно научному подходу [11. С. 34]. Смысл такого подхода в согласованности всех конституционных принципов, тем более что доктринальные приемы согласования уже имели место на предыдущих этапах конституционной истории.

Дж. Или выдвинул концепцию «*representative-reinforcing*» — «народное представительство — основа правообразования». Иначе говоря, принимать законы должен легитимный и обладающий для этого полномочиями парламент. Толковать законы должен легитимный и уполномоченный интерпретировать суд. Именно тогда, по мнению Дж. Или, процесс будет правовым. «Если Верховный суд США не соглашается с выразителем воли народа — Конгрессом США, он выступает против правления большинства». Дж. Или не абсолютизировал данный тезис и вместе с тем доказывал необходимость интерпретации как основы права. При этом целью интерпретации должна быть защита интересов не только большинства, но и меньшинства.

Принимая во внимание ожесточенность полемики, не следует преувеличивать расхождения между интерпретивистским и противоположным ему активистским (нон-интерпретивистским) подходом. Правовые позиции судей Верховного суда США связаны и другими факторами, а, кроме того, с возможностями и ограничениями судебного усмотрения. В последние десятилетия помимо текстуализма и ориджинализма на передний план выдвигаются доктрины

«судейского самоограничения» и «подразумеваемых ограничений», чаще всего применяемые с целью не допустить политизации судебной деятельности.

Многое в интерпретации зависит не только от усмотрения, но и от методов интерпретации, применяемых судьями. Такие методы имеют более юридико-техническую сущность, и не всегда связаны с интерпретивизмом либо нон-интерпретивизмом, как концептуальными подходами. Существуют два таких специфических метода толкования, как «текстуализм» и «конструктивизм».

Первый, именуемый также «буквалистским» и «механистическим», сводится к отказу от создания судебных конструкций, имеющих самостоятельный, новый, не вытекающий из прежнего толкования смысл. Следует отказаться от конструкций, «достраивающих» писанный фрагмент Конституции. В.И. Лафитский цитирует члена Верховного суда Д. Сазерленда, основного инициатора признания законов «Нового курса» Ф. Рузвельта противоречащими Конституции США: «Следует точно следовать букве Конституции, а для этого надо отказаться от права судебного пересмотра законов Конгресса Верховным судом США» [2. С. 89].

Однако, по признанию даже тех, кто принимает логику текстуализма как основу юридического мышления, например, Г. Уайта, «механицизм изжил себя в XIX веке» [8. С. 14]. Причиной ослабления роли текстуализма в XX в. до 1980-х гг. была необходимость модернизации права и потребность отступления от юридического формализма как догматической приверженности прецедентам [12. С. 9].

Было бы неверно признать жесткий «конструктивизм» основным методом толкования. Лаконизм Конституции, неявный смысл и социальные цели требуют нон-интерпретивистских приемов как неизбежных в контексте «подразумеваемых» полномочий. В конституционном судебном процессе (преимущественно интерпретационном процессе) правильнее говорить о такой реалии американского права, как интегративный характер методов толкования. А интегративное применение методов сопряжено с доктринальным характером судебного мышления и связано с необходимостью одновременного сохранения принципов и их приспособления к новым социальным условиям. В одном и том же деле применяются «конструктивистские», «механические», «системные» методы интерпретации текста Конституции, приемы, наработанные в «конституционной истории», и др.

Констатируя расхождение по вопросу интерпретации, надо признать, что четкой линии разделения на две группы не существует [13. С. 41]. Правовые позиции судей Верховного суда США связаны с другими факторами, а, кроме того, с возможностями и ограничениями судебного усмотрения. Твердые сторонники того или иного подхода к интерпретации оставили глубокий след в конституционной истории США (Дж. Бреннан, Т. Маршалл, С. О'Коннор, А. Скалия и др.). Но многих судей Верховного суда США нельзя причислить ни к той, ни к другой группировке. Они, зачастую обоснованно, занимали по большин-

ству вопросов промежуточную позицию, корректируя ее с рассмотрением новых дел и с новыми обстоятельствами, выдвигая иные юридические аргументы (Б. Уайт, Ф. Франкфуртер, Дж. Блэкмун, Г. Стивенс, Р. Гинзберг).

III. РОЛЬ ПРАВОВЫХ ПРИНЦИПОВ И ДОКТРИН В ТЕХНОЛОГИЯХ ВЕРХОВНОГО СУДА США

Конец XX — начало XXI столетия являются квинтэссенцией конституционно-правового консерватизма. Судьи Верховного суда США проявили себя сторонниками методов догматической интерпретации, прежде всего текстуализма и ориджинализма. Отказ от социокультурных и иных «внешних» факторов интерпретации сопровождался выдвиганием новых интерпретационных методов «судейского самоограничения» и «подразумеваемых ограничений», якобы с целью не допустить «политизации» судебной деятельности. По мнению многих авторов [7. С. 62; 14. С. 159], судебные консерваторы превратили идеи правового процесса (судейская сдержанность как отказ от безграничной интерпретации) в идеи т.н. «политического процесса». То есть судьи следуют за политическим курсом правительства [15. С. 256]. К. Санстейн в этой связи отметил, что многие противники судебного активизма превращаются не в «минималистов», сторонников судебного самоограничения, а в судей-радикалов, «перфекционистов», по его характеристике, которые, стремятся к демонтажу судебного активизма, сами являясь активистами [16. С. 37].

Для оценки перспектив деятельности Верховного суда США, занимающему позицию т.н. «судебного контрреформирования» (по отношению к продуктивному «реформаторскому» периоду 30–70-х гг. XX в) следует охарактеризовать основные приемы интерпретации, которые по большей части совпадают с методами интерпретации прецедентов и статутного законодательства.

Во-первых, об интерпретации прецедентов. Идеи теории «школы правового процесса» вполне согласуются с новейшими подходами к доктрине прецедента в американской юридической науке. Категорическое требование *stare decisis* не ставит судей перед альтернативой — следовать *ratio decidendi* (резюлютивному обобщению, ядру судебного постановления, *holding* – амер.) или пересматривать прецедент. Судьи могут (и делают это в большинстве рассматриваемых дел) доктринально развивать старый прецедент, приспособив его к иному типу отношений, модифицируя его формулировки к изменившимся отношениям путем надления их дополнительным смыслом [17]. По мнению американских авторов, одна из основных причин такого «урезанного», частичного пересмотра, или доктринальной модификации прецедента — в усложнившихся условиях социальной действительности. Поэтому альтернатива: либо следование прецеденту, либо его пересмотр — устарела. Именно в конституционном судебном процессе судьи должны понимать невозможность абсолютной проекции на прошлое, то есть применять право, существовавшее до новой ситуации, по от-

ношению к новым общественным конфликтам и в отношении имеющихся фактов. Судьи должны выходить за рамки конкретного спора и понимать, что их решение очень важно не только для восстановления справедливости, но и для регулирования общественных отношений, возникающих в будущем [17. С. 7].

Во-вторых, об интерпретации законов (статутов). Рассматривать интерпретацию Верховным судом Конституции США изолированно от интерпретации этим Судом статутного законодательства (законов) невозможно, поскольку судьи толкуют законы на предмет соответствия Конституции, а Конституцию и законы – на предмет соответствия принципам общего права. По словам У. Бернама, процедуры общего права служат примером при толковании законов [9. С. 109]. Данные обстоятельства и то, что эти процессуальные требования составляют фундамент Конституции США и основу мышления судей — не единственный аргумент. Причина еще и в том, что структура законов «пронизана» нормами общего права, по преимуществу имеющими форму процессуальных требований. Иначе говоря, принципы общего права, преимущественно процессуального содержания, лежат не только в основе частноправовых методов, но и вписаны в текст статутов.

Принять судебное решение при отсутствии подлежащей применению нормы (такие дела и рассматривает Верховный суд США) возможно, классифицируя, т.е. соотнося данное дело с доктринальным подходом в действующих прецедентах. Критерий применимости прецедентов уточняется с анализом фактов и соответствующего доктринального подхода (чаще всего в нескольких прецедентах). Цель Суда — принять именно правовое решение, а не «индивидуализированного», на основе судебного усмотрения. Для Верховного суда США это недопустимо, в частности потому, что такое решение по усмотрению суда не имеет обязательного характера для решений по будущим делам и создает правовую неопределенность.

Сделать это возможно, только классифицируя на основе не одного прецедента, а совокупности прецедентов (термин Р. Дворкина — «серия прецедентов»). Первичное основание решения — отбор предыдущих решений, их правовых правил *ratio decedendi*. При этом Верховный суд США выявляет не только тип отношений, к которым применимы прецеденты, но и метод их решения, например, на основе положения Конституции США об обязанности обеспечить право на обращение в суд. Конституционная судебная доктрина формируется как метод. Суд опирается и на конституционные положения, прежде всего конституционные принципы.

Главное, что обеспечивает определенность в решениях Верховного суда США — применение не столько норм (отношение к норме и понятие нормы, в том числе «прецедентной нормы», в американском праве не вполне способствует этому), сколько определенного в трактовке и правильно интерпретированного конституционно-правового принципа. И даже если решение Суда основано на тех или иных нормативных положениях, не относящихся к принципам, в ос-

нове решения, тем не менее, «закодирован» принцип, выполняющий в данном случае важнейшую функцию.

Применение прецедентных и статутных норм сопряжено с выбором Судом конституционного доктринального принципа. Почти никогда прямо применить принцип не удастся по причине различных интерпретаций в предыдущих делах и по иным причинам, например, предпочтение судей. Создаются предпосылки формирования доктринального подхода. Значение доктрины не сводится к совокупности применимых нормативных положений, но включает в себе установление конституционного принципа непосредственно из текста Конституции либо в модификации конституционных судебных прецедентов. Такая доктрина именуется конституционной судебной доктриной и близка по своему значению к источнику права.

Можно утверждать, что доктрина и с точки зрения и формирования, и в плане правоприменения не изолирована от других доктрин. Применение конституционной доктрины с учетом интерпретируемого правового материала невозможно без учета и оценки других доктрин, имеющих сходство по методу или подлежащих регулированию отношениям. По мнению Г. Ламонта, без понимания правовых доктрин невозможно понять основной метод судебной практики в американской правовой системе — аналогию права и доктрину прецедента [18. С. 2].

Сущность доктрины не столько прецедент (серия прецедентов), сколько метод правового регулирования. Метод, например, равная защита законом, в основе понимания которого юридическое равенство, это в то же время принятая в данной системе концепция. Она допускает, как и любая концепция, уточнение, корректировку, например, исключения, с целью не допустить неприемлемого фактического неравенства, например, по уплате налога. А юридические средства реализации этой концепции могут варьироваться законодателями. Что касается судей, не являющихся законодателями, их задача — либо сохранить стержневой доктринальный смысл (не отступать от юридического равенства), либо путем интерпретации обеспечить некоторую модификацию доктрины. Следовательно, конституционные судебные доктрины концептуальны, с целью сохранения устойчивости и стабильности права, и в то же время (вследствие широкой трактовки метода, публично-правового или частноправового) на улучшение права и приспособление его к изменившимся общественным условиям.

Разработка доктрин дело высокопрофессиональных юристов при содействии и важном вкладе юридической науки. Для законодателя разрабатывать правовые доктрины затруднительно, а конституционные судебные доктрины — нереально. Отсюда и гипотеза о правотворческой роли судей в США. Для судей Верховного суда США элементы правотворчества несводимы к созданию прецедентов путем разрешения судебных споров.

Существует достаточно устойчивое представление о том, что доктрины в американской правовой системе являются источником права [18. 397]. Следует,

однако, уточнить, что основной источник права — судебный прецедент, наряду с законом, и в контексте данной статьи прежде всего, с Конституцией США как законом, обладающим высшей юридической силой. Относить конституционные судебные доктрины к «вторичным», «мягким», «убеждающим» и т.п. источникам нельзя. Судебные конституционные доктрины основаны на конституционных принципах, отличающихся наиболее высокой степенью легитимности. Основанием для такого вывода является и статус Верховного суда США, основным элементом которого является не только высшей апелляционной инстанции, но право интерпретировать Конституцию.

Значение конституционных судебных доктрин в американской правовой системе в том, что они способствуют согласованию нормативистского и естественно-правового подходов и способствуют формированию интегративного подхода к праву, к Конституции, к многофункциональной судебной деятельности Верховного суда США. Судьи обязаны акцентировать действия на нормах (правовых правилах) законов и прецедентов. Однако, поскольку в сложных делах (которыми и занимается Верховный суд США), судьи должны сделать выбор в не вполне урегулированном пространстве, без применения моральных норм и признанных политических целей обойтись затруднительно. Отсюда, например внимание авторов к интерпретации, включающей так называемую “*political morality*” [19. С. 99].

IV. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА (НА ПРИМЕРЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ XIV ПОПРАВКИ)

Обратимся к примеру с конституционной судебной доктриной «действий штатов» (*state actions*). Содержание и применение ее раскрывается более полно во взаимодействии с другими доктринами, направленными на регулирование тех же отношений. Ниже речь пойдет о стремлении федерального центра принудить штаты к активным действиям против дискриминации. Этот объект конституционно-правового регулирования (принуждение властей штатов и их конституционная обязанность защищать права граждан) рассматривался Верховным судом США в соответствии с доктриной «необходимых и уместных полномочий» (*necessary and proper doctrine*).

Обе указанные доктрины проистекают из предписаний XIV Поправки, а основная цель ее I Раздела в буквальном прочтении — запрет штатам лишать граждан (освобожденных рабов) равной защиты законом и надлежащей правовой процедуры.

В первом «узком» прочтении (толковании) доктрина «действий штатов» и сводится к запрету штатам принимать дискриминационные законы. Но проявления расизма никогда не сводились только к действиям властей штатов, а были продуктом действий и частных лиц, работодателей, домовладельцев, кампаний и мелких фирм, профессиональных корпораций, социальных и образовательных

учреждений и пр. Имел ли в виду Конгресс США, принимая поправки, провозглашающие равенство прав и конституционную защиту, только действия штатов или также и действия частных лиц? После формальной отмены рабства именно дискриминация на уровне частных субъектов превратилась в тяжелую реальность.

Нежелание защищать права бывших рабов и темнокожее население при найме на работу, в образовательных учреждениях, в общественных местах Суд обосновал сомнительным доводом о направленности замысла законодателей исключительно на штаты, но не на частных лиц в соответствии с узким толкованием текста. По мнению Верховного суда США периода 70–90-х гг. XIX в., требования поправки о равенстве перед законом и о равных правах на справедливую судебную защиту (клаузулы надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом) адресованы штатам и направлены на пресечение дискриминационных действий только штатов, но не частных лиц.

Между тем дискриминация становилась позором США, в том числе при попустительстве судов. Судьи в штатах устанавливали легкие и символические наказания либо отказывались от рассмотрения данных дел. Рассмотрим интерпретационные аспекты в судебной деятельности.

Во-первых, трудно представить, чтобы законодатель видел единственных нарушителей в лице штатов и не имел в виду другие проявления расизма. Во-вторых, в тексте XIV Поправки Раздел 5 установлена связь между целью запрета дискриминационных действий связь и действиями, обеспечиваемыми реализацию этой цели: «Конгресс ... имеет право исполнять настоящую статью [Поправки XIV — В.С.] посредством принятия соответствующего законодательства» [9. С. 1202]. В-третьих, законодатель своими действиями в это время еще раз подтвердил, опираясь на полномочие издавать необходимые и уместные законы и сходную формулировку Раздела 5 («посредством принятия соответствующего законодательства»), что он борется с расизмом частных лиц в социально-трудовой сфере и в иных сферах отношений. В 1875 г. Конгресс США, столкнувшись с плохо скрываемым саботажем властей штатов и частных учреждений по защите прав бывших рабов, принял Закон о гражданских правах (первый Закон о гражданских правах). Вопреки чрезмерной осторожности завуалированности формулировок ответственность частных лиц устанавливалась. Но реализация этого закона затянулась из-за противодействия расистов и судов штатов. В Верховный суд США поступала большая группа однородных дел с исками против нарушителей, в том числе частных лиц.

Должен ли Суд реагировать на расизм как продукт действий частных лиц? «Нет, не должен», — таким был ответ Верховного суда США в 1883 г., когда он

принял общее решение в деле *Civil Right Cases*¹. Суд обратился к судебной интерпретации 5 раздела XIV Поправки и постановил, что Конгресс США не имел полномочий принимать закон, ограничивающий права частных лиц. Суд оторвал цель 1 раздела (борьба с дискриминацией) от законодательного обеспечения достижения этой цели. Суд проигнорировал, что смысл положения 5 раздела XIV Поправки «Конгресс имеет право исполнять... путем принятия соответствующего законодательства» совпадает со смыслом положения 8-го раздела Статьи I основного текста Конституции США — «Конгресс имеет право издавать все законы, каковые будут необходимы и уместны» [1. С. 42].

Решение Верховного суда США 1875 г. основывалось на преднамеренно узкой интерпретации, не выходящей за рамки механического толкования текста. Суд старался «не заметить», что суть проблемы не только в расистских законах штатов, а в укорененности расизма и в ограничении конституционных прав на всех уровнях различными субъектами правоотношений. Суд отказался обеспечить судебной защитой граждан, подвергающихся дискриминации.

Только через 80 лет, в 1966 г., в обстановке движения за гражданские права в решении по делу *U.S. v. Guest*², 1966 г., Верховный суд США иначе интерпретировал доктрину «действий штатов». Суд разъяснил, что для признания противоречащими Конституции США дискриминационных действий вовсе не обязательна формула «преднамеренная дискриминация по цвету кожи». Дискриминацию следует трактовать более широко, распространять на все социальные группы, а не только на чернокожих граждан. Следует наказывать не только за нормативно закрепленные штатах дискриминационные меры, но подлежат наказанию и запугивание, оказание психологического давления, шантаж и т.п. Особое значение имело признание судом того факта, что власти штата в подобных случаях могут играть косвенную роль, например, бездействовать, но и в этих случаях они несут ответственность. Иначе говоря, ответственность устанавливается даже без наличия умысла.

Суд применил формулировку «строгая ответственность» в соответствии с принципами деликтного, частного права. Суд все же установил связь между разделом 1 и разделом 5 XIV Поправки, применяя поправку против частных лиц.

Сложной оставалась проблема ответственности официальных лиц и государственных служащих в штатах. Если официальное лицо совершает действие по десегрегации и, например, вынуждает родителей перевести ребенка в другую школу, либо, наоборот, бездействует, то какая ответственность возлагается на это лицо? Конгресс США в новом Законе о гражданских правах 1964 г. не нашел ясного ответа на вопрос об ответственности официальных лиц (государ-

¹ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883)

² *United States v. Guest*, 383 U.S. 745 (1966).

ственных служащих) как частных лиц, действовавших по собственной инициативе и по свою ответственность. В дальнейшем Суд сталкивался с такими проблемами постоянно, в том числе в рамках проблемы «обратной дискриминации» (дискриминации белых). Проблема обострилась после принятия законов об обязательных автобусных перевозках детей для расового баланса в школах и после предоставления квот на поступление в высшие учебные заведения представителям национальных меньшинств.

В деле 2000 г. *U.S. v. Morrison*³ Судом рассматривался Закон Конгресса «О запрете гендерного насилия в официальных учреждениях». В законе была установлена единая ответственность за факты дискриминации со стороны служащих как частных лиц. Законодатель опирался на свое несомненное право принимать законы, нормы которых обеспечивают запрет дискриминации на всех уровнях.

Но Верховный суд США признал Закон противоречащим Конституции. Действуя в консервативном направлении, Суд вновь, как и 120 лет назад, отказал в праве федеральному Конгрессу принимать по клаузуле «равной защите законом», решения, касающиеся частных лиц, утверждая, что компетенция Конгресса по I Разделу XIV Поправки основывается на принятии мер против штатов, но не против частных лиц. Суд (неожиданно для общественности) вновь не увидел связи между конституционными требованиями равноправия и полномочиями законодательной власти принимать законы с целью установления равноправия. Временно отодвинутая Судом (1964–2000 гг.), доктрина «действий штатов» в старой интерпретации была реанимирована в новых правоконсервативных социально-политических условиях.

Как и во времена Реконструкции, Верховный суд США игнорировал, что Конгресс США, принимая данный закон, хотел исправить проблему как общенациональную и как усилившуюся при потворстве всех ветвей и уровней власти, всех субъектов права, в особенности при бездействии властей в штатах, при попустительстве судов, не обеспечивавших судебной защитой жертв сексуального насилия и гендерной дискриминации [13. С. 220].

Верховный суд США, не обращая внимания на цели Конгресса США и ответственность официальных структур в штатах, «возвратил из небытия» конституционную доктрину «state actions», объявил об отсутствии прямой связи между требованиями 1 Раздела XIV Поправки бороться с дискриминацией и полномочием 5 Раздела XIV Поправки законодательно обеспечить эти требования. 1 Раздел XIV Поправки, по мнению судебного большинства, «направлен против действий штатов и официальных лиц», а в 5 Разделе, по словам А. Скалии, основного докладчика по делу Моррисона, «речь идет о гарантиях частных

³ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000)

лиц» [5. С. 119]. Судья Скалия выступил против гибкого расширительного толкования «необходимых и уместных полномочий», положения 8 Раздела Конституции, по смыслу идентичного 5 Разделу XIV Поправки [5. С. 124]. Действительный смысл этих положений в том, что реализовать принципы следует через законодательное обеспечение. Мысль А. Скалии была направлена против этого очевидного единого смысла.

А. Скалия отстаивал в качестве основного, «узкого» метода интерпретации, текстуализм и был главным оппонентом нон-интерпретивизма, но его позиция определялась и правой политической идеологией. Приведем два примера.

О политизированной позиции А. Скалии свидетельствует тот факт, что он в аргументации был готов отказаться от текстуализма. Так, в вопросе о судебных исках против штатов, их органов и служащих А. Скалия неожиданно для юридического сообщества отказался от следования методу текстуализма в толковании XI Поправки Конституции. Текст этой Поправки ослаблял федеральный контроль над штатами и их судами только по одному и не самому важному вопросу о полномочии судов штатов, а не федеральных судов, рассматривать споры между штатом и гражданами других штатов.

А. Скалия понимал, что текстуальный метод здесь не работает, и перешел к иной позиции, которую он обозначил в программной книге [6]. Перечислив множество аргументов в пользу текстуализма, А. Скалия заявил: «Текстуализм вне контекста имеет мало смысла» [6. С. 37], то есть повторил тезис нон-интерпретивистов и Р. Дворкина, с которым полемизировал в данной книге.

В другом деле⁴, при других обстоятельствах и целях А. Скалия иначе защищал бездействие штатов. Судья обратился к словарю 1860 г. и пытался показать, что термин “*enforce*” (из 5 Раздела) не означает осуществления путем принятия законодательства. Он сводится по смыслу всего лишь к «введению в действие» [5. С. 121]. Однако современные словари, к которым А. Скалия не пожелал обращаться под ориджиналистским предлогом, понимают под “*enforce*” «обеспечение соблюдения на основе властных (принудительного характера) полномочий». Доктрина «необходимых и уместных полномочий» при такой интерпретации совпадает по смыслу с “*enforce appropriate law*” — обеспечить соблюдение принципов путем соответствующего законодательства.

Итак, доктрина (как доктринальный подход, в основе которого метод) подлежит применению судьями в процессе разрешения дел [9. С. 70]. Признание доктрин одним из источников права есть результат не только общего права и его методологии. Доктрины с основополагающей ролью принципов применяются для усиления эффективности права, немислимой без учета так называе-

⁴ *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).

мых «внешних», социо-культурных факторов, и без учета складывающихся новых социальных отношений.

Правовая природа конституционных принципов извлекается не только из текста прецедента (*ratio decedendi*), но и из социальной практики, обычаев и традиций и конвенциональной (принятой и согласованной общественным большинством) морали. По мнению американских авторов, даже противник судебного правотворчества Р. Дворкин полагает, что судьи вносят наиболее существенный вклад в реформирование права [19. С. 35]. Судьи могут конструктивно интерпретировать право, определить содержание и цель правового требования в соответствии с принятыми формами и правовым стилем.

Основная задача судей, опираясь на различные основания, в том числе на доводы юридической науки, доказать необходимость тех или иных нормативных требований и государственного принуждения. В части 7 своей работы «Империя права» Р. Дворкин доказывает, что такой подход, называемый им интерпретивизмом, должен осуществляться не законодателями, а судьями [19. С. 5]. Такое согласование является основой технологии интерпретивизма и одновременно интегративной концепции права.

Доктрины развиваются в процессе судебной деятельности, и это развитие требует умеренного применения ориджинализма, а не опоры на него всецело. По мнению американского автора Р. Бреста [10. С. 70], применение ориджинализма означает, что текст и первичные намерения конклюдивны (обязательны и окончательны). Применение нон-ориджинализма означает, что намерения авторов закона (Конституции) не имеют абсолютного влияния. Для представителей нон-ориджинализма линия прецедента и применения ориджиналистских намерений не отменяется (она презумптивна), но может быть пересмотрена по мере изменения публичных ценностей (ценностей государственно-организованного общества). Презумпция приоритета намерений авторов в интерпретационной деятельности Верховного суда США преодолевается путем принятия судебных решений в соответствии с клаузулами широкого, следовательно, неявного, смысла о свободе, равенстве и справедливости (последнее в виде процессуальной справедливости и равных возможностей). В соответствующих конституционных положениях (клаузулах) переплетаются вопросы морали и права. По мнению исследователей, разделяющих взгляды нон-интерпретивистов, именно так (в соответствии с принципами естественно-правовой справедливости) и следует защищать фундаментальные ценности и демократическую систему [9. С. 538].

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Выдвижение ориджинализма и текстуализма в качестве основных методов интерпретации поставило трудную проблему — что делать с утвержденными в период судебного активизма 30–60-х гг. (и утвердившимися в правовой культу-

ре США) прецедентами и доктринами? Отменить их в обозримые сроки вследствие господства прецедента и необходимости длительного обсуждения (и по социальным условиям) не представляется возможным. Задача возвращения к «старой либеральной классике» конституционного права, по меньшей мере, в течение жизни одного поколения неразрешима.

Проблема не во взглядах наиболее авторитетных судей и ученых последних десятилетий, таких как А. Скалия и Р. Дворкин. Сущность проблемы в отсутствии возможности кардинального изменения сложившегося статус-кво по одному из главных вопросов права США — о толковании Конституции. Отрицание доктрины «необходимых и уместных полномочий» — это отрицание основополагающего для понимания американского конституционализма прецедента 1823 г. *McCulloch v. Maryland*⁵, в котором Дж. Маршаллом было заявлено о так называемых «подразумеваемых» полномочиях, по своей природе требующих расширительной интерпретации.

Добавим к этому, что понятие конституционной судебной доктрины, если отказаться от поверхностного подхода, является системным и сложносоставным. Если убрать один кирпич, может разрушиться стена. Принципы Конституции США реализуются посредством множества доктринальных подходов, взаимно обуславливающих друг друга, взаимовлияющих один на другой. Не только выдающиеся судьи-интерпретаторы, но и Верховный суд США в целом даже в ультраконсервативном составе обязан функционировать не в политической, а в правовой реальности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] США. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова; сост. В.И. Лафитский. М.: Прогресс-Универс, 1993. 768 с.
- [2] *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. 2-е изд. М.: Статут, 2011. 349 с.
- [3] *Ely J.H.* Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. 268 p.
- [4] *Фуллер Л.* Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2016. 308 с.
- [5] *Rossum R.A.* Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition. Lawrence, KS: Kansas University Press, 2006. 298 p.
- [6] *Scalia A.A.* Matter of Interpretation. Federal Court and a Law. Gutmann A., editor. N.J.: Princeton University Press, 1999. 156 p.
- [7] *Lindquist S.A.* Cross F.B. Measuring Judicial Activism. New York: Oxford University Press, 2009. 176 p.
- [8] *White G.E.* The Constitution and the New Deal. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000. 385 p.
- [9] *Бернам У.* Правовая система США / науч. ред. Власихин В.А., пер. с англ. Александров А.В. и др. М.: Издательство «Новая юстиция», 2006. 1211 с.

⁵ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 318 (1819).

- [10] *Crump D., Gressman E., Day D.* Cases and Materials on Constitutional Law. 3rd ed. N.Y.: Matthew and Bender, 1998. 1085 p.
- [11] *Bickel A.M.* The Supreme Court and the Idea of Progress. New York: Harper & Row, 1970. xii, 210 p.
- [12] *Коммонс Дж.П.* Правовые основания капитализма. М.: Издательский дом ВШЭ, 2011. 413 с.
- [13] *Dorf M.C. Morrison T.W.* The Oxford Introduction to U.S. Law. Constitutional Law. Oxford; New York: Oxford University Press. 2010. xi, 254 p.
- [14] *Chemerinsky E.* The Conservative Assault on the Constitution. New York: Simon & Schuster, 2010. 326 p.
- [15] *Burns J.M.* Packing the Court. The Rise of judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court. New York: The Penguin Press, 2009. 326 p.
- [16] *Cass. S.R.* Radical in Robes: Why Extreme Right Courts Are Wrong for America? New York: Basic Books, 2005. xv, 281 p.
- [17] *Lamond G.* Analogical Reasoning in the Common Law // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2014. Vol. 34. N 3. p. 567–588.
- [18] *Жидков О.А.* Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. М.: Норма, 2006. 606 с.
- [19] *Dworkin R.* Justice for Hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. xi, 506 p.

© Сафонов В.Н., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Сафонов Владимир Николаевич — доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник Отдела теории и истории права, государства и судебной власти Российского государственного университета правосудия.

Контактная информация:

e-mail: vnsafonov@gmail.com

**THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION
IN ACTIVITY OF U.S. SUPREME COURT**

V.N. Safonov

Russian Academy of Justice
69, Novocheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117418

Trying situation in U.S law system characterized of searching responsibility of U.S. Supreme Court for modern signs of crisis. The role of interpretation strengthening continuously and are research's object. The value of this theme is in investigation of U.S. Supreme Court judicial review too. In this article author are considered interpretation as a function but not official power in accordance with text of U.S. Constitution. Practice and court opinions also investigated.

Author of this article researches normative basis for interpretation: constitutional principles and other constitutional text, with amendments, constitutional precedents, and sources out of law (moral, policy, economic etc.)

In the 20-th century interpretation function always provided development of American law and accommodation to new social and economic conditions too as first method.

Now “extualism” and “originalism” and “judicial restraints” as main interpretivism conceptions dominated amidst of current Justices as new method. On the one side the contradiction between the two methods is danger of stability American law. On the other side two different views to interpretation is permanent long-term attribute. To speak more generally and in accordance the author’s opinion to review and change the results of historic interpretation is impossible.

Key words: methods of constitutional interpretation; judge-made law; interpretivism; judicial self-restraint; textualism; judicial activism; doctrine of precedent

REFERENCES

- [1] Zhidkov OA, editor; Lafitsky VI, contributor. *SShA. Konstitutsiya i zakonodatel'nye akty* [The USA. Constitution and legislation]. Moscow: Progress-Univers; 1993. 768 p. (In Russian).
- [2] Lafitsky VI. *Constitutional system of the USA*. 2nd ed. Moscow: Statut; 2011. 349 p. (In Russian).
- [3] Ely JH. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1980. 268 p.
- [4] Fuller L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press; 1964. viii, 202 p. [Russ. ed. Fuller L. *Moral' prava*. Moscow: IRISEN; 2016. 308 p.].
- [5] Rossum RA. *Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition*. Lawrence, KS: Kansas University Press; 2006. 298 p.
- [6] Scalia A.A. *Matter of Interpretation. Federal Court and a Law*. Gutmann A, editor. New Jersey: Princeton University Press; 1999. 156 p.
- [7] Lindquist SA, Cross FB. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press; 2009. 176 p. doi:10.1093/acprof:oso/9780195370850.001.0001.
- [8] White GE. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 2000. 385 p.
- [9] Burnham W. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, Minn: West Publishing; 1995. 567 p. [Russ. ed. Burnham W. *Pravovaya sistema SShA*. Moscow: Novaya yustitsiya Publ.; 2006. 1211 p.]
- [10] Crump D., Gressman E., Day D. *Cases and Materials on Constitutional Law*. 3rd ed. New York: Matthew and Bender; 1998. 1085 p.
- [11] Bickel AM. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York: Harper&Row; 1970. xii, 210 p.
- [12] Commons RJ. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: The Macmillan Company; 1924. 324 p. [Rus. ed. Commons RJ. *Pravovye osnovaniya kapitalizma*. Moscow: HSE Publishing House; 2011. 413 p.]
- [13] Dorf MC, Morrison TW. *The Oxford Introduction to U.S. Law. Constitutional Law*. Oxford, New York: Oxford University Press; 2010. xi, 254 p.
- [14] Chemerinsky E. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster; 2010. 326 p.
- [15] Burns JM. *Packing the Court. The Rise of judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: The Penguin Press; 2009. 326 p.
- [16] Cass. SR. *Radical in Robes: Why Extreme Right Courts Are Wrong for America?* New York: Basic Books; 2005. xv, 281 p.
- [17] Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford J Legal Studies*. 2014;34(3):567–588. doi:10.1093/ojls/gqu014.

- [18] Zhidkov OA. *Izbrannye trudy* [Selected works]. Muromtsev GI, Trikoz EN, editors. Moscow: Norma; 2006. 606 p. (In Russian).
[19] Dworkin R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press; 2011. xi, 506 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Safonov Vladimir N. — Doctor of Legal Science, Assistant Professor, Chief Researcher, Theory and History of Law, State and Judicial Power Department, Russian Academy of Justice.

Contact information:

e-mail: vnsafonov@gmail.com



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-28-52

МЕХАНИЗМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В США КАК ПРОЯВЛЕНИЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Е.А. Петрова

Ивановский государственный университет
ул. Ермака, 39, Иваново, Россия, 153025

В статье рассматривается специфика механизма конституционного правотворчества в США в контексте сочетания различных форм правотворческой деятельности, в т.ч. свойственных разным правовым традициям. Уникальность американской правовой системы заключается в том, что она вобрала в себя черты как общего права, лежащего в ее основе, так и права континентального, приобретающего тем самым комплексный характер.

Конституционное правотворчество трактуется автором как осуществляемая компетентными правотворческими субъектами деятельность по созданию конституции как акта особого рода. При этом механизм конституционного правотворчества охватывает систему взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание и объективацию конституционных норм в форме соответствующего конституционного акта. Конвергентный характер механизма конституционного правотворчества в США проявляется в двух аспектах.

Первый аспект связан со спецификой принятия Конституции США. Так, в механизме конституционного правотворчества изначально был задействован инструментарий договорного правотворчества, однако результатом его стал не международный договор в его традиционном понимании, а нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой.

Второй аспект отражает дальнейшее развитие конституционных положений через внесение поправок в текст Конституции (что свойственно для континентальной конституционной традиции), а также и преимущественно через присущее общему праву судебное конституционное правотворчество. Последнее осуществляется через конституционные доктрины Верховного Суда США, с помощью которых конституционные нормы без формального изменения приобретают реальное звучание, соответствующее меняющимся социальным условиям.

Делается вывод, что механизм конституционного правотворчества в США, обусловленный интеграционной природой американской правовой системы в целом, выступает проявлением конвергенции в праве, при которой из трех форм правотворческой техники — договорной, законодательной и прецедентной берутся самые действенные инструменты и достигается наиболее эффективный правовой результат.

Ключевые слова: конвергенция; правотворчество; Конституция США; правовая система США; Верховный суд США; конституционные доктрины; прецедентное право

1. ВВЕДЕНИЕ

В настоящее время, когда во всех сферах общественной жизни, в том числе и правовой, происходят вызванные глобализацией интеграционные процессы,

вопросы конвергенции различных явлений и институтов приобретают особую актуальность. Конвергенция (от лат. *convergere* — приближаться, сходиться) в социальных науках означает сближение разных социальных систем (явлений), заимствующих друг у друга позитивные черты и свойства¹. Именно такие процессы мы наблюдаем на современной правовой карте мира, что позволяет говорить о юридической конвергенции и конвергенции в праве.

В научной литературе юридическая конвергенция определяется как «процесс взаимодействия элементов внутри системы права, права и иных регуляторов отношений в обществе, а также правовых систем различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между элементами сближающихся объектов и определенной степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения» [1. С. 8]. Как видно из приведенного определения, юридическая конвергенция охватывает широкий круг отношений как правового, так и неправового характера (сближение права и морали и т.п.). В этом контексте понятие конвергенции в праве имеет более узкое содержание, ограничиваясь взаимодействием и взаимопроникновением именно правовых явлений, к каковым относятся и правотворческая деятельность. На это, в частности, обращает внимание О.Д. Третьякова, отмечая, что в зависимости от предмета целесообразно выделять *собственно правовую* и *неправовую*, но *опосредованную правом* юридическую конвергенцию: «Собственно правовая конвергенция, в свою очередь, делится на *правотворческую*, *правоприменительную* и *интерпретационную* юридическую конвергенцию» [1. С. 11].

Нельзя не отметить, что само понимание категории «правотворчество» может служить отражением конвергенции во взглядах ученых-юристов. Оно всё реже трактуется в узко позитивистском смысле как деятельность государственных органов по созданию, изменению, отмене норм права. В его содержание добавляются элементы различных типов правопонимания и даже различных видов юридической деятельности. Так, например, по мнению С.В. Синюкова, правотворчество как «многоаспектный институт современного правового регулирования имеет сложную разноуровневую организацию, включающую элементы правообразования, нормообразования, законотворчества, правореализации, правосознания, анализ которых в данном контексте предполагает применение системного подхода» [2. С. 7]. Однако, на наш взгляд, подобная конвергенция в интерпретации юридических категорий не всегда целесообразна, так как уводит от понимания специфической сущности исследуемого правового явления. Поэтому мы придерживаемся более узкого нормативистского подхода к

¹ Современная энциклопедия. Режим доступа: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc1p/23618/КОНВЕРГЕНЦИЯ>. Дата обращения: 07.12.2016.

правотворчеству как деятельности по созданию формально-юридических источников права, осуществляемой от имени государства компетентными правотворческими субъектами и обеспечиваемой системой государственных гарантий и санкций [3. С. 231], которая завершает процесс образования права. Наличие соответствующих элементов и стадий позволяет выделять механизм правотворчества в статике и динамике. В статике механизм правотворчества охватывает совокупность элементов, обеспечивающих создание права, к которым, на наш взгляд, можно отнести: 1) субъектов правотворчества (институциональный элемент); 2) способы, приемы правотворческой техники (инструментальный элемент); 3) сами правила поведения (содержательный элемент); 4) формы (источники) права (формальный элемент). Сущностные характеристики указанных элементов зависят от вида правотворческой деятельности.

Механизм правотворчества в динамике отражает последовательность стадий правотворческой деятельности, которая обуславливается конкретным видом правотворчества, но в самом общем виде включает: 1) выработку самого правила поведения; 2) придание правилу юридической формы в соответствующем источнике права. После прохождения первой стадии мы получаем норму — правило поведения общего характера, но только после прохождения второй стадии эта норма становится правовой, т.е. приобретает общеобязательную силу. В реальности эти две стадии могут осуществляться одновременно, а могут быть и разделены во времени [4. С. 19–23].

Исходя из указанного понимания правотворчества, конституционное правотворчество можно определить как осуществляемую компетентными правотворческими субъектами деятельность по созданию конституции как акта особого рода. При этом механизм конституционного правотворчества будет охватывать систему взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание и объективацию конституционных норм в форме соответствующего конституционного акта. Если исходить из отечественной правовой традиции, то в качестве субъектов конституционного правотворчества рассматриваются народ и (или) его представители; в качестве «способа» создания конституционных норм — технико-юридические приемы особого законодательного процесса; в качестве содержательного элемента — конституционные принципы и нормы; в качестве формы права и одновременно результата — особый вид нормативного правового акта — конституция. Такое понимание механизма конституционного правотворчества в целом характерно для континентального права, т.е. для стран романо-германской правовой семьи. В отличие от них, например, в Англии отсутствует конституция как единый писанный акт, и соответственно механизм конституционного правотворчества будет включать другие элементы, связанные не только с принятием нормативных актов, но и с формированием конституционных обычаев и прецедентов, которые и выступают основными источниками (формами) права в странах общего права. Однако в некоторых правовых систе-

мах механизм конституционного правотворчества сочетает в себе элементы различных правовых традиций, что и позволяет рассматривать его как одно из проявлений конвергенции в праве, причем в такой важной для государства сфере, как создание конституционных норм, закрепляющих основы государственного устройства и правового положения личности. Примером такого «конвергенционного» механизма выступает конституционное правотворчество в США.

Американская правовая система уникальна по своей природе: зародившаяся в недрах общего права, она затем всё больше отделялась от своего прародителя — прецедентного права Англии, вбирая черты континентального права и трансформируясь в правовую систему комплексного характера. Рубежной чертой в этом процессе, обозначившей начало формирования собственного американского права, как раз и стало принятие Конституции США как единого писанного акта.

II. МЕХАНИЗМ ПРИНЯТИЯ КОНСТИТУЦИИ США

История принятия американской Конституции — это история самого американского народа, история его борьбы за независимость, за основные гражданские права и свободы. Гладстон однажды сказал: «В то время, как британская конституция — самый тонкий механизм, когда-либо возникший в ходе постепенного исторического развития, американская конституция — самое замечательное творение, когда-либо созданное умом и волей человека» [5. С. 118]. А точнее — умами известнейших американских деятелей (Дж. Вашингтона, А. Гамильтона, Дж. Медисона, Дж. Уилсона, Б. Франклина и др.), собравшихся в 1787 г. в Филадельфии на одном из самых знаменитых Конвентов новой истории. Механизм принятия первой и на настоящий момент единственной американской Конституции специфичен уже в силу того, что осуществлялся технико-юридическими средствами, характерными для континентального процесса правотворчества, хотя фактически происходил в стране прецедентного права. И данный элемент правовой конвергенции сразу поставил правовую систему США на особое место в семье общего права.

Принятие Конституции США было обусловлено реальными экономическими, политическими, социальными и идеологическими обстоятельствами. Развал «вечного Союза», чудовищный партикуляризм, экономический хаос, угроза гражданской войны — все это требовало создания единого государства на базе 13 практически независимых штатов. Как отмечают американские исследователи, в континентальном Конгрессе было слишком мало способных людей и его престиж был слишком низок для того, чтобы он сам мог выработать более удачную форму правления [5. С. 125]. В результате под влиянием нескольких дальновидных деятелей, прежде всего А. Гамильтона, в феврале 1787 г. Конгресс принял резолюцию о созыве в мае в Филадельфии специального конвента из делегатов, назначаемых штатами, «с единственной целью пересмотреть

Статьи конфедерации. Однако конвент пошел дальше, он принял конституцию...» [6. С. 34].

Исследователи отмечают, что в аргументах делегатов в ходе разработки проекта Конституции нашли отражение различного рода факторы, и прежде всего колониальный «конституционализм», опыт конституционного развития независимых штатов, британская — идеализированная — модель государственности, политические учения современного им мира (в первую очередь Дж. Локка и Ш. Монтескье). «Отцы-основатели» исходили из того, что государственное правление должно основываться на *договоре народа с правительством*. Последнее, согласно этому договору, обязано обеспечивать должное осуществление естественных прав народа, а тот, в свою очередь, — проявлять преданность и послушание по отношению к правительству [7. С. 69, 71]. В итоге в основу Конституции США были положены важнейшие принципы конституционализма: принцип федерализма, принцип разделения власти и принцип верховенства федерального права. При этом последний поставил на вершину в иерархии источников американского права именно Конституцию: «Настоящая Конституция и законы Соединенных Штатов, принимаемые во исполнение оной, равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены от имени Соединенных Штатов, являются верховным правом страны; и судьи в каждом штате обязаны следовать таковому праву, что бы ему ни противоречило в Конституции или законах любого штата...» (статья VI) [8. С. 18]. Идея о верховенстве Конституции была для делегатов Конвента аксиомой: «Это положение вдохнуло в Конституцию силу, которой иначе она, быть может, никогда бы не имела. Эта статья является наглядной иллюстрацией того сочетания здравого смысла и вдохновения, практической изобретательности и дальновидности, которыми пропитан весь этот документ» [5. С. 135].

17 сентября 1787 г. состоялось заключительное заседание Конвента, одного из самых плодотворных собраний в истории человечества. Конституция была подписана делегатами 12 штатов, но для придания ей юридической силы необходима была в соответствии со ст. VII Конституции ратификация ее конвентами девяти штатов. Подобный порядок придания Конституции юридической силы был избран не случайно. Еще в период ее разработки выявилось два варианта решения вопроса о том, как должна приниматься конституция. Представители демократического лагеря, исходившие из того, что «справедливая власть» правительства должна основываться на «согласии управляемых», настойчиво подчеркивали, что конституционные акты не могут быть результатом нормотворчества парламентской или судебной власти, как это имело место в Англии: единственным законным источником конституции как практического воплощения общественного договора признавалось волеизъявление гражданского сообщества. Следовательно, конституция должна была приниматься только на основе прямого волеизъявления избирателей. Но идея прямой демократии была решительно осуждена умеренными федералистами, не доверявшими непосред-

ственно народу, как они считали, «эгоистичному», по своей природе, и одобрявшими только представительное правление. Не поддержали ее и такие демократы, как Т. Пейн и Б. Раш, полагавшие, что в государствах с большой территорией практически осуществимой может быть только представительная демократия, и советовавшие американцам не доверяться слепо опыту древнегреческих полисов. Однако положение о том, что конституция не может разрабатываться, одобряться и изменяться обычным законодательным собранием и что это право должно быть закреплено за специальными конституционными конвентами штатов, поддерживаемое большинством патриотов, все-таки нашло отражение в Основном законе [7. С. 45–47].

К июню 1788 г. ратификация необходимым количеством штатов была завершена. 4 июля 1788 г. в ознаменование принятия федеральной Конституции на улицах Филадельфии была организована большая процессия. На одной колеснице была изображена разваливающаяся, идущая ко дну вместе с капитаном «Глупость» шаланда «Конфедерация» (символическое изображение слабого правительства, основанного на «Статьях конфедерации»), а другая изображала стойкий корабль «Конституция», готовый к дальнему плаванию [5. С. 137–138]. И Конституция действительно была готова, и ее действительно ожидало «дальнее плавание», затянувшееся более чем на двести лет. Весной 1789 г. все было подготовлено для избрания президента и депутатов Конгресса и для начала работы нового правительства. При этом, как подчеркивает В.И. Лафитский, переход к новому конституционному строю был совершен мирным путем с сохранением преемственности государственной власти [9. С. 50].

Для своего времени Конституция США явилась, несомненно, революционным документом и оказала огромное влияние на развитие конституционализма во многих других странах мира. Согласно оценке Г. Аптекера, воплотившаяся в Конституции доктрина договорного образования правительства и четкого определения границ и прерогатив государственных органов означала «реализацию политических принципов Века Разума» [7. С. 66]. Это был акт основания страны, а не просто ее политическая хартия.

Рассматривая процедуру принятия американского Основного закона в контексте специфики механизма конституционного правотворчества, следует подчеркнуть, что установленное в Конституции требование о ратификации ее текста конвентами штатов подчеркивает ее специфическую природу как акта *договорного*, поскольку ратификация — это классическая форма выражения согласия на обязательность международного договора. Действительно, суверенные на тот момент штаты по сути заключили между собой соглашение о создании федерации как единого государства. Не случайно в статье VI Конституции, посвященной ратификации, говорится о «заключении» Конституции *между* штатами: «...the Establishment of this Constitution between the States...» [10. P. 24]. Подобная природа выделяет Конституцию США в ряду других конституций стран «общего права», в частности, отличает от конституций Канады и Австра-

лии, которые, хотя и являются также писаными, но содержатся в актах английского парламента.

Таким образом, в механизме конституционного правотворчества США изначально был задействован инструментарий договорного правотворчества, однако результатом его стал не международный договор в его традиционном понимании, а нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой. Соответственно, на момент принятия Конституции США механизм конституционного правотворчества включил в себя:

- институциональный элемент: представителей и конвенты штатов как субъектов правотворчества;

- инструментальный элемент: способы и приемы договорного правотворчества — подготовка проекта текста конституции, его обсуждение и подписание представителями штатов, ратификация конвентами;

- содержательный элемент: конституционные нормы и принципы, в том числе принципы федерализма, разделения власти и верховенства Конституции;

- формальный элемент: Конституцию как особую разновидность нормативного правового акта.

Уже здесь мы наблюдаем проявление конвергенции в праве, так как результатом по сути договорного правотворчества становится не договор, а нормативный правовой акт. Динамический аспект механизма конституционного правотворчества отразил процесс выработки конституционных норм и подписания текста конституции участниками филадельфийского Конвента (первая стадия), а затем наделение этих норм обязательной юридической силой через ратификацию (вторая стадия). Причем переход Конституции США с юридической точки зрения из формы международного договора (ратифицированного штатами) в форму нормативного правового акта произошел именно в момент вступления ее в силу, так как в этот момент штаты утратили договорную правосубъектность, став субъектами единой федерации: «конституционный» договор прекратил свое действие, но нормы, содержащиеся в нем, не утратили своей силы, а трансформировались в новый источник. И в этот момент оправданными и обоснованными становятся предваряющие Конституцию США слова о принятии ее *народом* Соединенных Штатов как непосредственным субъектом конституционного правотворчества в духе континентальных правовых традиций: «Мы, народ Соединенных Штатов... торжественно провозглашаем и устанавливаем настоящую Конституцию для Соединенных Штатов Америки».

Конституция США сыграла величайшую роль не только в американской, но и в мировой истории. Как подчеркивают ученые, американская Конституция явилась первой писаной конституцией, первой конституцией в формальном значении этого слова, прогрессивным документом, «под влиянием которого в мире стала распространяться доктрина конституционализма» [11. С. 323]. Однако история создания американской Конституции не заканчивается 80-ми года-

ми XVIII в. Механизм конституционного правотворчества на тот момент был лишь запущен, но «работа» этого механизма продолжается по сей день.

III. МЕХАНИЗМ ВНЕСЕНИЯ ПОПРАВОК В КОНСТИТУЦИЮ США

Дело в том, что американская конституция в том виде, в каком она была одобрена Конвентом в 1787 г. и затем ратифицирована, представляла собой весьма краткий документ. Она состояла из преамбулы и 7 статей, из которых только 4 были разбиты на разделы. Статьи носили довольно пространственный характер (некоторые из них занимали несколько страниц) и в основном были посвящены вопросам структуры государственной власти в федерации (ст. I — законодательной власти, ст. II — исполнительной власти, ст. III — судебной власти). В сущности, Конституция представляла собой не более чем «скелет механизма власти» [12. С. 30].

Так, оригинальный текст федеральной Конституции не содержал в себе особой статьи или раздела, посвященных гражданским правам и свободам, хотя отдельные предписания в отношении них были. Как утверждают американские историки, «отцы-основатели» считали права личности «естественными», и поэтому не нуждающимися в фиксации в тексте Основного закона. Их перечисление могло бы быть истолковано как исчерпывающий список всех прав и свобод, что привело бы к посягательствам на те права и свободы, которые в него не вошли [13. С. 18]. Однако законодатели понимали, что большинство американцев хотят видеть в Основном законе прежде всего гарантию от любых посягательств государственных властей на их права и свободы. Поэтому уже в июне 1789 г. в первый Конгресс, созданный на основе Конституции, по предложению Д. Медисона были внесены первые 10 поправок, которые к 1791 г. были ратифицированы необходимым большинством штатов и одновременно вступили в силу.

Данные поправки составили так называемый Билль о правах (*the Bill of Rights*), поскольку были посвящены в основном закреплению важнейших политических и личных прав и свобод граждан, вытекающих из тех исходных естественных прав, которые были отражены еще в Декларации независимости 1776 г. Американский Билль о правах формально не инкорпорируется в основной текст Конституции и имеет собственную нумерацию. Однако, по справедливому замечанию А.А. Мишина, «есть все основания рассматривать Билль о правах как органическую часть Конституции» [14. С. 52].

Ученые обращают внимание на следующие характерные особенности данного документа. Во-первых, Билль о правах обеспечивал защиту только от произвола федеральных властей. Во-вторых, он заложил основы единой по своей сути, хотя и двухуровневой по структуре, конституционной системы прав и свобод. В-третьих, Билль о правах в полном соответствии с естественно-правовой доктриной оставил перечень прав и свобод открытым [9. С. 52]. Этот

документ явился своего рода Декларацией прав американского гражданина [15. С. 298], хотя провозглашенные в нем права в течение многих десятилетий фактически не распространялись на весьма значительную часть населения страны (рабов, коренных жителей захваченных территорий).

Происходившие в последующем изменения в жизни страны влекли за собой внесение соответствующих поправок в Конституцию. Некоторые поправки имели принципиальное значение, другие касались частных вопросов, третьи сначала вводили, а потом отменяли какие-либо положения (например, поправки XVIII (1919 г.) и XXI (1933 г.) соответственно вводили и отменяли «сухой закон»). Так, большое значение имели «поправки гражданской войны» (XIII–XV), принятые в 1865–1870 гг., которые закрепили юридические гарантии отмены рабства и равную защиту законом, а также поправки, реформировавшие избирательное право: поправка XIX (1920 г.) предоставила избирательное право женщинам; поправка XXIV (1964 г.) отменила ограничения избирательных прав на федеральных выборах «в связи с неуплатой какого-либо избирательного или иного налога»; поправка XXVI (1971 г.) снизила возрастной избирательный ценз до 18 лет.

Важно еще раз подчеркнуть, что поправки не включаются в основной текст Конституции, остающийся неизменным, а прилагаются к ней, имеют собственную нумерацию, но рассматриваются как неотъемлемая часть конституционного текста. И это не случайно, так как с точки зрения юридической техники принятие поправок к Конституции США происходит уже в рамках особого конституционного правотворчества между штатами — субъектами федерации, а не суверенными образованиями (статья V Конституции США).

Всего на настоящий момент (то есть за более чем двухвековую историю) в Конституцию США внесено 27 поправок, из которых действуют 26 (поправка XXI отменила поправку XVIII). Она представляет собой документ уникальной стабильности. Во многом это объясняется, по мнению американских исследователей, весьма сложной процедурой внесения изменений в Конституцию [16. Р. 264]. Действительно, специфической чертой американского Основного закона, которую нельзя не отметить, является то, что Конституция США — «жесткая» конституция. Статья V Конституции США предусматривает, что поправки к Конституции могут быть приняты 2/3 членов обеих палат Конгресса либо специальным конвентом, созванным по инициативе законодательных собраний 2/3 штатов, и затем «законодательные собрания 3/4 штатов или конвенты в 3/4 оных в зависимости от того, какую форму ратификации предложит Конгресс», должны ратифицировать вносимую поправку, чтобы она приобрела юридическую силу. С 1917 г. Конгресс, как правило, устанавливает сроки для ратификации: если за отведенное время поправка не будет ратифицирована, она считается отклоненной. В результате достаточно сложной процедуры внесения изменений в американскую Конституцию за два века ее существования было предло-

жено более 5000 поправок, Конгресс принял около 40 из них, из которых только 27 были ратифицированы необходимым большинством штатов [11. С. 324].

Закрепление столь сложного порядка внесения изменений в Основной закон было не случайным. Создатели Конституции хотели придать ей особую устойчивость и предупредить внесение политически скоропалительных текстуральных изменений. Необходимость особого, усложненного порядка изменения писаной конституции выводилась из теории народного суверенитета, согласно которой только народ обладал учредительной властью и только он мог изменять и ревидировать принятый им же Основной закон. Из этой посылки делался вывод, что писаная конституция, как плод учредительной власти народа (*an act of the people themselves*), должна изменяться и дополняться в порядке, отличном от того, в соответствии с которым принимаются обычные законы [7. С. 76].

IV. МЕХАНИЗМ СУДЕБНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В США

Однако механизм конституционного правотворчества США, будучи проявлением конвергенции в праве, воплотил в себе особую процедуру, позволившую адаптировать текст Конституции США к меняющимся социально-политическим условиям без внесения официальных поправок через *судебное конституционное правотворчество*, создающее так называемую «живую» конституцию. Но здесь надо сделать ряд важных уточнений.

Дело в том, что, исходя из закрепленного в Конституции США принципа разделения властей, судебная власть не наделяется правотворческими функциями, имея основной задачей осуществление правосудия путем реализации права, а не его создания. Согласно Конституции США основными «творцами» права выступают законодательные органы, а основными источниками права — законы (*laws*). Не случайно в тексте Конституции термин «прецедент» ни разу не упоминается. Какова же природа судебного правотворчества в США?

Во-первых, необходимо учитывать, что традиции прецедентного права были заложены еще на заре формирования американской правовой системы первыми английскими поселенцами. Механизм судебного правотворчества сложился в США в процессе самого формирования американской правовой системы под непосредственным влиянием унаследованного из английской практики правила прецедента — *stare decisis* («стоять на решенном»), что и сделало возможным превращение судебных решений в важнейший источник права и расцвет на американской почве «казуального» права [17. С. 102]. Во-вторых, значительную роль в признании судебных правотворческих функций сыграл и господствующий тип правопонимания, утвердившийся в американской правовой доктрине, — социологическая юриспруденция. В качестве основных «творцов» права социологическая юриспруденция рассматривает в первую очередь не законодательные органы, а судей, которые призваны отыскивать «живое» право в

недрах самого общества. Под воздействием концепций «социологической юриспруденции» судьи стали выступать открыто как активные участники правотворческого процесса, а не как «автоматы», которые «механически» извлекают соответствующую правовую норму из созданной помимо них правовой системы и столь же «механически» прилагают ее к конкретному делу [18. Р. 32].

Таким образом, Конституции США, принятой в качестве единого писаного акта, как и большинство «континентальных» конституций, предстояло действовать в правовой системе, основанной на традициях прецедентного права и признающей активную роль судей в правотворческом процессе. Поэтому конституционные нормы неизбежно оказались под пристальным вниманием судебной системы и, более того, попали в определенную зависимость от прецедентного права, несмотря на объявление Конституции «верховным правом страны». Судьи же стали непосредственными участниками (субъектами) конституционного правотворчества, в первую очередь благодаря праву осуществлять *толкование Конституции*, создавая прецеденты-толкования, формирующие конституционные доктрины. Причем данное право судьи по сути признали за собой сами.

Необходимость интерпретации конституционных положений обусловлена спецификой самого конституционного текста. Принятая в XVIII в., она не только отразила характерные для своего времени идеи «общественного договора» и «разделения власти», но и достаточно неопределенный юридический язык того периода. Американские государствоведы вынуждены констатировать: «Конституция стоит в ряду наших наиболее противоречивых, смутных и неполных законов» [17. С. 111]. Превратить же формальный текст конституции в реально действующий «живой» механизм предстояло главному судебному органу США — Верховному суду США. Как подчеркивает в этой связи С.Л. Сергеева, конституционное судебное правотворчество — это функция Верховного суда США, осуществляемая наряду с функцией отправления правосудия и позволяющая Суду раскрывать лаконичные положения Конституции США, насыщая их новым смыслом сообразно меняющейся в обществе обстановке [19. С. 37].

Следует сразу отметить, что в Конституции США нет прямого указания на право Верховного суда толковать ее положения. Право высшей судебной инстанции толковать конституционные нормы тесно связано с другим правом Верховного суда, тоже нигде не закрепленным, но признаваемым за ним, — правом осуществления *судебного контроля за конституционностью законов*. Каждый юрист в США знает наизусть известные слова Дж. Маршалла, «творца» института судебного контроля: «Несомненно, именно суду принадлежит

право и обязанность говорить, что есть закон»². А поскольку Конституция по природе своей есть закон, «естественно и неизбежно, именно судьи выступают ее интерпретаторами» [20. Р. 8]. Осуществляя конституционный контроль, суд, чтобы проверить соответствие закона той или иной норме Конституции, должен в первую очередь установить подлинный смысл данной нормы, ее действительное содержание, что он и делает в процессе ее толкования. Однако при этом суд нередко выходит за рамки чисто интерпретационной деятельности, по сути создавая новые нормы, то есть осуществляет деятельность правотворческую. Как справедливо отмечал сенатор Норрис: «Фактически и по существу Верховный суд действует... во всех отношениях как *настоящий продолжающийся конституционный конвент* (курсив мой — Е.П.)» [17. С. 116].

Правом осуществлять конституционный контроль обладает не только Верховный суд США, но и высшие судебные инстанции штатов, как, впрочем, и нижестоящие суды. Однако действительное значение их прецедентов толкования определяется тем, в какой степени сформированная ими судебная практика соответствует установившимся представлениям Верховного суда о принципах подхода к определенной проблеме, правилах ее толкования, поскольку в противном случае решения данных судов могут быть отменены Верховным судом США. Более того в 1958 г. в решении по делу *Cooper v. Aaron* Верховный суд подтвердил в качестве неизменной, фундаментальной черты американской конституционной системы принцип «верховенства судебного толкования» (*judicial supremacy*), заключающийся в признании верховенства даваемого Верховным судом толкования Конституции по отношению к толкованию, осуществляемому другими ветвями власти³. С тех пор общераспространенной стала позиция, что именно судьи Верховного суда обладают «последним словом в интерпретации конституционных положений и именно их решения определяют для каждого подлинное значение Конституции» [20. Р. 6].

Необходимо отметить также, что наибольшее влияние на текст Конституции в процессе ее интерпретации Верховным судом оказывают не отдельные прецедентные решения, а вырастающие на их основе благодаря правилу *stare decisis* конституционные доктрины, которые представляют собой своеобразную комбинацию конституционного текста с серией единообразных судебных решений. Именно судебные конституционные доктрины приобретают особенно большую практическую значимость и играют важнейшую роль в процессе постоянно идущей ревизии Конституции. Конституционные доктрины, в отличие от официальных поправок к Конституции, всегда оставляют большой простор для правового и политического маневрирования и являются, по существу, «бездонным резервуаром», из которого в любой момент стараниями «верховных су-

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

дей» могут быть почерпнуты необходимые средства для проведения соответствующих реформ. По образному выражению П. Роузена, «судьи Верховного суда не выступают как повивальные бабки в конституционных изменениях, а скорее могут рассматриваться как отцы конституционных доктрин, составляющих право страны» [17. С. 117–118].

4.1. Особенности толкования Конституции Верховным судом США

Процесс толкования Верховным судом конституционных положений имеет ряд особенностей по сравнению с толкованием обычных законов, что предопределяет специфику создаваемых им прецедентов.

Во-первых, в сфере толкования конституционных норм Верховный суд в меньшей степени придерживается принципа строгого следования прецеденту (*stare decisis*), чем в других отраслях американского права. Более вольное обращение суда со своими собственными предшествующими прецедентами в делах, связанных с разрешением конституционных вопросов, обычно объясняется тем, что в таких делах именно сама Конституция, а не производные по отношению к ней прежние решения суда, выступает в качестве принципиального и первоначального правового стандарта. В решении по делу *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* Верховный суд констатировал, что «в процессах, где затрагивается федеральная конституция и где последующая коррекция с помощью законодательного действия практически невозможна, данный суд часто пересматривает свои решения»⁴.

Следующая особенность проистекает из неопределенности юрисдикционных условий, соблюдение которых, согласно доктринам самого Верховного суда, необходимо для разрешения «конституционных вопросов». Так, специфическим приемом, используемым Верховным судом для признания невозможности рассмотрения дела в судебном порядке, является созданная им самим конституционная доктрина «политического вопроса». Суть данной доктрины состоит в том, что федеральные суды, будучи в соответствии с американской конституционной фразеологией «судами права» (*courts of law*), могут принимать к своему рассмотрению лишь те дела, в которых содержится спор о праве, тогда как дела, содержащие «политический конфликт», должны улаживаться не в судебном, а в политическом порядке другими «ветвями» государственной власти. Но ведь большинство конституционных положений носят как раз политический характер. Подчеркивая дискреционный характер данной конституционной доктрины, Д. Роуд и Г. Спеф писали: «Простейшее и наиболее откровенное определение политического вопроса является следующим: политический вопрос —

⁴ *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 288 U.S. 338 (1932).

это все то, что признает таковым суд» [17. С. 122]. Ссылка на весьма неопределенную доктрину «политического вопроса» неоднократно использовалась Верховным судом для того, чтобы уклониться от рассмотрения конституционных конфликтов, в которые суд по разным политическим соображениям предпочитал не втягиваться.

Третья, пожалуй, самая неоднозначная, особенность заключается в том, что в сфере интерпретации конституционных положений Верховный суд не связан какими-либо жесткими или устоявшимися принципами толкования и располагает большой свободой усмотрения. Р. Давид отмечал, что «Конституция США всегда достаточно гибко толковалась Верховным судом США. Здесь судьи Верховного суда США своими методами толкования опередили на 100 лет телеологические методы толкования, введенные во Франции Жоссераном». По его мнению, пример Основного закона США очень интересен, так как показывает, что передовые теории, существующие в отношении толкования закона в странах романо-германской правовой системы, могут быть приняты и в странах общего права: «В США не колеблясь отбросили в том, что касается федеральной Конституции, классические аксиомы, согласно которым в законе следует видеть лишь поправки и дополнения к общему праву и устанавливающие принципы ограничительного толкования законодательных текстов» [15. С. 300–301]. Судья Ч.Э. Хьюз говорил: «Мы подчинены конституции, но конституция — это то, что скажут о ней судьи» [17. С. 111]. В одном из решений Верховного суда прямо закреплялось, что Конституция была «написана для того, чтобы быть понятной избирателям», лишена технико-юридических тонкостей, а поэтому и ее слова с неизбежностью толковались в самых разнообразных направлениях⁵.

Так, В.И. Лафитский подчеркивает, что Верховный суд США не придерживается строго каких-либо единых приемов конституционного толкования. Формы его меняются и зависят от множества обстоятельств: характера конституционных предписаний; социально-экономических и политических факторов, определяющих общую ориентацию Верховного суда; правовых и психологических установок, которыми руководствуются судьи. При этом в истории Верховного суда США исследователь выделяет два основных подхода к природе и формам конституционного толкования. Первый — «механистический» — выводит на первый план необходимость выявления истинного намерения отцов-основателей и построения юридических конструкций, жестко увязанных с «буквой» Конституции. При всех достоинствах данного подхода, связанных со стремлением сохранить первоначальный смысл Конституции, он нередко не позволял решать конституционные проблемы и препятствовал проведению необходимых реформ, что и предопределило появление новых подходов к консти-

⁵ *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931).

туционному толкованию. Так, вторым направлением стало «конструктивное» толкование, в котором «буква» Конституции служит лишь отправной точкой дальнейших логических построений. При этом «конструктивное» толкование пережило две волны: первая связана с позитивистским, а вторая с социологическим подходом к праву. «Позитивистское» толкование воспринимало Конституцию как фундамент защиты частной собственности и тех высших принципов права, которые были положены в основу американского общества. Постепенно оно уступило место «социологическому» толкованию, основоположником которого стал судья Верховного суда США О. Холмс, отмечавший, что «положения Конституции — это не математические формулы», а потому конституционные вопросы должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад» [21. Р. 5]. «Социологическое» толкование заметно раздвинуло рамки Конституции, придав конституционным формулам современное звучание, однако оно нередко вызывало отторжение у многих судей Верховного суда, не склонных принимать на себя функции «конституционного конвента». Подобная тенденция, как отмечает В.И. Лафитский, судя по всему, стала господствующей на рубеже XX–XXI столетий: Верховный суд США более осторожно подходит к приемам конституционного толкования, постепенно вырабатывая новые подходы на основе сочетания «механистического» и «конструктивного» видения Конституции США при явном перевесе первого из них [9. С. 124–129]. Очевидно, что подобный компромисс позволяет обеспечить наиболее эффективное действие конституционных норм в меняющихся социальных реалиях.

Исходя из вышеуказанных особенностей, можно выделить следующую структуру механизма судебного конституционного правотворчества в США:

- институциональный элемент: Верховный суд США как субъект правотворчества;
- инструментальный элемент: доктрина конституционного толкования (интерпретационная техника);
- содержательный элемент: конкретизация и дополнение конституционных норм;
- формальный элемент: прецеденты толкования (конституционные доктрины).

Динамическая сторона механизма конституционного судебного правотворчества отражает процесс выведения прецедентной нормы с использованием соответствующих способов на основе текста конституции и наделение ее обязательной силой согласно правилу *stare decisis*. И в этом процессе мы видим сочетание по сути двух видов юридической деятельности: правотворческой и интерпретационной. Интерпретация проявляется в том, что суд создает прецедент толкования не на «пустом месте», а на основе уже имеющегося текста конституционной нормы. Но содержание этой нормы не ограничивается «буквой» закона, что и позволяет суду привносить в конституционный текст новое содер-

жание, и этом проявляется его правотворческая функция, хотя грань в этом процессе между расширительным толкованием и правотворчеством очень тонкая. Однако, учитывая, что речь идет об американской, по природе своей прецедентной, правовой системе, в установлении этой грани особого практического смысла нет, поскольку американские судьи могут не только толковать нормы права, но и создавать их.

4.2. Действие механизма судебного конституционного правотворчества (практика Верховного суда США)

Саму «работу» данного механизма правотворчества лучше всего иллюстрируют конкретные примеры из практики Верховного суда США.

Так, Верховный суд сыграл значительную роль в толковании конституционных прав и свобод граждан, в т.ч. содержащихся в поправках к Конституции.

Ни одна другая поправка, пожалуй, не становилась столь часто предметом рассмотрения в Верховном суде, как поправка XIV, точнее, ее раздел 1, предусматривающий, что «ни один штат не может лишать какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры или отказывать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите закона». Как отмечает Л. Фридмэн, «девять десятых современного конституционного права вырвались, как ракета, из двух содержательных фраз: “надлежащая правовая процедура” и равная “защита закона”... доктрины выпрыгивали из этих нескольких слов, как кролики из шляпы фокусника» [22. С. 156].

Например, гарантированная Конституцией «равная для всех защита законом» стала краеугольным камнем в решении расовой проблемы в США. Изначально в деле *Plessy v. Ferguson* Верховный суд на основе данной нормы выработал конституционную доктрину «разделенных, но равных возможностей» («separate but equal») ⁶, которая более чем на полвека легализовала сегрегацию в американском обществе. Лишь в 1954 г. Верховный суд в известнейшем деле *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas* принял важное решение о неконституционности сегрегированного школьного обучения ⁷. В единогласном постановлении суда, подготовленном его председателем Э. Уорреном, полностью отвергалась теория и практика «раздельного, но равного» обучения в государственных школах. В решении говорилось, что «условия раздельного обучения в принципе не могут быть равными, а следовательно, они противоречат положению поправки XIV к Конституции о равной для всех защите закона» [23. Р. 528–531]. Хотя в решении 1954 г. концепция «разделенных, но равных» возможностей объявлялась незаконной только в системе государственных учебных

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954).

заведений, Верховный суд впервые с 1896 г. поставил под сомнение конституционность системы расовой сегрегации в целом. В 1976 г. в решении Верховного суда по делу *Runyon v. McCrary*, за которое проголосовало большинство судей, в том числе и председатель У. Бергер, впервые было заявлено, что частные школы, даже полностью независимые в финансовом отношении от государства, не могут отказывать в «приеме кандидатам в учащиеся только потому, что они являются неграми»⁸. Своими решениями Верховный суд дал толчок к принятию Конгрессом целого ряда законов о гражданских правах, об избирательных правах и других актов, направленных на преодоление расовой дискриминации и сегрегации.

Еще более ярко участие Верховного суда в конституционном правотворчестве проявилось в легализации новых прав, прямо не указанных в тексте Конституции, и придании им характера конституционных. Оно базируется на поправке IX к Конституции, устанавливающей, что перечисление в Основном законе определенных прав не должно толковаться как отрицание или умаление других прав, сохраняемых народом. Доктрина «фундаментальных» прав, подразумеваемых Конституцией, во многих случаях дает возможность современным юристам отстаивать права граждан, лишенные формальной конституционной охраны, от произвола со стороны властей.

Так, например, Верховный суд, опираясь на XIV и IX поправки, сформулировал самостоятельное конституционное право, которое не указано в тексте Основного закона, — “*privacy*” (право на неприкосновенность частной жизни). Как подчеркивают исследователи, из всех личных прав граждан в США “*privacy*” является самым ярким образцом реализации правотворческой функции Верховным судом США [19. С. 129]. В литературе отмечается, что американский термин “*privacy*” не имеет адекватного емкого аналога ни в русском языке, ни в российском праве. Под “*privacy*” понимаются все те аспекты жизни человека, которые подлежат безусловной правовой охране от каких-либо посягательств извне (будь то со стороны государства или других индивидов): интимный мир человека, сфера его личных отношений, в том числе семейная жизнь, убеждения, личные права, неприкосновенность личности, жилища, корреспонденции, репутация, личные неформализованные связи с другими людьми, религиозные и политические убеждения. Американские юристы включают сюда и такие понятия, как право человека контролировать «собственное жизненное пространство», «собственную личность», «информацию о самом себе» [24. С. 55–58].

Первым ключевым решением о невмешательстве в частную жизнь стало решение по делу *Griswold v. Connecticut*, где Верховный суд США впервые

⁸ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

сформулировал «*privacy*» как конституционное право личности. Суть данного дела заключалась в следующем: закон штата Коннектикут запрещал использование противозачаточных средств, в том числе и супругами. Соответственно любая консультация, связанная с применением противозачаточных средств, также признавалась противозаконной. В результате предоставления двумя сотрудниками центра по сознательному материнству информации супружеской паре о применении противозачаточных средств эти сотрудники были осуждены и наказаны штрафом. Верховный суд США, рассматривавший дело в апелляционном порядке, признал закон штата Коннектикут неконституционным. При оглашении решения Верховного суда по делу *Griswold v. Connecticut* прозвучали следующие слова: «Мы здесь имеем дело с “*privacy*”, которое по возрасту старше Билля о правах — оно старше наших политических партий, старше нашей школьной системы...» (представитель судейского большинства судья Дуглас) [25. С. 35].

Верховный суд США подтвердил возможность семье самостоятельно без государственного вмешательства определять порядок деторождения. При этом Суд нашел обоснование своего решения во множестве фрагментов текста Конституции США, несмотря на то, что ни в одном положении Основного закона понятие “*privacy*” не используется. «Самые различные конституционные гарантии создают зоны “*privacy*”. Право на объединение в ассоциации, содержащееся в популатонах I поправки к Конституции, является одной из таких гарантий. III поправка в своем запрете на постои солдат «в любом доме» в мирное время без согласия владельца представляет собой еще один аспект этого “*privacy*”. IV поправка четко утверждает “права народа на охрану личности, жилища и имущества от необоснованных обысков и ареста”... V поправка в своей клаузуле о недопустимости принуждать к даче самообвиняющих показаний дает возможность гражданину образовать зону “*privacy*”, которую государство не может заставить его уступить... Все такого рода дела свидетельствуют, что “*privacy*”, которое по данному делу взывает к своему признанию, является законным» [24. С. 55–58]. Суд обосновывал свое решение не только первыми пятью поправками, но и X поправкой, где указано, что полномочия народа не ограничиваются текстом Конституции США. Таким образом, Суд ссылался не на одно конкретное положение Основного закона, а через толкование его нескольких положений признал действующим право на неприкосновенность частной жизни [19. С. 132–134].

Через несколько лет после дела *Griswold* было вынесено еще одно, имеющее такое же фундаментальное значение решение по делу *Roe v. Wade*, касающееся вопроса частной жизни (запрет на аборт), в котором Суд еще более осно-

вательно определил понятие “*privacy*”⁹. В целом содержание “*privacy*” не является исчерпывающим: частная жизнь — многогранное понятие, которое развивается решениями Верховного суда США.

Такое конституционное правотворчество судебной власти было полностью одобрено Конгрессом. Суд фактически создал конституционное право, которое ранее не существовало и не упоминалось в тексте Конституции США. В Акте «О “*privacy*”» 1974 г. было указано следующее: «Конгресс полагает, что... право на “*privacy*” является личным и фундаментальным правом, охраняемым Конституцией США»¹⁰. Таким образом, судебная власть, обеспечив правовое закрепление прав человека на охрану “*privacy*”, предоставила американцам конституционный аргумент против любого вторжения власти в частную жизнь [19. С. 134].

Приведенные примеры наглядно показывают ту роль, которую играет Верховный суд в развитии положений американской Конституции и ее приспособлении к меняющимся социально-экономическим условиям. Как справедливо отмечает В.И. Лафитский, в «Соединенных Штатах истинным конституционным законодателем, бесспорно, является Верховный суд США» [9. С. 124].

Говоря о значимости правотворческой деятельности Верховного Суда, важно также подчеркнуть то обстоятельство, что конституционные доктрины, создаваемые данным Судом в процессе толкования Конституции, очень трудно преодолеть даже высшему законодательному органу страны — Конгрессу. Чтобы вынудить Верховный суд отказаться от его конституционных доктрин, Конгрессу необходимо внести поправки в Конституцию, а сделать это чрезвычайно трудно. Из-за сложностей ратификационного процесса Конгресс прибегает к данной мере лишь в самых исключительных случаях. Из 27 поправок к Конституции лишь четыре (XI, XIV, XVI, XXVI поправки) были приняты как непосредственный результат пересмотра судебных конституционных доктрин [17. С. 168]. Но и эти поправки достаточно гибко толковались Верховным судом и наполнялись порой весьма противоречивым содержанием. Таким образом, процесс конституционного правотворчества опять завершается интерпретационной деятельностью Верховного суда США.

Как справедливо подчеркивают исследователи, Верховный суд США никогда не ограничивался интерпретационной деятельностью в узком понимании. В процессе толкования конституционных норм и принципов деятельность судей направлена на реализацию правотворческой функции, имеющей в своей основе обеспечение устойчивости американского государства и сохранение базовых ценностей правовой идеологии, прежде всего приоритета фундаментальных прав и свобод [19. С. 171]. Судебный активизм и конституционное правотвор-

⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁰ *The Privacy Act of 1974*. 5 U.S.C. § 552a.

чество позволяют Верховному суду искать в конституционном праве США пути к компромиссам, ослаблять социальную напряженность. Судьям зачастую удается более тонко уловить специфику конкретной ситуации и быстрее найти оптимальные средства смягчения острых конфликтов, чем законодателям. Судебный метод приспособления Конституции к потребностям текущего дня является наиболее эволюционным, а потому, на наш взгляд, наиболее приемлемым.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Именно благодаря прецедентному праву Конституция США продолжает оставаться современной: прецедентное право не только позволяет полностью не обновлять конституцию или принимать новую, как это происходит в странах Европы, но и сравнительно редко вносить в нее поправки [26. С. 91]. Подобно живому организму, Конституция США находится в состоянии постоянного развития и приспособления к действительности, «во многих отношениях она заново пишется каждым новым поколением» [Цит. по: 7. С. 180]. И ведущую роль в «написании» этого «нового» текста Основного закона Соединенных Штатов играет именно Верховный суд США. Без его прецедентов толкования слова Конституции фактически мертвы: является ли смертная казнь «жестоким и необычным наказанием», запрещенным Конституцией, соответствуют ли эвтаназия и производство аборта «надлежащей правовой процедуре», необходимой по Конституции для правомерного лишения жизни, нарушает ли запрет на торговлю порнографическими изданиями гарантированную Основным законом свободу слова и печати, — на все эти вопросы дает ответ не формальный текст Конституции США, а прецеденты его толкования высшей судебной инстанцией страны. Не случайно среди практикующих юристов наибольшей популярностью пользуются аннотированные издания Конституции США, содержащие ссылки на соответствующие прецеденты ее толкования Верховным Судом США [27].

Однако ученые отмечают и определенные недостатки американского конституционного судебного правотворчества, подчеркивая при этом, что многие из отрицательных его сторон являются следствием сохраняющегося своеобразия американской правовой системы, и в ряде случаев продолжением ее достоинств. Так, С.Л. Сергеева указывает на то, что, во-первых, вследствие нерешенности проблемы судебного интерпретивизма как основного внутреннего «ядра» правотворчества отсутствовала определенность в основных конституционных целях, и, как следствие, правотворчество Верховного суда США представляло собой реагирование на возникающие проблемы, осуществлялось в духе *«ad hoc»*, что не способствовало разработке ясных и определенных положений права. Во-вторых, структура источников конституционного права и способность Верховного суда США отказываться от собственных прецедентов — это одновременно и положительная черта, и недостаток, имевший негативные последствия для правовой стабильности. В-третьих, с целью компенсировать «жест-

кую», сложную и почти нереальную процедуру изменения и принятия поправок Верховный суд США при поддержке или по умолчанию других ветвей и уровней власти прямо использовал правотворческую функцию, что также не может быть охарактеризовано однозначно положительно, по меньшей мере, по двум причинам. Прежде всего, с юридико-технической точки зрения деятельность парламента и парламентских комитетов позволяет более детально и с различных позиций исполнить правотворческую функцию. Кроме того, судебное правотворчество и контрольные полномочия судебной власти в определенной степени сдерживают правотворческую активность законодателя [19. С. 177–178].

По нашему мнению, указанные недостатки действительно могут быть выделены, но они не снижают общей положительной оценки конституционного правотворчества Верховного суда США, которое в условиях специфики американской правовой системы в целом и американского конституционализма в частности является объективной необходимостью.

Таким образом, можно сделать вывод, что особенности механизма конституционного правотворчества США обусловлены двойственной природой как самой американской Конституции — нормативного правового акта, принятого на договорной основе, так и комплексным характером правовой системы США, сочетающей традиции прецедентного (общего) и статутного (континентального) права. Такая интеграционная природа позволяет рассматривать указанный механизм как проявление конвергенции в праве, когда из трех форм правотворческой техники — договорной, законодательной и прецедентной берутся самые действенные инструменты и достигается наиболее эффективный правовой результат — конституционный акт уникальной стабильности, гибкости и юридической жизнеспособности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Третьякова О.Д.* Юридическая конвергенция: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2012. 44 с.
- [2] *Синюков С.В.* Механизм правотворчества: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. 26 с.
- [3] Теория государства и права / под ред. Р.А. Ромашова. СПб.: «Юридический центр Пресс», 2005. 630 с.
- [4] *Петрова Е.А.* Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. №3 (58). С. 16–23.
- [5] *Невинс А., Коммаджер Г.* История США: От английской колонии до мировой державы. Нью-Йорк: Телекс, 1991. 442 с.
- [6] История государства и права зарубежных стран. Часть 2. / под общ. ред. Н.А. Крашенинниковой, О.А. Жидкова. М.: НОРМА, 1999. 712 с.
- [7] Конституция США: История и современность / под ред. А.А. Мишина, Е.Ф. Язькова. М.: Юридическая литература, 1988. 320 с.

- [8] Конституция США. М.: ТОО «Иван», 1993. 32 с.
- [9] *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. 2-е изд. М.: Статут, 2011. 349 с.
- [10] *The Constitution of the United States*. Washington: OSC, 1987. 44 p.
- [11] *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 1999. 568 с.
- [12] *Мишин А.А.* Государственное право США. М.: Наука, 1976. 207 с.
- [13] США: конституция и права граждан / отв. ред. И.А. Геевский. М.: Мысль, 1987. 317 с.
- [14] США: Экономический справочник. М.: Политиздат, 1988. 390 с.
- [15] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. 400 с.
- [16] *Bernstein R.B.* Amending America: if we love the Constitution so much, why do we keep trying to change it? New York : Times Books, 1993. 392 p.
- [17] *Жидков О.А.* Верховный суд США: Право и политика. М.: Наука, 1985. 224 с.
- [18] *Miller A.S.* The Supreme Court: Myth and Reality. Westport: Greenwood Press, 1978. 370 p.
- [19] *Сергеева С.Л.* Развитие конституционного судебного правотворчества в США (конец XIX — начало XXI вв.): дис. ... канд. юрид. наук. Курск, 2012. 208 с.
- [20] *Kramer L.D.* The Supreme Court 2000 Term — Foreword: We the Court // *Harvard Law Review*. 2001. Vol. 115. N 1. p. 4–169.
- [21] *Holmes O.V.* The Common Law. Cambridge, Massachusetts : Belknap Press of Harvard University Press, 2009. xlv, 393 p.
- [22] *Фридман Л.* Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс», 1992. 286 с.
- [23] *Mikula M.F., Mabunda L.M., McClintic M.A.*, editors. Great American Court Cases. Vol. III: Equal Protection and Family Law. Detroit, San Francisco, L.: Gale Group; 1999. 728 p.
- [24] *Власихин В.* Феномен Верховного суда США: Американский ареопаг в первом доме на первой улице // *Российская юстиция*. 2000. №11. С. 55–58.
- [25] *Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э.* Верховный Суд США. Права и свободы граждан. Польша: БЕГА, 1996. 254 с.
- [26] *Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. 338 с.
- [27] *Killian J.H. Beck L.E.*, editors. The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1987. 2308 p.

© Петрова Е.А., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Петрова Екатерина Алексеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

Контактная информация:

e-mail: kate_petrova78@mail.ru

THE MECHANISM OF CONSTITUTIONAL LAWMAKING AT THE UNITED STATES OF AMERICA AS AN EXPRESSION OF LAW CONVERGENCE

E.A. Petrova

Ivanovo State University
39, Ermaka st., Ivanovo, Russia, 153025

In the article the author analyzes the specificity of the constitutional lawmaking mechanism in the United States in the context of the combination of various lawmaking forms, including those that typical for different legal traditions. The uniqueness of the American legal system is that it combines the features of both common and continental law and so it has integrate nature.

The author interprets constitutional lawmaking as the activity of competent lawmaking authorities on creation a constitution as the act of a special kind. The mechanism of constitutional lawmaking covers a system of interrelated elements (the static aspect) and successive stages (the dynamic aspect), providing the establishment and objectification of the constitutional norms in the form of an appropriate constitutional act. Converging nature of the American constitutional lawmaking mechanism has two aspects.

The first aspect is connected with the specifics of adoption of the US Constitution. Initially in the mechanism of constitutional lawmaking the instrumentation of a treaty lawmaking has been involved. However the result of it was not an international treaty in the traditional sense, but a normative legal act with the supreme legal force.

The second aspect represents a further development of the constitutional provisions through Constitution amendments (which is typical for continental constitutional tradition) and through the judicial constitutional lawmaking which is peculiar for common law tradition. The judicial constitutional lawmaking is carried out through the constitutional doctrines of the U.S. Supreme Court by which the constitutional norms are adopted without formal changes to the varying social conditions.

It is concluded that the mechanism of constitutional lawmaking in the United States according to the integration nature of the American legal system expresses the law convergence because it combines three forms of lawmaking technique (contractual, legislative and case-law) and so far provides the best legal result.

Key words: convergence; lawmaking; the US Constitution; the American legal system; the U.S. Supreme Court; constitutional doctrines; case-law

REFERENCES

- [1] Tret'yakova OD. *Yuridicheskaya konvergentsiya*. Avtoreferat diss. [The legal convergence. Diss. abstract]. Vladimir; 2012. 44 p. (In Russian).
- [2] Sinyukov VN. *Mekhanizm pravotvorchestva*. Avtoreferat diss. [The mechanism of lawmaking. Diss. abstract]. Saratov; 2013. 26 p. (In Russian).
- [3] Romashov RA, editor. *Teoriya gosudarstva i prava* [The Theory of State and Law]. Saint Petersburg: "Yuridicheskii tsentr Press"; 2005. 630 p. (In Russian).
- [4] Petrova EA. Judicial Lawmaking Mechanism: Definition and Peculiarities. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2016;3(58);16–23. (In Russian). doi:10.12737/20571.

- [5] Nevins A, Commager HS. *Istoriya SShA: Ot angliiskoi kolonii do mirovoi derzhavy* [The History of the United States: from the British Colony to the World Power]. New York: Teleks; 1991. 442 p. (In Russian).
- [6] Krashenninikova NA, Zhidkov OA, editors. *Istoriya gosudarstva i prava zarubezhnykh stran* [History of State and Law of Foreign Countries]. Part 2. Moscow: NORMA; 1999. 712 p. (In Russian).
- [7] Mishina AA, Yaz'kova EF, editors. *Konstitutsiya SShA: Istoriya i sovremennost'* [The Constitution of the United States: History and Modernity]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1988. 320 p. (In Russian).
- [8] *Konstitutsiya SShA* [The Constitution of the United States]. Moscow: TOO "Ivan"; 1993. 32 p. (In Russian).
- [9] Lafitsky VI. *Constitutional system of the USA*. 2nd ed. Moscow: Statut; 2011. 349 p. (In Russian).
- [10] The Constitution of the United States. Washington: OSC; 1987. 44 p.
- [11] Chirkin VE. *Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran* [The Constitutional Law of Foreign Countries]. Moscow: Yurist"; 1999. 568 p. (In Russian).
- [12] Mishin AA. *Gosudarstvennoe pravo SShA*. Moscow: Nauka; 1976. 207 p. (In Russian).
- [13] Geevskii IA, editor. *SShA: konstitutsiya i prava grazhdan* [State law of USA.]. Moscow: Mysl'; 1987. 317 p. (In Russian).
- [14] SShA: Ekonomicheskii spravochnik [USA: Economic Handbook]. Moscow: Politizdat; 1988. 390 p. (In Russian).
- [15] David R, Jauffret-Spinosi C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10 ed. Paris: Dalloz; 1992. (In French). [Russ. ed. David R, Jauffret-Spinosi C. *Osnovnye pravovye sistemy sovremenosti*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya; 1999. 400 p.].
- [16] Bernstein RB. *Amending America: if we love the Constitution so much, why do we keep trying to change it?* New York: Times Books; 1993. 392 p.
- [17] Zhidkov OA. *Verkhovnyi sud SShA: Pravo i politika* [The U.S Supreme Court: Law and Politics]. Moscow: Nauka; 1985. 224 p. (In Russian).
- [18] Miller AS. *The Supreme Court: Myth and Reality*. Westport: Greenwood Press; 1978. 370 p.
- [19] Sergeeva SL. *Razvitie konstitutsionnogo sudebnogo pravotvorchestva v SShA (konets XIX – nachalo XXI vv)*. Diss. kand. yuridich. nauk. [The Development of Law-making of the Constitutional Court in the United States (end of XX - beginning of XXI centuries) Cand. legal sci. diss.]. Kursk; 2012. 208 p. (In Russian).
- [20] Kramer L.D. The Supreme Court 2000 Term – Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*. 2001;115(1):4–169.
- [21] Holmes OV. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press; 2009. xlv, 393 p.
- [22] Friedman LM. *American Law*. Moscow: Izdatel'skaya gruppa «Progress»; 1992. 286 p. (In Russian).
- [23] Mikula MF., Mabunda LM, McClintic MA, editors. *Great American Court Cases. Vol. III: Equal Protection and Family Law*. Detroit, San Francisco, L.: Gale Group; 1999. 728 p.
- [24] Vlasikhin V. Fenomen Verkhovnogo suda SShA: Amerikanskii areopag v pervom dome na pervoi ulitse [The phenomenon of the U.S Supreme Court: American Areopagus at the First house on the First Street]. *Russian Justitia*. 2000;11:55-58. (In Russian).
- [25] Franlovsky S, Goldman R, Lentovska E. *Supreme Court of the USA about Civil Rights and Freedoms*. Poland: BEGA; 1996. 254 p. (In Russian).
- [26] Bogdanovskaya IJ. *Istochniki prava na sovremennom etape razvitiya «obshchego prava»*. Diss. [Sources of law at the present stage of the development of "common law". Dissertation]. Moscow; 2007. 338 p. (In Russian).

- [27] Killian JH, Beck LE, editors. *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office; 1987. 2308 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Petrova Ekaterina A. — Candidate of Legal Sciences, Assistant professor, Theory and History of State and Law Department, Ivanovo State University.

Contact information:

e-mail: kate_petrova78@mail.ru



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-53-70

ЭВОЛЮЦИЯ ПРАВОВОГО СТАТУСА БУХАРЦЕВ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ XVIII–XIX вв.*

Р.Ю. Почекаев

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

В статье анализируется правовое положение «бухарцев», то есть выходцев из Средней Азии, принимавших российское подданство или постоянно приезжавших в Россию для ведения торговли. Эта категория населения (в большей мере социальная, чем этническая) стала формироваться в Московском государстве в первой половине XVII в., а в XVIII–XIX вв. пользовалась значительными льготами и привилегиями, поскольку бухарцы являлись основными посредниками в установлении и развитии отношений Российской империи со среднеазиатскими государствами. Они были освобождены от уплаты многих налогов и сборов, несения повинностей (в т.ч. воинской), властям предписывалось оказывать бухарцам всяческое содействие и не чинить никаких препятствий в их торговой деятельности. Бухарцы судились собственными судами, действовавшими на основе шариата и обычного права, лишь в отдельных случаях их дела были подсудны имперским судебным инстанциям. Они имели право на самоуправление (ратуши в городах и целые волости) на основе собственных административных и правовых традиций. Принадлежность бухарцев к исламу никоим образом не ограничивала их права и льготы, хотя обращение в христианство приветствовалось властями. Определенные привилегии также были установлены и для бухарцев, приезжавших в Россию для торговли (включая охрану торговых караванов русскими войсками, право жениться на русских подданных и даже брать жен и детей с собой в Бухару и т.д.). Впоследствии роль бухарцев как посредников между Российской империей и Средней Азией уменьшилась, что сопровождалось сокращением их привилегий специальными законодательными актами. Они были обложены налогами и в целом приравнены по положению к «иностранцам», находившимся в подданстве Российской империи, однако эти изменения были постепенными. Эволюция российской политики в отношении бухарцев анализируется на основе материалов Полного собрания законов Российской империи.

Ключевые слова: Российская империя; Средняя Азия; бухарцы; Полное собрание законов Российской империи; налоговые льготы; таможенные сборы; местное самоуправление

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 14-03-00322. Текст представляет собой расширенный и дополненный вариант доклада, представленного на Международной конференции «Трансграничные миграции с Востока на Запад, в Россию и на Восток: прошлое и настоящее» (Москва, ИВ РАН, 21–23 ноября 2016 г.). Текст доклада не публиковался.

І. ВВЕДЕНИЕ

Особый статус бухарцев (а этим термином обозначали не только уроженцев Бухарского ханства, но и других выходцев из Средней Азии, проживающих или пребывающих в течение длительного времени на территории России) стал складываться уже на рубеже XVI–XVII вв., когда в состав Московского государства вошло Сибирское ханство, и многие выходцы из среднеазиатских государств предпочли принять российское подданство и продолжать вести свои дела под властью Москвы точно так же, как делали это при сибирских ханах-Шибанидах [1. Р. 67, 70]. Естественно, московские власти должны были определить статус своих новых подданных, который и нашел закрепление уже в ряде правовых актов первой половины XVII в. Однако наиболее подробно правовое положение бухарцев стало регламентироваться в XVIII–XIX вв., т.е. в период Российской империи. При этом совокупность прав, льгот и обязанностей бухарцев позволяет сделать вывод, что этот термин обозначал не только (и не столько) этническую принадлежность, но и правовое положение, т.е. являлся в большей степени соционимом, чем этнонимом.

Различные аспекты правового статуса бухарцев в России имперского периода уже становились предметом исследования специалистов, правда, чаще рассматривавших их в историческом, а не в историко-правовом контексте. Так, Х.З. Зияев, О. Бартон, Р.Н. Гизатуллин, Ф.Ф. Марганов и ряд других исследователей обращались к вопросам особенностей статуса бухарцев в Сибири при изучении их социально-экономического положения [1. Р. 41–85; 2; 3; 4; 5]. Другие специалисты, в частности С.Н. Корусенко (в т.ч. в соавторстве с коллегами), исследовали проблемы этнической и генеалогической истории сибирских бухарцев, опираясь и на историко-правовые источники [6; 7]. В значительной степени вопросы правового положения бухарцев в Российской империи нашли освещение в работах Г.Т. Бакиевой и К.Р. Ишбулдиной, однако первая в большей степени сосредотачивается на нормах и принципах обычного права сибирских народов (в том числе и бухарцев), делая акцент на этнографической составляющей [8], вторая же анализирует правовой статус бухарцев в контексте российской имперской политики в Сибири в целом [9; 10]. При этом исследователи опираются преимущественно на архивные материалы, содержащие правовые акты региональных властей, сведения обычно-правового характера и т.д., и в весьма малой степени привлекают имперское законодательство, определяющее положение бухарцев и отражающие политику Российской империи в отношении выходцев из Средней Азии.

Между тем подробный анализ этих документов позволяет достаточно полно осветить правовое положение бухарцев в России и его эволюцию в контексте центрально-азиатской политики Российской империи. В связи с этим представляется целесообразным анализ соответствующих нормативных правовых актов, включенных в «Полное собрание законов Российской империи» (*далее* —

ПСЗРИ), хронологический принцип построения которого в значительной степени облегчает анализ изменения политики России по отношению к бухарцам в разные годы.

Несомненно, писаное законодательство не всегда объективно отражает правовые реалии, поскольку представляет собой некое «идеализированное» представление законодателя о том, как должны складываться правоотношения в той или иной сфере, тогда как на практике они могут развиваться совершенно иначе¹. Тем не менее, привлечение актов из ПСЗРИ в контексте настоящего исследования представляется вполне оправданным, поскольку предметом исследования является именно имперская правовая политика по регулированию статуса бухарцев и постепенному его изменению. Соответственно, в статье предпринимается попытка анализа правовых актов, регламентировавших правовой статус бухарцев в России и его изменения и выяснения, в какой степени эти изменения соотносились с позицией Российской империи в отношении среднеазиатских ханств.

II. СВОБОДА ТОРГОВЛИ И ПЕРЕДВИЖЕНИЯ

Интерес к бухарцам, пребывавшим и проживавшим на территории России, в значительной степени объяснялся тем, что в течение долгого времени Московское царство, а затем и Российская империя не имели возможности наладить постоянные контакты с государствами Средней Азии, перспективы сотрудничества с которыми (особенно в торговой сфере) прекрасно осознавались российскими правящими кругами. В результате сибирские бухарцы на протяжении всего этого периода рассматривались как своеобразные посредники между Россией и своими государствами — Бухарой, Ташкентом, Восточным Туркестаном (который в российской имперской географической традиции именовался «Малой Бухарией»). Более того, еще по замыслу Петра I они должны были обеспечить развитие торговых связей России с Индией и даже с Китаем [1. Р. 78; 11. Р. 37, 156; 12. Р. 18]². В связи с этим еще в первой половине XVII в. им были предоставлены многочисленные льготы и привилегии, обусловившие развитие их коммерческой деятельности на территории России и приток их земляков в российские владения [3. С. 30–31; 14. Р. 50].

¹ Проблема соотношения «писанного» и «живого» права, т.е. фактически складывающихся правоотношений, неоднократно привлекала внимание правоведов-теоретиков (см., напр.: [13. С. 624–626]).

² Стоит отметить, что подобная «посредническая функция» выходцев из среднеазиатских ханств с сих собственными государствами, а также и с другими странами оказывалась востребованной не только в Московском царстве и Российской империи. Аналогичную деятельность бухарцы осуществляли и в Восточном Туркестане, выступая в качестве посредников между Джунгарским ханством в Западной Монголии и китайской (маньчжурской) империей Цин, поскольку напряженные политические отношения этих государств не позволяли им осуществлять экономическое взаимодействие напрямую [15. Р. 95–96].

Соответственно, самые первые акты ПСЗРИ, касающиеся правового статуса бухарцев, регламентируют вопросы содействия им в торговой деятельности и предоставления разного рода льгот именно в этой сфере. Так, подтвердительная жалованная грамота бухарцам «На свободный проезд в Казань, Астрахань и поморские города по торговому промыслу», выданная 17 сентября 1686 г. от имени царей Ивана V и Петра I и правительницы царевны Софьи (она подтверждала грамоту их деда, царя Михаила Федоровича 1642 г.), предписывала российским властям не препятствовать тобольским (т.е. сибирским) бухарцам торговле в разных городах России — от Астрахани и Казани до Архангельска, Колмогор и Соликамска. Более того, им позволялось требовать от властей подводы под товары, а воеводам запрещалось задерживать их, вымогать взятки и причинять иные «убытки и оскорбления»³.

Со временем, по мере увеличения притока в Россию торговцев из Азии, политика в отношении их ужесточалась, что также было на руку бухарцам, принявшим российское подданство. Так, в Наказе Петра I терскому воеводе князю М.А. Волконскому «Об управлении казенными, земскими и военными делами» от 14 мая 1697 г. астраханским властям предписывалось у купцов из Средней Азии принимать товары на таможене, а дальнейшую их реализацию в России поручать российским торговцам. Однако если с такими товарами прибывали русско-подданные бухарцы, им позволялось самим торговать и в других российских регионах⁴.

Покровительство российских властей выходцами из Средней Азии повышало заинтересованность последних в переезде в Россию. В конце XVIII в. их число настолько увеличилось, что в 1789 г. генерал-прокурор А.А. Вяземский направил запрос Екатерине II относительно возможности принятия их в российское подданство. Запрос послужил основанием для издания именного указа «О дозволении ташкентцам и бухарцам переселиться в Россию» от 3 ноября 1789 г., в котором императрица отвечала А.А. Вяземскому: «Рассмотрев изъявленное в записке вашей желание ташкентцев⁵ и бухарцев переселиться в пределы империи нашей, мы не находим никаких препятствий к удовлетворению оногo». Более того, она также особо оговорила, что бухарцы имеют такое же право и на свободный выезд на родину при соблюдении, впрочем, условий, на которых допускался переезд и русских горожан из города в город⁶.

³ ПСЗРИ. Т. II. СПб., 1830. № 1209. С. 816–817.

⁴ ПСЗРИ. Т. III. СПб., 1830. № 1585. П. 21. С. 316.

⁵ Следует отметить, что во второй половине в связи с расширением представлений о географии и политической ситуации в Средней Азии в российских нормативных актах наряду с «бухарцами» начинают фигурировать, в частности, также и «ташкентцы».

⁶ ПСЗРИ. Т. XXIII. СПб., 1830. № 16814. С. 93. Этот порядок предусматривался ст. 129 неизвестной Грамоты на права и выгоды городам Российской империи (более известной как «Жалованная грамота городам») 1785 г. и предписывал всем переезжающим выплатить все имеющиеся у них долги и установленную городом подать за 3 года, см.: ПСЗРИ. Т. XXII. СПб., 1830. № 16187. С. 380.

III. ФОРМИРОВАНИЕ ОРГАНОВ САМОУПРАВЛЕНИЯ И СУДА ДЛЯ БУХАРЦЕВ

Рост количества бухарцев в российских владениях вызвал вопрос о целесообразности создания условий их «компактного проживания» в соответствии с их обычаями и традициями, в том числе и в сфере управления и правового регулирования отношений. При этом поначалу бухарцы стремились жить именно в русских городах. В связи с этим 11 октября 1703 г. был принят приговор Сибирского приказа «О переводе татар и бухарцев из Тобольска на Панин бугор и о наблюдении, чтобы мечети их от русских церквей построены были в отдаленности, и чтобы во время божественной службы соблюдаемо ими было благочиние», согласно которому бухарцам разрешалось проживать в Тобольске вместе с русскими — равно как татарам и прочим «иноземцам»⁷. Однако со временем власти сочли целесообразным создание обособленных мест поселения выходцев из Средней Азии.

С самоуправлением бухарцев напрямую был связан и вопрос об их подсудности. И в этом отношении российские власти в течение длительного времени шли навстречу своим подданным, в содействии которых для укрепления отношений со Средней Азией так нуждались. В соответствии с вышеупомянутой грамотой Ивана V, Петра I и царевны Софьи 1686 г. бухарцы не были подсудны русским судам — «опричь заемных кабал и татиных и разбойных дел с поличным»⁸.

9 декабря 1787 г. Екатерина II направила пермскому и тобольскому генерал-губернатору, генерал-поручику Е.П. Кашкину именной указ «Об оставлении тобольских бухарцев и ташкентцев на том самом основании, на каковом они были до открытия наместничества», в котором специально подчеркивалось, что преобразование Сибирской губернии в наместничество не умаляет прав и привилегий местных бухарцев⁹. Им по-прежнему позволялось взаимодействовать по торговым вопросам с городскими магистратами и разрешать имущественные споры в «словесных судах» на родном языке. И что самое главное, впервые было нормативно закреплено право бухарцев на создание собственных

⁷ ПСЗРИ. Т. IV. СПб., 1830. № 1946. С. 226. Не вполне корректный термин «иноземцы» применялся в отношении местного населения «национальных окраин» Российской империи до первой четверти XIX в., когда он был заменен термином «инородцы», который употреблялся уже вплоть до падения империи [16. Р. 188].

⁸ ПСЗРИ. Т. II. № 1209. С. 816.

⁹ Надо полагать, поводом для издания такого указа послужило существенное расширение полномочий вновь назначаемых генерал-губернаторов (наместников) по сравнению с прежними губернаторами в результате реформы 1775 г., что могло найти отражение в усилении контрольной функции региональных администраторов над органами местного самоуправления и, соответственно, урезанием полномочий последних [17. Р. 19].

органов местного самоуправления при наличии значительной численности бухарцев: «покуда, с умножением числа их, могут и пожелают они сами иметь собственную ратушу, сообразно правилам, в Учреждениях наших об управлении губерний изображенных»¹⁰. На основании этого указа в дальнейшем в Сибири стали появляться не только городские органы самоуправления бухарцев, но и целые «бухарские» волости, управлявшиеся выборным руководством на основе их собственных правовых норм и обычаев [З. С. 38–43; 9. С. 247–248].

Существование словесных судов для бухарцев (равно как для армян и для татар) было подтверждено докладом Сената «О разбирательстве дел третейским судом между индейцами, персиянами, бухарцами, хивинцами и другими заграничными азиятцами, пребывающими в Астрахани», утвержденным императором Павлом I 19 ноября 1800 г. Споры между собой они должны были решать в собственных судах и управах, но если одной из сторон являлся русский, дело рассматривалось в российской судебной инстанции; правда, если одной из сторон являлся бухарец, а другой — иной «инородец», дело рассматривал именно бухарский словесный суд¹¹.

Несомненно, столь пристальное внимание к традиционным и мусульманским органам управления и судам бухарцев в полной мере вписывалось в политику Российской империи по отношению к мусульманским подданным. Имперские власти уже с конца XVIII в. стремились поставить мусульманские административные и судебные институты себе на службу, использовать в качестве проводников собственной политики на «национальных окраинах» и в районах проживания большого числа русско-подданных нехристианского вероисповедания [18. Р. 357].

IV. НАЛОГОВЫЕ ЛЬГОТЫ БУХАРЦЕВ И ИХ ПОСТЕПЕННОЕ ОГРАНИЧЕНИЕ

Право бухарцев и ташкентцев на собственные органы самоуправления (ратуши и волости) было подтверждено и знаменитым «Уставом об управлении инородцев» от 22 июля 1822 г., разработанным выдающимся российским государственным деятелем М.М. Сперанским во время его пребывания на посту сибирского генерал-губернатора. Правда, наряду с закреплением этого права бухарцы были окончательно приравнены по статусу к другим «оседлым инородцам», в результате чего их права в области самоуправления не отличались от прав татар и других оседлых народов Сибири, а большинство их льгот, соответственно, отменялось¹². Подобная позиция была связана с тем, что к этому вре-

¹⁰ ПСЗРИ. Т. XXII. СПб., 1830. № 16593. С. 951–952.

¹¹ ПСЗРИ. Т. XXVI. СПб., 1830. № 19656. С. 393–395.

¹² ПСЗРИ. Т. XXXVIII. СПб., 1830. № 29126. С. 394, 399.

мени Российская империя уже установила непосредственные контакты с ханствами Средней Азии, и необходимость в бухарцах как посредниках отпала. К этому времени представители центральных и региональных имперских властей и российских предпринимательских кругов все чаще выражали недовольство привилегированным положением бухарцев, считая, что те, обладая налоговым иммунитетом, имеют несравненно более выгодное положение в торговой сфере, чем их российские коллеги, при этом не внося никакого вклада в развитие государственного благосостояния. Более того, в новых условиях сохранение привилегий для бухарцев автоматически ограничивало возможности российских торговцев, как раз в это время начинавших активно осваивать среднеазиатские рынки. Это давало им повод обращаться к императорам и высшим органам государственной власти с предложениями об отмене льгот для бухарцев [3. С. 29, 35]. Складывавшаяся ситуация нашла отражение в Дополнительном постановлении «Об устройстве гильдий и о торговле прочих сословий» от 14 ноября 1824 г., утвержденном именованным указом императора Александра I: если для российских купцов, входящих в гильдии, предусматривались некоторые новые возможности, то все инородцы (а следовательно — и бухарцы) в своей торговой деятельности по-прежнему должны были руководствоваться положениями «Устава об управлении сибирских инородцев»¹³.

Однако освобожденные от уплаты многочисленных налогов и сборов, равно как и несения повинностей, бухарцы привыкли к своим льготам и со временем стали воспринимать их как неотъемлемую часть своего правового статуса и весьма активно реагировали на попытки российских властей отменить или хотя бы сократить ее.

Первые такие попытки также были предприняты в правление Петра I: именованным указом «О взимании с земель и угодий, принадлежащих бухарцам, таких податей, как и с русских людей, о обложении торговых бухарцев оброком по торгам и промыслам и о записках оброчных денег с в приходные книги» от 28 марта 1698 г., который предписывал сибирскому воеводе князю М.Я. Черкасскому, тобольскому воеводе князю П.М. Черкасскому и подведомственным им дьякам уточнить время прибытия бухарцев в Россию, основания, на которых они владели земельными угодьями, и обложить ежегодным оброком в 2–5 рублей и более в год — в зависимости от размеров землевладения, приравнивая к российским земледельцам, а с бухарских торговцев — взимать те же пошлины, что и с русских «посадских людей». Любопытно, что в указе специально подчеркивалось, что «в вере их бусурманской им свобода, и утеснения и обид никаких им нет...; и того и в самых их бусурманских странах не повелось, чтоб жить пришлому иноземцу такую свободою без всякия дани, и землями б вла-

¹³ ПСЗРИ. Т. XXXIX. СПб., 1830. № 30115. С. 609.

деть и торговать свободно, чего и русским природным его великого государя людем такой свободы и легости не бывает»¹⁴. По-видимому, это был своеобразный «сигнал властям» Средней Азии для изменения их политики в отношении русских купцов-иноверцев; как известно, еще и во второй половине XIX в. этот вопрос был актуален для среднеазиатской политики Российской империи, власти которой многократно предлагали среднеазиатским монархам установить для отечественных торговцев такую же небольшую торговую пошлину, какая взималась с купцов из Средней Азии в российских владениях.

В 1700 г. Петр I издал указ, уточняющий предыдущий: отныне с принадлежащей бухарцам земли предписывалось взимать вместо натурального оброка денежный: с «ржаной» десятины — 6 алтын 4 деньги, с «яровых» — 3 алтына 2 деньги, с сена — по 2 деньги с копны. Однако бухарцы проявили настойчивость, неоднократно подавали челобитные, ссылаясь на ранее полученные льготы и иммунитеты, и добились-таки сокращения ставки налога: 20 июня 1701 г. вышеупомянутым воеводам М. и П. Черкасским был направлен новый именной указ, название которого говорит само за себя — «О взимании с земель, заселенных бухарцами, оброку по 5 алтын в год с десятины засеянной ржаным хлебом и по десяти денег с десятины ярового хлеба»¹⁵. Примечательно, что царь в этом же указе предписал сибирским властям растолковать бухарцам, что «даром землями никто не владеет»¹⁶, т.е. сознавал необходимость обоснования отмены их налогового иммунитета. Таким образом, специфика правового регулирования статуса бухарцев в Российской империи нашла отражение и в том, что при позитивистском характере имперского законодательства в эпоху Петра I и его преемников в соответствующих нормативных актах присутствовали своеобразные «обоснования разумности» тех или иных нормативных предписаний, характерных позднее для естественно-правового подхода [19. С. 238].

Прошло два десятилетия, и бухарцы, похоже, смирились с тем, что они платят «оклад», однако возникла другая проблема: они опасались, что их будут брать в солдаты, и, вместе с представителями сибирских татар, обратились в Камер-коллегию с прошением о том, чтобы их в рекруты не брали. Но если татары обосновывали свою просьбу тем, что несут военную службу в местах своего постоянного проживания (о чем свидетельствовало и их название «служилые татары»), то бухарцы опирались лишь на то, что добровольно прибыли в Россию, приняли подданство и платят положенные налоги. Тем не менее, сенатским указом «О невзятии рекруто Сибирской губернии с бухарцев и служилых сибирских татар» от 23 марта 1724 г. было принято решение, что на сибирских бухарцев, равно как и служилых татар, рекрутские наборы распространяться не

¹⁴ ПСЗРИ. Т. III. СПб., 1830. № 1626. С. 446.

¹⁵ ПСЗРИ. Т. IV. № 1857. С. 169.

¹⁶ Там же. С. 169–170.

будут — на том основании, что именным указом «О сборе рекрут с мордвы, черемис и татар» от 19 января 1722 г. (издание которого и послужило бухарцам и татарам поводом для беспокойства) предписывалось брать в рекруты именно мордву, черемисов (марийцев) и казанских татар, а о сибирских служилых татарах и бухарцах в нем не упоминалось¹⁷.

Итак, права, обязанности и льготы бухарцев в отношении налогов и повинностей, казалось бы, были четко определены. Однако в 1764 г., когда в Сибирь прибыла сенатская комиссия совершенно по другой причине (для проведения расследования дела о взятках региональной администрации), попутно выяснилось, что законно установленные налоги и сборы с бухарцев фактически не взимаются. В высочайше утвержденном докладе Сената «О произведении следствия по взяткам сибирских иногородцев и о положении бухарцев живущих в Сибирской губернии по прошествии льготного времени в оклад против государственных крестьян» от 12 февраля 1764 г. отмечалось, что 800 бухарцев, обложенных оброком, платят всего 78 руб. 46¾ коп. в год, а торговые сборы не платят вообще, ссылаясь на прежние указы о льготах. Сибирским властям предписывалось исправить ситуацию, но, как и в указах Петра I 1698 и 1701 г., рекомендовалось действовать «с употреблением... увещаний», т.е., опять же, достаточно мягко, чтобы не отпугнуть других бухарцев, желающих принять российское подданство¹⁸. Неслучайно в специальном именном указе «О бытии выехавшим и выезжающим в Сибирь для поселения бухарцам и ташкинцам на прежнем основании», направленном сибирскому губернатору генерал-майору Д.И. Чичерину 20 августа 1767 г., Екатерина II подтвердила в целом все права и привилегии бухарцев, дарованные им еще при Петре I¹⁹.

Несмотря на приравнивание бухарцев с 1822 г. по статусу к другим «сибирским иногородцам», особое отношение к ним как налогоплательщикам сохранялось и в дальнейшем. Так, на основании высочайше утвержденного мнения Государственного совета «О правах бухарцев и ташкентцев, обитающих в Западной Сибири» от 12 февраля 1834 г., те из них, кто занимался земледелием, облагались не подушной податью, как русские налогоплательщики, а подымной, т.е. с каждого дома (при этом власти исходили из того, что в среднем каждый «дым» включает 3 «души») ²⁰. Годом позже, еще одним высочайше утвержденным мнением Государственного совета «Об обложении оброчной податью бухарцев и ташкентцев Омской области» от 6 апреля 1835 г., подымная подать была распространена и на тех бухарцев, которые занимались торговлей²¹. Нако-

¹⁷ ПСЗРИ. Т. VII. СПб., 1830. № 4486. С. 272–273. См. также: ПСЗРИ. Т. VI. СПб., 1830. № 3884. С. 483.

¹⁸ ПСЗРИ. Т. XVI. СПб., 1830. № 12041. П. 5 С. 533–534.

¹⁹ ПСЗРИ. Т. XVIII. СПб., 1830. № 13337. С. 971.

²⁰ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. IX. Отд. I. СПб., 1835. № 6802. С. 123.

²¹ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. X. Отд. I. СПб., 1836. № 8034. С. 299. Впоследствии это положение

нец, в 1854 г. обязанность уплачивать ее была распространена и на тех, кто формально не принадлежал к домовладельцам, т.е. тех, кто батрачил, занимался торговлей, ремеслом и т.д. В отношении же прочих денежных и натуральных земских повинностей они приравнивались к другим «инородцам»²².

Впрочем, особенности политической ситуации время от времени заставляли российские власти пересматривать политику в отношении бухарцев. Так, в 1830-е гг. контакты со среднеазиатскими ханствами были практически прекращены, и для торговли с ними снова оказались востребованы в качестве посредников русско-подданные бухарцы. Это нашло отражение в вышеупомянутом мнении Государственного совета от 12 февраля 1834 г., в соответствии с которым бухарцы могли торговать товарами, ввозившимися ими из Азии, или российскими товарами за пределами империи «без уплаты гильдейских повинностей»; все же операции внутри России они должны были осуществлять на общих основаниях — с уплатой всех сборов и пошлин²³.

Однако за то время, что бухарцы пользовались столь обширными льготами и привилегиями в налоговой сфере, некоторые торговцы сумели сколотить немалые состояния и могли поспорить масштабами деятельности с ведущими русскими купцами. Они сумели создать мощное «лобби» при генерал-губернаторе Западной Сибири, благодаря поддержке которого добились издания сенатского указа «О порядке выдачи паспортов живущим в Западной Сибири бухарцам и ташкентцам» от 29 мая 1858 г., в соответствии с которым бухарцы, состоящие в гильдиях, имели право на получение постоянно действующих паспортов, соответствующих тем, которыми обладали и русские торговцы 1–3 гильдий. Только те, чьи торговые обороты были меньше, по-прежнему должны были получать «плакатные паспорта» (т.е. разовые разрешения) на каждую поездку по торговым делам²⁴.

V. БУХАРЦЫ И КОНФЕССИОНАЛЬНАЯ ПОЛИТИКА РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ

Мусульманское вероисповедание бухарцев в течение долгого времени никоим образом не противоречило их привилегированному положению в Российской империи. Единственным нюансом являлось указание, в соответствии с вышеупомянутым приговором Сибирского приказа от 11 октября 1703 г., строить мечети для бухарцев на достаточном расстоянии от русских православных

было закреплено в отдельном пункте Правил нового устройства земских повинностей, утвержденных именным указом императора Николая I от 13 июля 1851 г., см.: ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XXVI. Отд. I. СПб., 1852. № 25398. Ст. 56, прим. 1. С. 501.

²² ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XXIX. Отд. I. СПб., 1855. № 28262. С. 511.

²³ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. IX. Отд. I. № 6802. С. 123. См. также: [9, с. 247].

²⁴ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XXXIII. Отд. I. СПб., 1860. № 33129. С. 689.

храмов. Кроме того, этим же законодательным актом устанавливалась «опала и казнь» (т.е. наказание) для тех бухарцев, кто каким-либо образом мешал проведению православных богослужений — «учнут кричать и смехотворение и безчинство и русским людям какую препону и обиду чинить»²⁵.

Период правления императрицы Елизаветы Петровны исследователи не без оснований считают временем наиболее активной христианизации русско-подданных мусульман [16. Р. 194]. 1 мая 1742 г. был издан сенатский указ «О мерах для предохранения новокрещенных иноверцев от обид и разорения», которым была установлена защита для принявших христианство от преследований со стороны их прежних единоверцев²⁶. И хотя в нем не было нормативных положений, непосредственно регламентировавших положение бухарцев, однако тенденцию обращения их в православие этот правовой акт стимулировал.

В правление Екатерины II религиозная политика Российской империи приобрела более толерантный характер [16. Р. 195–196], и в этот период власти (особенно региональные, лучше понимавшие специфику управляемых ими регионов) подходили к вопросу, связанному с распространением православия, весьма осторожно. Так, в 1767 г. вышеупомянутый сибирский губернатор Д.И. Чичерин 11 июля 1767 г. отправил в Санкт-Петербург реляцию, в которой описывал непрофессиональную деятельность православных миссионеров, которые под предлогом обращения в православие местных иноверцев нередко притесняли их. В ответ на это Екатерина II 20 августа направила ему именной указ «О воспрещении проповедникам ездить без дозволения к иноверцам и о строении мечетей на основании прежних резолюций, состоявшихся в 1793 году», в котором запретила подобную практику и подтвердила установленный со времен Петра I принцип о непритеснении бухарцев из-за их принадлежности к исламской религии²⁷.

Однако время от времени возникали вопросы, связанные и непосредственно с переходом представителей бухарской «диаспоры» в христианство. Так, в 1863 г. один сибирский бухарец, перешедший в христианство (и получивший православное имя Василий Шишкин), обратился к властям Западной Сибири с прошением о предоставлении ему средств для переезда на другое место жительства. На основании этого прошения было издано высочайше утвержденное положение Сибирского комитета «О выдаче бухарцам пособия, когда они, по случаю принятия ими христианской веры, должны будут переселиться на новое место жительства», объявленное министром государственных имуществ А.А. Зеленым Сенату 22 мая 1863 г. В соответствии с ним на переходивших в христианство бухарцев распространялись правила, ранее применявшиеся в отно-

²⁵ ПСЗРИ. Т. IV. № 1946. С. 227.

²⁶ ПСЗРИ. Т. XII. СПб., 1830. № 8919. С. 89–96.

²⁷ ПСЗРИ. Т. XVIII. № 13336. С. 970–971.

шении калмыков, также принимавших православие: если переходивший в христианство имел семейство, ему выделялось на переезд 15 руб., одиноким — 8 руб. (именно такую сумму и запросил вышеупомянутый В. Шишкин)²⁸.

VI. ОСОБЕННОСТИ СТАТУСА БУХАРСКИХ «НЕРЕЗИДЕНТОВ»

В задачи настоящей статьи не входит подробный анализ взаимодействия российских властей с выходцами из Средней Азии, которые не жили в России постоянно, а лишь приезжали в российские земли для ведения торговых дел. Однако считаем целесообразным рассмотреть некоторые аспекты правового статуса таких лиц, поскольку они касались взаимодействия этих торговцев с русско-подданными и влекли важные правовые последствия.

В частности, именованным указом Александра I «Об отводе пастбищ бухарским купцам в удобных местах по берегу реки Урала» от 20 февраля 1803 г. предписывалось предоставлять на безвозмездной основе бухарским караванам пастбища на пути их следования из Бухары в российские пределы²⁹. Любопытно, что пастбища им должны были предоставляться «в лугах на азиатской стороне», т.е., по всей видимости, речь идет о казахских степях, которые российские власти в то время еще не объявили государственной собственностью³⁰. В связи с этим становятся объяснимыми участвовавшие казахские нападения на караваны среднеазиатских купцов [20. Р. 335], поскольку казахи, на тот момент являвшиеся собственниками своей земли, считали себя незаслуженно обиженными подобным указом.

В 1824 г. Комитет азиатских дел по поручению министра финансов разработал и представил Сенату журнал «О взимании с идущих из Оренбурга в Бухарию караванов под прикрытием конвоя по 25 копеек с рубля», впоследствии утвержденный тем же Александром I и представленный Сенату министром финансов Е.Ф. Канкриным 11 декабря 1824 г. Им предусматривалось предоставление вооруженной охраны караванам, следовавшим из Оренбурга в Бухару (правда, как следует из названия журнала, не на безвозмездной основе)³¹. Из текста документа, впрочем, не вполне ясно, касалось ли это только русских караванов, направлявшихся в Среднюю Азию, или распространялось и на бухарские караваны, владельцы которых вели дела в России³².

²⁸ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. XXXVIII. Отд. I. СПб., 1866. № 39654. С. 493.

²⁹ ПСЗРИ. Т. XXVII. СПб., 1830. № 20623. С. 465.

³⁰ Это случилось лишь в 1840-е гг., когда земли, занимаемые «киргизами», т.е. казахами, были объявлены «частью Всероссийской империи» и переданы в ведение Министерства иностранных дел, см.: Положение об управлении оренбургскими киргизами. СПб., 1844. § 4. С. 7.

³¹ ПСЗРИ. Т. XXXIX. № 30150. С. 650.

³² Как полагает, в частности, Х.З. Зияев [4. С. 101].

Определенные привилегии имелись у приезжих бухарцев также и в семейной сфере, что было закреплено высочайше утвержденным мнением Государственного совета от 19 января 1827 г. «О дозволении азиатцам, приезжающим в Россию и женившимся на российских подданных, возвращаться в свое отечество, оставляя, однако же, в России тех жен своих и детей, от них прижитых». Теперь если приезжий бухарец женился в России и в браке рождались дети, то в случае возвращения на родину ему разрешалось брать с собой и семейство — единственным условием являлось лишь согласие на то отца и матери жены; выходцам из других среднеазиатских государств подобного права не предоставлялось: в случае отъезда они были обязаны оставить своих русско-подданных жен и потомство от браков с ними в пределах Российской империи (п. 1). Однако если бухарец (равно как другой выходец из Средней Азии) уезжал на родину без семьи, он должен был дать «сказку» (т.е. своеобразную подписку) российским властям о том, что намерен вернуться в течение 2 лет (п. 3). Если он не возвращался, то его брак с русско-подданной супругой считался расторгнутым на том основании, что он в течение длительного времени не заботился о своей семье и не поддерживал ее материально. Отметим, что российские власти, не желая вызывать недовольства мусульман подобными предписаниями, решили обязать имамов, заключающих такие брачные договоры, предусмотреть в них это условие. Правда, жениться они могли только на русских мусульманках: православная, католическая и лютеранская церковь подобные браки запрещали; только евангелическая церковь допускала такие браки — при условии, что супруг-мусульманин не будет заставлять жену менять вероисповедание (п. 2)³³.

VII. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, по мере налаживания прямых контактов российских властей (как центральных, так и региональных) с ханствами Средней Азии в экономической и политической сфере потребность в посреднической роли «русских» бухарцев все больше и больше отпадала. Соответственно, в глазах и имперских властей, и различных сословий населения империи наличие у бухарцев многочисленных льгот и привилегий перестало выглядеть обоснованным, что и привело к постепенному их «сращиванию» с другими инородцами, в полной мере отразившись на существенной корректировке их статуса в течение XIX в.

Вместе с тем нельзя не отметить, что на протяжении всего рассматриваемого периода имперские власти своим отношением к бухарцам в России посылали своеобразные «сигналы» правителям среднеазиатских ханств, надеясь, что последние станут предоставлять российским торговцам в Средней Азии такие

³³ ПСЗРИ. Собрание второе. Т. II. СПб., 1830. № 828. С. 37–38.

же льготы, какие предоставлялись бухарцам в пределах Российской империи. Ошибочность подобного подхода стала очевидна после получения более полного представления об особенностях отношения к международно-правовым нормам и принципам в Средней Азии в результате посольских миссий П. Никифорова, Г.И. Данилевского (Хивинское ханство, 1841–1842 гг.), К.Ф. Бутенева (Бухарский эмират, 1841–1842 гг.) и в особенности Н.П. Игнатьева (Хивинское ханство и Бухарский эмират, 1858 г.).

Участники миссий пришли к обоснованным выводам, что режим благоприятствования, создаваемый выходцам из Средней Азии в России, в глазах восточных монархов выглядит как проявление мягкости и уступчивости, а следовательно — слабости России, и сами они отнюдь не собирались предоставлять ответные льготы русским торговцам в своих владениях. В связи с этим представляется неслучайным, что последние льготы для бухарцев в Российской империи были отменены именно во второй половине 1850-х гг.

Вместе с тем обращает на себя внимание и то, с какой легкостью российские власти соглашались на выезд бухарцев, уже принявших российское подданство или же женившихся на русско-подданных, на родину. Надо полагать, эти мигранты рассматривались ими как своеобразные «агенты влияния», которые могли стать проводниками российской системы правовых ценностей в ханствах Средней Азии. Последующие события подтвердили правильность таких действий: в конце XIX — начале XX вв., т.е. уже после установления протектората Российской империи над Бухарой и Хивой, именно местное купечество, имевшее опыт длительного пребывания в России или постоянных поездок в российские пределы, оказалось наиболее восприимчивым к реформам в среднеазиатских государствах, которые стремились проводить в них имперские власти.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Burton A.* Bukharan Trade, 1558–1718. Papers on Inner Asia. No. 23. Bloomington, Ind.: Indiana University, Research Institute for Inner Asian Studies, 1993. 116 p.
- [2] *Гизатуллин Р.Н.* «Многие бухарцы приезжают сюда пожить на распахку...» (Среднеазиатская диаспора в дореволюционном Троицке) // Гороховские чтения: материалы первой Региональной музейной конференции. 2 ноября 2010 г. Челябинск: Челябинский государственный краеведческий музей, 2010. С. 170–174.
- [3] *Зияев Х.* Узбеки в Сибири (XVII–XIX вв.). Ташкент: Фан, 1968. 75 с.
- [4] *Зияев Х.З.* Экономические связи Средней Азии с Сибирью в XVI–XIX вв. Ташкент: Фан, 1983. 168 с.
- [5] *Марганов Ф.Ф.* Роль караванной торговли в возникновении поселений сибирских бухарцев (на примере Юрт Шамшинских Тобольского района Тюменской области) // XV Сулеймановские чтения: материалы Всероссийской научно-практической конференции (Тюмень, 17–18 мая 2012 года). Тюмень: Тюменский государственный ун-т, 2012. С. 98–102.

- [6] Корусенко С.Н. Землевладение и землепользование бухарцев в Сибири: генеалогический ракурс // Известия Алтайского государственного университета. История. 2009. Т. 3. № 4 (65). С. 98–102.
- [7] Корусенко С.Н. Сибирские бухарцы в начале XVIII века. Омск: Наука, 2011. 248 с.
- [8] Бакиева Г.Т. Обычай и закон. Очерки правовой культуры сибирских татар в XVIII — начале XX века / отв. ред. Миненко Н.А. Новосибирск: Академическое издательство «Гео», 2011. 214 с.
- [9] Ишбулдина К.Р. Особенности колониальной политики Российского государства на примере сибирских бухарцев // Власть и насилие в незападных обществах: проблемы теоретического осмысления и опыт практического изучения / под ред. Г.В. Лукьянова, А.Л. Рябинина, С.А. Рагозина, И.А. Артемьева, В.О. Белевцова. М.: Московский государственный образовательный комплекс, 2016. С. 245–252.
- [10] Ишбулдина К.Р. Роль сибирских бухарцев в формировании властного пространства Западной Сибири // Лавровский сборник: Материалы XXXVIII и XXXIX Среднеазиатско-Кавказских чтений 2014–2015 гг. Этнология, история, археология, культурология. СПб.: МАЭ РАН, 2015. С. 26–31.
- [11] LeDonne J.P. *The Grand Strategy of the Russian Empire, 1650–1831*. Oxford: Oxford University Press, 2004. 261 p.
- [12] LeDonne J.P. Geopolitics, Logistics, and Grain: Russia's Ambitions in the Black Sea Basin, 1737–1834 // *The International History Review*. 2006. Vol. 28. Issue. 1. P. 1–41.
- [13] Эрлих О. Основоположение социологии права / пер. М.В. Антонова; Под ред. В.Г. Графского, Ю.И. Гревцова. СПб.: Университетский издательский консорциум, 2011. 704 с.
- [14] Burton A. Marchands et négociants boukhares, 1558–1920 // *Cahiers d'Asie centrale*. 1998. 5/6. P. 37–62
- [15] Onuma T. The Development of the Junghars and the Role of Bukharan Merchants // *Journal of Central Eurasian Studies*. 2011. Vol. 2. P. 83–100.
- [16] Khodarkovsky M. *Russia's Steppe Frontier. The Making of a Colonial Empire, 1500–1800*. Bloomington, Indianapolis: Indiana University Press, 2002. 304 p.
- [17] LeDonne J.P. Russian Governors General, 1775–1825: Territorial or Functional Administration? // *Cahiers du Monde russe*. 2001. Vol. 42. Issue. 42/1. P. 5–30.
- [18] Spannaus N. Formalism, Puritanicalism, Traditionalism: Approaches to Islamic Legal Reasoning in the 19th-Century Russian Empire // *The Muslim World*. 2014. Vol. 104. Issue 3. P. 354–378.
- [19] Юридическая герменевтика в XXI веке / под ред. Е.Н. Тонкова, Ю.Ю. Ветютнева. СПб.: Алетейя, 2016. 440 с.
- [20] LeDonne J.P. Outlines of Russian Military Administration 1762–1796: Part I: Troop Strength and Deployment // *Jahrbücher für Geschichte Osteuropas*. 1983. Bd. 31. H. 3. P. 321–347.

© Почекаев Р.Ю., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Почекаев Роман Юлианович — кандидат юридических наук, профессор, доцент, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» — Санкт-Петербург.

Контактная информация:

e-mail: ropot@mail.ru

EVOLUTION OF THE LEGAL STATUS OF BUKHARANS IN RUSSIAN LEGISLATION OF THE 18TH–19TH CC.

R.Yu. Pochekaev

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

Author analyzes the legal status of “Bukharans”, i.e. immigrants to Russia from the Central Asia who took out citizenship of the Russian Empire or constantly arrived for trading. This category of population began to form already at the first half of the 17th c. And during the 18th–19th cc. they had numerous advantages and privileges as were the principal mediators in relations of Russia with Central Asian states. So, they had tax immunity, liberation from the military service and other duties, right to establish own municipal structures (city councils and districts — *volosty*). Also they had own courts acted on the base of Islamic and customary law and were put on imperial trial only in special cases. Bukharans also were not forced to convert to Christianity although this action was welcomed by Russian authorities and there were not any limitations because their Islamic religion. Some privileges were established also for Bukharans who traveled to Russia as traders (using Russian guards for caravans, possibility to marry Russian subjects and take them to Bukhara, etc.). Then the importance of Bukharans in relations of Russia and Central Asia decreased and it was reflected on diminution of their privileges: the taxes were levied upon them and, at last, Bukharans were equated to non-Russian imperial subjects (*inorodtsy*) with all their rights and obligations. But this policy was gradual and all measures of the Russian authorities were explained for Bukharans in special legal acts. The policy of imperial authorities towards Bukharans is analyzed on the base of the Complete Collection of the Laws of the Russian Empire.

Key words: Russian Empire; Central Asia; Bukharans; Complete Collection of the Laws of the Russian Empire; tax immunity; custom duties; local government

REFERENCES

- [1] Burton A. *Bukharan Trade, 1558–1718*. Papers on Inner Asia. No. 23. Bloomington, Ind.: Indiana University, Research Institute for Inner Asian Studies; 1993. 116 p.
- [2] Gizatullin RN. “Mnogie bukhartsy priezzhayut syuda pozhit' na raspashku...” (Sredneaziatskaya diaspora v dorevolyutsionnom Troitske) [Many Bukhara come here to live the high life... "(Central Asian diaspora in the pre-revolutionary Troitsk)]. In: *Gorokhovskie chteniya* [Gorokhovo Readings]. *Proceedings of the 1st Regional Museum, 2010, 2 November, Chelyabinsk*. Chelyabinsk: Chelyabinskii gosudarstvennyi kraevedcheskii muzej; 2010. p. 170–174. (In Russian).
- [3] Ziyaev Kh. *Uzbeki v Sibiri (XVII–XIX vv.)* [Uzbeks in Siberia (XVII–XIX centuries)]. Tashkent: Fan; 1968. 75 p. (In Russian).
- [4] Ziyaev KhZ. *Ekonomicheskie svyazi Srednei Azii s Sibir'yu v XVI–XIX vv.* [Economic relations of Central Asia with Siberia in XVI–XIX centuries]. Tashkent: Fan; 1983. 168 p. (In Russian).
- [5] Marganov FF. Rol' karavannoi trgovli v vozniknovenii poselenii sibirskikh bukhartsev (na primere Yurt Shamshinskikh Tobol'skogo raiona Tyumenskoi oblasti) [The role of the cara-

- van trade in the event of settlement of the Siberian Bukhara (for example, Yurt Shamshinskih Tobolsk region of the Tyumen province)]. In: *XV Suleimanovskie chteniya* [XV Sul-eymanovskie reading]. *Proceedings of the All-Russian Scientific Conference, 2012, May 17–18, Tyumen*. Tyumen: Tyumenskii gosudarstvennyi un-t; 2012. P. 98–102. (In Russian).
- [6] Korusenko SN. Land Tenure and Land Use by the Siberian Bukharians: Genealogical Per-spective. *Izvestiya of Altai State University. History*. 2009;3(4(65)):98–102. (In Russian).
- [7] Korusenko SN. *Sibirskie bukhartsy v nachale XVIII veka* [Siberian Bukhara at the beginning of the XVIII century]. Omsk: Nauka; 2011. 248 p. (In Russian).
- [8] Bakieva GT. *Obychai i zakon. Ocherki pravovoi kul'tury sibirskikh tatar v XVIII – nachale XX veka*. [The custom and the law. Essays of the legal culture of the Siberian Tatars in XVIII - the beginning of the XX century]. Minenko NA, editor. Novosibirsk: "Geo" Publ.; 2011. 214 p. (In Russian).
- [9] Ishbuldina KR. Osobennosti kolonial'noi politiki Rossiiskogo gosudarstva na primere sibir-skikh bukhartsev [Features of the colonial policy of the Russian state on the example of Sibe-rian Bukharians]. In: Luk'yanov GV, Ryabinin AL, Ragozina SA, Artem'ev IA, Belevtsov VO. (eds.) *Vlast' i nasilie v nezapadnykh obshchestvakh: problemy teoreticheskogo os-mysleniya i opyt prakticheskogo izucheniya: sbornik statei* [Power and violence in non-western societies: problems of theoretical understanding and practical experience of study]. Moscow: Moskovskii gosudarstvennyi obrazovatel'nyi kompleks; 2016. p. 245–252. (In Rus-sian).
- [10] Ishbuldina KR. Rol' sibirskikh bukhartsev v formirovanii vlastnogo prostranstva Zapadnoi Sibiri [The role of the Siberian Bukhara in the formation of the powerful areas of Western Siberia]. In: *Lavrovskii sbornik: Materialy XXXVIII i XXXIX Sredneaziatsko-Kavkazskikh chtenii; 2014–2015. Etnologiya, istoriya, arheologiya, kul'turologiya* [Lavrovskii collec-tion: Articles XXXVIII and XXXIX of the Central Asian-Caucasus readings, 2014-2015. Ethnology, history, archeology, cultural studies]. Saint Petersburg: MAE RAN; 2015. p. 26–31. (In Russian).
- [11] LeDonne JP. *The Grand Strategy of the Russian Empire, 1650-1831*. Oxford: Oxford Uni-versity Press; 2004. 261 p.
- [12] LeDonne JP. Geopolitics, Logistics, and Grain: Russia's Ambitions in the Black Sea Basin, 1737–1834. *The International History Review*. 2006;28(1):1–41. doi:10.1080/07075332.2006.9641086.
- [13] Ehrlich E. *Grundlegung der Sociologie des Rechts*. München, Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot; 1913. 432 s. (In German). [Rus. ed. Ehrlich E. *Osnovopolozhenie sotsiologii prava*. Grafskii VG, Grevtsov YuL., editors. Saint Petersburg: Universitetskii izdatel'skii kon-sortsium; 2011. 704 p.]
- [14] Burton A. Marchands et négociants boukhares, 1558–1920. *Cahiers d'Asie centrale*. 1998;5/6:37–62.
- [15] Onuma T. The Development of the Junghars and the Role of Bukharan Merchants. *Journal of Central Eurasian Studies*. 2011;2:83–100.
- [16] Khodarkovsky M. *Russia's Steppe Frontier. The Making of a Colonial Empire, 1500–1800*. Bloomington, Indianapolis: Indiana University Press; 2002. 304 p.
- [17] LeDonne JP. Russian Governors General, 1775–1825: Territorial or Functional Administra-tion? *Cahiers du Monde russe*. 2001;42(42/1):5–30. doi:10.4000/monderusse.80.
- [18] Spannaus N. Formalism, Puritanicalism, Traditionalism: Approaches to Islamic Legal Rea-soning in the 19th-Century Russian Empire. *The Muslim World*. 2014;104(3):354–378. (In English). doi:10.1111/muwo.12059.
- [19] Tonkov EN, Vetyutnev YuYu, editors. *Yuridicheskaya germeneytika v XXI veke* [Legal her-meneutics in the XXI century]. Saint Petersburg: Aleteiya; 2016. 440 p. (In Russian).

- [20] LeDonne JP. Outlines of Russian Military Administration 1762–1796: Part I: Troop Strength and Deployment. *Jahrbücher für Geschichte Osteuropas*. 1983;31(3):321–347.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

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

Contact information:

e-mail: ropot@mail.ru



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-71-82

ПОЛИТИЧЕСКАЯ СВОБОДА В ТРУДАХ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ ФРАНЦУЗСКОЙ ЛИБЕРАЛЬНОЙ ШКОЛЫ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX в.

С.В. Бочкарев

Российский государственный педагогический университет им. А.И. Герцена
Юридический факультет
наб. реки Мойки, 48, Санкт-Петербург, Россия, 191186

Во Франции за последние два столетия было сформировано правовое государство, основанное в том числе на соблюдении прав и свобод человека. Начиная с Декларации прав человека и гражданина 1789 г. закрепление прав и свобод стало во Франции конституционным принципом. В этой связи изучение основных политико-правовых концепций прав и свобод человека не теряет своей актуальности.

В статье анализируются политико-правовые идеи французской либеральной школы второй половины XIX в. на политическую свободу. Исследуются взгляды наиболее известных представителей данной школы — Л.-А. Прево-Парадоля (*L.-A. Prévost-Paradol*) и Э. Лабулэ (*É. Laboulaye*), работы которых, главным образом, «Новая Франция» (1868 г.) и «Либеральная партия, ее программа и ее будущее» (1863 г.) оказали существенное влияние на формирование конституционных основ (образование двухпалатного парламента, избрание нижней палаты на основании всеобщего прямого голосования, политическую ответственность министров перед парламентом) Третьей Республики во Франции.

Свобода рассматривалась французскими либералами как индивидуальное понятие. При этом политические свободы в отличие от гражданских изменчивы, так как они находятся в прямой зависимости от той или иной исторической эпохи и политических институтов различных государств. Каталог политических свобод, в трактовке Э. Лабулэ, включал четыре основных элемента: избирательное право, свободно избранное национальное представительство с широкими контрольными полномочиями, независимая судебная система и свободная пресса. Л.-А. Прево-Парадоль рассматривал политическую свободу через призму государственно-правовых институтов, подчеркивая, что парламентаризм как тип представительного правления делает нацию свободной.

В статье сделан вывод, что, по мнению представителей французской либеральной школы, реализация политической свободы зависит, во-первых, от наличия конституции в государстве и, во-вторых, от установления демократического политического режима.

Ключевые слова: либерализм; либеральная школа; свобода; индивидуализм; конституция; парламентаризм; избирательное право; конституционное закрепление; демократия; политический режим

Политико-правовая концепция либерализма формировалась под влиянием многих факторов, одним из которых было его неприятие абсолютизма. Это про-

являлось по нескольким основаниям. Во-первых, либерализм противопоставлял сословному порядку идею естественного права. Во-вторых, он показал неэффективность существующего государственного правления, отстаивая принцип индивидуальной свободы. В-третьих, выступил с критикой произвола властителей, которые ставят себя выше закона [1. С. 238].

Основными постулатами классического либерализма, которые или были сформулированы, или уже нашли нормативное закрепление к XIX в., были: абсолютная ценность человеческой личности и изначальное равенство всех людей; автономия индивидуальной воли; существование неотчуждаемых прав человека; договорный характер отношений между государством и индивидом; верховенство закона как инструмента социального контроля; ограничение объема и сфер деятельности государства; защищенность, прежде всего от государственного вмешательства, частной жизни человека и свобода его действий (в рамках закона) во всех сферах общественной жизни [2. С. 10–11].

Во Франции либерализм, как политическое течение, начинает формироваться после реставрации в 1814 г. династии Бурбонов. Ж. де Сталь, Б. Констан, Ф. Гизо, А. де Токвиль сформировали, по определению М.М. Федоровой, «классический французский либерализм» [3. С. 5–22].

Стоит отметить, что применительно к Франции «либерализм является не только философией, но и движением» [4. С. 40]. Поэтому большинство либеральных мыслителей Франции были видными государственными деятелями.

В середине XIX в., в связи с приходом к власти Луи-Наполеона Бонапарта, наметился определенный регресс во французском конституционном строительстве. Одним из следствий данного процесса стало формирование во Франции либеральной школы, представители которой выступали «одновременно и против демократической идеи, из которой вышла революция 1848 года, и против учреждений, возникших после государственного переворота 1852 года» [5. С. 315].

Центральное место в либеральной политико-правой мысли отводилось правам и свободам, их осмыслению, классификации. При этом представили французской либеральной школы, наиболее видными из которых являлись Л.-А. Прево-Парадоля и Э. Лабулэ, систематизируя права и свободы, акцентировали внимание на степени участия граждан в политической жизни, т.е. на осуществлении политической свободы.

Расцвет политической и творческой деятельности Люсьена-Анатolia Прево-Парадоля (1829–1870 гг.) пришелся на 60-е гг. XIX в., когда он стал членом французской академии, баллотировался в Законодательный корпус на парламентских выборах 1863 г. и 1869 г., был назначен послом в США. Наиболее его известной работой стала книга «Новая Франция», опубликованная в 1868 г., сделавшая автора «ведущим политическим писателем» [6. С. 395]. Она была посвящена «общей политике, прекрасно написанная, очень полная, резюмировавшая все учения либеральной партии» [7. С. 453].

Стоит отметить, что Л.-А. Прево-Парадоля занимали «не столько абстрактные рассуждения о соотношении свободы и равенства и не столько формы правления, сколько вопросы более частного характера: реформы политических институтов, моральный и интеллектуальный прогресс общества» [8. С. 90].

Л.-А. Прево-Парадоля называют «духовным отцом» Конституции 1875 г. [9. С. 311]. Многие идеи Л.-А. Прево-Парадоля действительно затем нашли свое отражение в Конституционных законах 1875 г. Они были реализованы, в частности, в создании двухпалатного парламента, избрании Палаты депутатов на основании всеобщего прямого голосования, а также в коллегиальной ответственности министров перед парламентом (статьи 1 и 6 Конституционного закона «Об организации государственных властей» от 25 февраля 1875 г.)¹.

Эдуард Рене Лефевр де Лабулэ (1811–1883 гг.) — французский ученый, правовед, политический деятель. Как и Л.-А. Прево-Парадоля, он был избран действительным членом французской академии, преподавал на кафедре сравнительного правоведения в Коллеже де Франс. С конца 50-х по конец 60-х гг. XIX в. Э. Лабулэ четыре раза безуспешно выставлял свою кандидатуру на выборах в Законодательный корпус.

После провозглашения Третьей республики во Франции, на дополнительных выборах в июле 1871 г., Э. Лабулэ избирается депутатом Национального собрания, где он был одним из руководителей левого центра, возглавлял комиссию по реорганизации высшего образования. Э. Лабулэ являлся одним из авторов Конституции 1875 г., в частности, представлял в Национальном собрании Конституционный закон «О взаимоотношениях государственных властей». В декабре 1875 г. Э. Лабулэ был избран пожизненным сенатором.

Среди основных работ, в которых изложены политико-правовые взгляды Э. Лабулэ, следует назвать «Либеральная партия, ее программа и ее будущее» (1863), «Конституционные вопросы» (1872), «Государство и его пределы» (1863) и др.

Основное внимание в своем творчестве он уделял анализу категории свободы, определению границ государственной власти, разграничению частных и публичных интересов.

В целом, несмотря на разницу во взглядах на некоторые частные вопросы, общий контекст воззрений Л.-А. Прево-Парадоля и Э. Лабулэ совпадает. Например, это проявилось в 60-е гг. XIX в., когда во Франции развернулась борьба с административной централизацией. Для либеральной школы, по замечанию А. Мишеля, «бороться с централизацией значит защищать право, инициативу индивидуума против активного вмешательства государства» [5. С. 317].

¹ Constitution de 1875, IIIe République. Режим доступа: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1875-iii-republique.5108.html>. Дата обращения: 03.08.2016.

В 1865 г. был составлен и издан проект децентрализации Франции, известный как «Нансйская программа», который получил большую поддержку различных политических сил. Цель проекта — воплотить принцип «граждане сделаны для чиновников, а не чиновники для граждан» [10. С. 61]. Основными требованиями выдвигались «свободное установление бюджета» и учреждение в департаментах особой исполнительной комиссии, подчиненной местным советам, а не префектам [11. С. 235].

Л.-А. Прево-Парадоль и Э. Лабулэ присоединились к «Нансйской программе».

Э. Лабулэ видел способ избавления от административной централизации во Франции — создание ассоциаций: «Между индивидуальным эгоизмом и деспотизмом государства (который является еще одной формой эгоизма) ассоциация ставит веру, науку, благотворительность, коммунальный интерес, т.е. все, что объединяет людей и учит их поддерживать друг друга. Это основа общества» [12. С. 38].

Л.-А. Прево-Парадоль отмечал, что во Франции «есть очень мало хороших умов, которые имеют намерения сегодня по реформированию нашей административной системы, и перестроить наши муниципальные и ведомственные учреждения, чтобы сделать их, наконец, в состоянии поддерживать свободное правительство» [13. С. 78]. В дальнейшем, в период существования Третьей республики, некоторые положения «Нансйской программы» были реализованы.

Итак, основным вопросом для установления либеральной идентичности является вопрос «об уважении и о расширении гражданских и индивидуальных свобод» [14. С. 139].

I. ПОНИМАНИЕ СВОБОДЫ ФРАНЦУЗСКИМ ЛИБЕРАЛИЗМОМ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX в.

Свобода рассматривалась французскими либералами в качестве индивидуального понятия, поскольку она «состоит в праве каждого индивидуума развивать себя самого, делать все то, что позволяют ему физические, умственные и нравственные силы» [15. С. XXVII]. Причем свобода — это общечеловеческое понятие: «Безрассудно изобретать исключительно французский политический строй, как было бы бессмысленно изобретать исключительно французскую промышленность, отталкивая все то, чему опыт научил американцев и англичан. Если у промышленности нет родины, у свободы тем более; то и другое являются общим наследием христианства» [12. С. 129].

Следует отметить, что Л.-А. Прево-Парадоль в «Новой Франции» уделял понятию свободы гораздо меньше внимания, чем Э. Лабулэ в своих работах. Как и для большинства французских правоведов второй половины XIX в., «инструментом свободы» являлся парламентаризм, сущность которого раскрывает-

ся через «представительное правление, контроль двух палат, общественное обсуждение» [16. С. 180], так и для Л.-А. Прево-Парадоля именно парламентаризм делает нацию свободной [13. С. 104]. Причем для автора «Новой Франции» вопрос об установлении определенной формы правления не являлся определяющим, главным было, что «народ управляет сам под названием республика или монархия с помощью свободно избранного собрания и ответственного министерства» [13. С. 153]. Таким образом, Л.-А. Прево-Парадоль постулировал парламентаризм, как тип представительного правления.

Для Э. Лабулэ также вопрос о форме правления не представлялся принципиальным, поскольку главное это «дух свободы, который не является ни английским, ни французским, но который является общим благом и славой цивилизации» [12. С. 130]. И дух свободы может быть реализован только при парламентаризме, или, в формулировке Э. Лабулэ, при конституционном правлении [12. С. 127].

В своей трактовке свободы Э. Лабулэ исходил из постулатов Декларации прав человека и гражданина 1789 г., которая базировалась на естественно-правовой теории. Декларация утвердила представление о неотъемлемых правах человека, которыми он обладает не в силу законов, а от рождения. В то же время, как отмечают современные французские конституционалисты Ф. Амон и М. Тропер из «дефиниций, которыми Декларация определяет различные права, возникает индивидуалистическая концепция общества. Все предназначено для того, чтобы обеспечить сосуществование людей с максимальной независимостью для всех и ограничить государственные прерогативы» [17. С. 329].

Э. Лабулэ представил и обосновал свою оригинальную классификацию свобод, в которой исходил из критерия их первичности и вторичности или производности. Он различал два вида свобод: первые «существуют сами по себе (т.е. от рождения — С.Б.); это то, что мы называем сегодня социальными, индивидуальными и т.д. свободами; другие — служат гарантией для первых: это свободы политические» [12. С. 11]. Первый вид свобод Э. Лабулэ называет гражданскими, по своему смыслу они являются естественными, поскольку «для каждого из нас это только право жить и быть хозяином своей судьбы» [12. С. 122]. При этом гражданские свободы рассматривались через призму индивидуализма, которая позволит обезопасить личность от злоупотребления власти.

В отличие от гражданских свобод, политические — изменчивы, так как они находятся в прямой зависимости от той или иной исторической эпохи и политических институтов различных государств.

II. КОНЦЕПЦИЯ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СВОБОДЫ Э. ЛАБУЛЭ И Л.-А. ПРЕВО-ПАРАДОЛЯ

Политические свободы, в трактовке Э. Лабулэ, включали четыре элемента. Во-первых, избирательное право. Во-вторых, свободно избранное национальное

представительство с широкими контрольными полномочиями. В-третьих, независимая судебная система. В-четвертых, пресса, освобожденная от всех административных барьеров.

Э. Лабулэ считал, что политические свободы должны гарантировать соблюдение гражданских свобод, но, что особо подчеркивалось, не заменять их.

Э. Лабулэ и Л.-А. Прево-Парадолэ были сторонниками всеобщего избирательного права, которое являлось первым элементом политических свобод. Однако у них был разный подход к избирательной системе, установленной в то время во Франции. Для Э. Лабулэ Конституция 1852 г. «сохранила всеобщее избирательное право; это принцип нашего правительства. Империя является демократией, с наследственным главой и представительными учреждениями. Это новая политическая система, которая не имеет прецедентов в истории» [12. С. 135]. Соответственно, избирательная система нуждается лишь в некоторой корректировке.

Существенным недостатком всеобщего избирательного права для Л.-А. Прево-Парадолэ было «исключение из палаты выдающихся людей, которые часто представляют меньшинство» [13. С. 63]. Однако образование в парламенте двух категорий депутатов, одни из которых обладали бы специальным мандатом, неприемлемо. Автор «Новой Франции» также отвергает систему голосования, при которой «голос каждого гражданина будет пропорционален его влиянию и личному положению» [13. С. 66] на основе подоходного налога.

Л.-А. Прево-Парадолэ предлагал ввести во Франции систему кумулятивного голосования (*suffrage accumulé*) [18. С. 4; 19. С. 293], которая, с одной стороны, удовлетворяет соображениям справедливости и общественного интереса, а с другой стороны — обеспечит пропорциональное представительство меньшинства.

Данная система позволяет избирателю распределить предоставленные ему голоса между разными кандидатами и предоставляет «меньшинству возможность, кумулируя свои голоса на немногих кандидатах, обеспечить им на выборах относительное большинство голосов» [19. С. 295]. Избиратель имеет такое количество голосов, сколько следует избрать депутатов, но может разделить их между несколькими кандидатами или отдать все голоса одному лицу — на избирательном бюллетене или пишется несколько фамилий, или одна и та же фамилия несколько раз. В последнем случае кандидат считается получившим с одного этого бюллетеня столько голосов, сколько раз написана его фамилия [20. С. 36]. «Мы видим, — заключает Л.-А. Прево-Парадолэ, — в кумулятивном голосовании (курсив — Л.-А. П.-П.) наиболее гениальный путь развития для представительной системы» [13. С. 74–75].

Вторым элементом политических свобод, который тесно связан с первым, являлось национальное представительство.

В данном вопросе взгляды Э. Лабулэ и Л.-А. Прево-Парадолэ схожи. Оба исследователя выступали за бикамеральную структуру парламента, за расширение полномочий выборной (нижней) палаты. Следует отметить, что по действующей на тот момент Конституции 1852 г. единственным полномочием За-

конодательного корпуса было обсуждение и принятие законопроектов, в том числе налоговых (ст. 39)². Однако, как отмечал Л.-А. Прево-Парадоль: «Это право в настоящее время окружают ограничения» [13. С. 95]. Э. Лабулэ писал, что «он (Законодательный корпус — С.Б.) не имеет права инициативы, ни права поправки закона, ни права на получение петиций, ни права интерпелляций» [12. С. 163]. Соответствующими прерогативами предлагалось наделить нижнюю палату.

Что касается верхней палаты, то для Л.-А. Прево-Парадоля она должна делить «законодательную власть совместно с другой палатой» [13. С. 112]. Для принятия законов необходимо согласие обеих палат. В случае разногласий по законопроекту Л.-А. Прево-Парадоль предлагал их разрешать методом согласительных комиссий. Особо было подчеркивалось, что верхняя палата «не будет наделена особыми правами, которые мы утверждали за другой палатой» [13. С. 112].

Э. Лабулэ при анализе полномочий верхней палаты исходил из положения ст. 25 Конституции 1852 г., согласно которой Сенат назначался «хранителем Основного закона и публичных свобод. Ни один закон не мог быть промульжированным до того, как его не рассмотрит Сенат»³. Однако «если палата не является хорошим судьей, если голосование было поспешно, если решение неприятно — зло неисцелимо; снова впадаем в неудобства единственной ассамблеи. Сенат не может... провести обсуждение во второй раз и внести изменения в закон. Это является недостатком для государства и для страны, и недостатком невозполнимым» [12. С. 200–201]. Решение данной проблемы Э. Лабулэ видел в наделении Сената идентичными полномочиями с Законодательным корпусом.

Как сторонники парламентаризма, Э. Лабулэ и Л.-А. Прево-Парадоль считали необходимым создание во Франции ответственного правительства: «...однородное, ответственное и сменяемое министерство является наиболее важным инструментом парламентского правления и гарантией политической свободы» [13. С. 101].

В отличие от Э. Лабулэ, который не предлагал конкретного механизма взаимодействия исполнительной и законодательных властей, лишь констатируя, что «министры не имеют ничего общего с палатами; две власти полностью отделены друг от друга» [12. С. 193], Л.-А. Прево-Парадоль обосновал целостную концепцию парламентаризма, которая включала в себя два основных элемента: политическая ответственность правительства перед нижней палатой парламента

² Constitution de 1852, Second Empire. Режим доступа: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>. Дата обращения: 06.08.2016.

³ Constitution de 1852, Second Empire. Режим доступа: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1852-second-empire.5107.html>. Дата обращения: 06.08.2016.

и право правительства распустить парламент [21. С. 61–65]. Эти положения нашли затем свое воплощение в Конституции Третьей республики.

Третьим элементом в каталоге политических свобод была независимая судебная система, основной функцией которой являлась защита индивидуальных свобод. Л.-А. Прево-Парадоль также полагал, что судебная власть должна быть независимой. Независимость судей, которая имеет «жизненно важное значение для общественного порядка и надлежащего отправления правосудия» [13. С. 156], обеспечивается порядком их назначения или избрания. В частности, он предлагал вариант, при котором могли бы быть совмещены как принцип кооптации, так и избрания: при появлении вакансии судьи суды одной инстанции выдвигают несколько претендентов на одну должность, а исполнительная власть производит назначение лучшего из кандидатов. Л.-А. Прево-Парадоль отмечал, что это «отличное сочетание адаптировано лучше, чем любая другая система» [13. С. 164].

Наконец, четвертым элементом политической свободы является свобода прессы, которая одновременно является «локомотивом современной цивилизации» [12. С. 78] и «высшей гарантией всех свобод» [12. С. 122]. Для обеспечения свободы прессы необходимо снять административные барьеры. Л.-А. Прево-Парадоль связывал свободу прессы, как одно из условий всеобщего избирательного права, которая должна быть «достаточно недорогой, чтобы глубоко проникнуть в многочисленные народные массы» [13. С. 53]. Под свободой прессы понималось отражение ею различных мнений.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Итак, воплощение политических свобод зависит от воли государства, а точнее, от ее конституционного закрепления. Для Э. Лабулэ конституция — это «гарантия свободы, граница, раздельная линия общественных властей» [22. С. 22]. Но и этого недостаточно: «Говоря о конституции, нужно справляться с нравами страны, ибо легко может случиться, что на бумаге конституция будет либеральна, а в администрации будет господствовать деспотизм, так что свобода будет только пустым звуком» [22. С. 22]. Характерно, что оба исследователя проводят четкое разграничение между обществом и правлением, поскольку «общество не может быть демократическим, если в его распоряжении нет демократического правительства и демократических институтов» [13. С. 6]. При этом воплощение свободы, как гражданской, так и политической, возможно только в демократическом государстве, которое Э. Лабулэ определяет как христианское или просвещенное, противопоставляя ему невежественную революционную демократию, правление толпы: «Христианская демократия... при которой каждый человек узнает в детстве, как управлять самим собой, управляющие учат соблюдать права каждого, защищать индивидуальные права, и власть

стоит на страже закона. Это та демократия, которую любят в либеральной партии; такую она намеревалась создать» [12. С. 7].

По мнению Л.-А. Прево-Парадоля, демократическое правление — это «последнее слово цивилизации и лучшие средства обеспечения мира и счастья политического общества» [13. С. 22] и все общества «стремятся к демократическому государству, стремятся установить демократию, образуют демократическое правительство, которое в состоянии обеспечить их порядок и свободу» [13. С. 45].

Таким образом, как для Л.-А. Прево-Парадоля, так и для Э. Лабулэ реализация политической свободы зависит, во-первых, от наличия конституции и, во-вторых, от демократического политического режима, поскольку при демократии управление осуществляется в соответствии с волей большинства и соблюдается закон большинства. Следовательно, свобода может быть реализована только при демократии: «Я верю в будущность демократии, верю, что она стоит на хорошей дороге, но знаю, что ей предстоит преодолеть еще много опасностей» [22. С. 413].

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Баллестрем К.Г.* Предпосылки и пределы демократии // Вопросы философии. 1994. № 7–8. С. 237–240.
- [2] *Hallowell J.H.* Main Currents in Modern Political Thought. NY: Henry Holt and Company, 1950. 759 p.
- [3] Классический французский либерализм: сборник. М.: РОССПЭН, 2000. 592 с.
- [4] *Розенфельд М., Шайо А.* Распространение либерального конституционализма: изучение развития прав свободы слова в новых демократиях // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран новой демократии. 2006. № 4 (34). С. 36–88.
- [5] *Мишель А.* Идея государства. Критический опыт истории социальных и политических теорий во Франции со времени революции. М.: Издательский дом «Территория будущего», 2008. 536 с.
- [6] *Giquel J.-É.* Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol // La Revue administrative. 2000. № 316. P. 395–407.
- [7] История XIX века. / под ред. Е.В. Тарле. Т. 6. М.: Соцэкгиз, 1938. 673 с.
- [8] *Федорова М.М.* Модернизм и антимодернизм во французской политической мысли XIX века. М.: ЦОП Института философии РАН, 1997. 186 с.
- [9] *Morabito M.* Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours. 12-e éd. Paris: Montchrestien, 2012. 549 p.
- [10] *Rosanvallon P.* Administration, politique et société // Réseaux. 1999. Vol. 8. № 40. P. 49–70.
- [11] *Авалов З.* Децентрализация и самоуправление во Франции. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1905. 347 с.
- [12] *Laboulaye E.* Le Parti libéral. Son programme et son avenir. 8 éd. Paris: Charpentier et C, 1871. 344 p.
- [13] *Prévost-Paradol L.-A.* La France nouvelle. Paris: Michel Lévy frères, 1868. 423 p.
- [14] Французский либерализм в прошлом и настоящем / отв. ред. В.П. Смирнов. М.: Изд-во Моск. ун-та, 2001. 226 с.
- [15] *Лабулэ Э.* Государство и его пределы. В связи с современными вопросами администрации, законодательства и политики. СПб.: Издание Н.И. Ламанского, 1868. 412 с.

- [16] *Laffitte P.* Le suffrage universel et le régime parlementaire. Paris: Librairie Hachette, 1888. 256 p.
- [17] *Hamon F., Troper M.* Droit constitutionnel. 36 éd. Paris: L.G.D.J., 2015. 830 p.
- [18] *Bayssellance A.* Représentation proportionnelle des minorités au moyen d'une nouvelle method de scrutin. Paris: Librairie Sandoz et Fischbacher, 1879. 27 p.
- [19] *Гессен В.М.* Основы конституционного права. Петроград: Юридический книжный склад «Право», 1917. 452 с.
- [20] *Коркунов Н.М.* Пропорциональные выборы. СПб.: Типография М.М. Стасюлевича, 1896. 97 с.
- [21] *Бочкарев С.В.* Концепция парламентаризма Л.-А. Прево-Парадоля // Вестник Академии права и управления. 2016. № 42. С. 61–65.
- [22] *Лабулэ Э.* Французская администрация и законодательство. СПб.: Издание Н.И. Ламанского, 1870. 460 с.

© Бочкарев С.В., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Бочкарев Сергей Вадимович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного права Юридический факультета Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена.

Контактная информация:

e-mail: pkb-spb@yandex.ru

**POLITICAL FREEDOM IN THE WORKS OF FRENCH
LIBERAL SCHOOL REPRESENTATIVES
IN THE SECOND HALF OF XIX CENTURY**

S.V. Bochkarev

Herzen State Pedagogical University of Russia
 Law Faculty

48, Moyka River, Saint Petersburg, Russia, 191186

In France, the legal state was formed in the last two hundred years, based, inter alia, on respect for human rights and freedoms. Since the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (August 1789) securing human rights and freedoms, was in France a constitutional principle. In this context, the study of the major political and legal concepts of human rights and freedoms does not lose its relevance.

The article attempts to analyze the political and legal ideas of the French liberal school of the second half of the XIX century. on political freedom. It is noted that one of the most prominent representatives of this school were L.-A. Prevost-Paradol and E. Laboulaye, whose views are, in many respects, identical. One of the central places in their understanding of the scientific heritage takes the concept of political freedom. It is emphasized that their work is mainly «New France» and «The Liberal Party, its program and its future» had a significant impact on the formation of the constitutional institutions of the Third Republic in France. In particular, the Constitution of 1875 provided for the formation of a bicameral parliament, the lower chamber of the election on the basis of direct universal suffrage, the political responsibility of Ministers to Parliament.

Liberty viewed French liberals as an individual concept. Moreover, political freedom, as opposed to the civil — volatile, as they are directly dependent on a particular historical epoch and political institutions of different countries. Political freedom in the treatment of E. Laboulaye, included four main elements: the right to vote, freely elected national representative with broad supervisory powers, an independent judiciary and a free press. Their embodiment depends on the will of the state, or rather, the constitutional consolidation of political freedoms.

The article concludes that, in the opinion of the French liberal school, the implementation of political freedom depends, first, on the existence of a constitution in the State and, secondly, from the establishment of a democratic political regime.

Key words: liberalism; liberal school; freedom; individualism; constitution; parliamentary system; electoral law; constitutional consolidation of democracy; political regime

REFERENCES

- [1] Ballestrem KG. Predposylki i predely demokrati [A Prerequisite and Limits of Democracy]. *Voprosy filosofii*. 1994;(7–8):237–240. (In Russian).
- [2] Hallowell JH. *Main Currents in Modern Political Thought*. New York: Henry Holt and Company; 1950. 759 p.
- [3] *Klassicheskii frantsuzskii liberalizm* [The Classic French liberalism.]. Moscow: ROSSPEN; 2000. 592 p. (In Russian).
- [4] Rosenfield M, Shayo A. Prevalence of the liberal constitutionalism; scrutiny of the development of the right of freedom of speech in the new democracies. *Constitutional Justice. Bulletin of the Conference of the Constitutional Control Organs of the Countries of New Democracy*. 2006;(4(34)):36–88. (In Russian).
- [5] Michel H. *Ideya gosudarstva. Kriticheskii opyt istorii sotsial'nykh i politicheskikh teorii vo Frantsii so vremeni revolyutsii* [The Idea of the State. Critical Experience the History of Social and Political Theories in France Since the Revolution]. Moscow: Izdatel'skii dom "Territoriya budushchego"; 2008. 536 p. (In Russian).
- [6] Giquel J-É. Les idées constitutionnelles de Prévost-Paradol. *La Revue administrative*. 2000;(316):395–407. (In French).
- [7] Tarle EV, editor. *Istoriya XIX veka* [The History of the Twentieth Century]. Vol. 6. Moscow: Sotsekgiz; 1938. 673 p. (In Russian).
- [8] Fedorova MM. *Modernizm i antimodernizm vo frantsuzskoi politicheskoi mysli XIX veka* [The Modernism and Anti-Modernism in the French Political Thought of the Twentieth Century]. Moscow: TsOP Instituta filosofii RAN; 1997. 186 p. (In Russian).
- [9] Morabito M. *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*. 12-e éd. Paris: Montchrestien; 2012. 549 p. (In French).
- [10] Rosanvallon P. Administration, politique et société. *Réseaux*. 1999;8(40):49–70. (In French). doi:10.3406/reso.1990.1747
- [11] Avalov Z. *Detsentralizatsiya i samoupravlenie vo Frantsii* [Decentralization and Self-Government in France]. Saint Petersburg: Tip. MM. Stasyulevicha; 1905. 347 p. (In Russian).
- [12] Laboulaye É. *Le Parti libéral. Son programme et son avenir*. 8-e éd. Paris: Charpentier et C; 1871. 344 p. (In French).
- [13] Prévost-Paradol L-A. *La France nouvelle*. Paris: Michel Lévy frères; 1868. 423 p. (In French).
- [14] Smirnov VP, editor. *Frantsuzskii liberalizm v proshlom i nastoyashchem* [French Liberalism: Past and the Present Day]. Moscow: Izd-vo Mosk. un-ta; 2001. 226 p. (In Russian).

- [15] Laboulaye É. *Gosudarstvo i ego predely. V svyazi s sovremennymi voprosami administratsii, zakonodatel'stva i politiki* [The State and its limits. In connection with current issues of administration, legislation and policies]. Saint Petersburg: Izdanie NI. Lamanskogo; 1868. 412 p. (In Russian).
- [16] Laffitte P. *Le suffrage universel et le régime parlementaire*. Paris: Libraire Hachette; 1888. 256 p. (In French).
- [17] Hamon F, Troper M. *Droit constitutionnel*. 36-e éd. Paris: L.G.D.J; 2015. 830 p. (In French).
- [18] Bayssellance A. *Représentation proportionnelle des minorités au moyen d'une nouvelle method de scrutin*. Paris: Libraire Sandoz et Fischbacher; 1879. 27 p. (In French).
- [19] Gessen VM. *Osnovy konstitutsionnogo prava* [Constitutional Law]. Petrograd: Yuridicheskii knizhnyi sklad "Pravo"; 1917. 452 p. (In Russian).
- [20] Korkunov NM. *Proportional'nye vybory* [Proportional Representation System]. Saint Petersburg: Tipografiya MM. Stasyulevicha; 1896. 97 p. (In Russian).
- [21] Bochkarev S. Lucien-Anatole Prevost-Paradols conceptual idea of parliamentarism. *Bulletin of Academy of Law and Management*. 2016;(42):61–65. (In Russian).
- [22] Laboulaye É. *Frantsuzskaya administratsiya i zakonodatel'stvo* [The French administration and legislation]. Saint Petersburg: Izdanie NI. Lamanskogo; 1870. 460 p. (In Russian).

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Bochkarev Sergei V. — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, International Law Department, Law Faculty, Herzen State Pedagogical University of Russia.

Contact information:

e-mail: pkb-spb@yandex.ru



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-83-101

К ВОПРОСУ О БЕСПЕРСПЕКТИВНОСТИ УЧРЕЖДЕНИЯ ВСЕМИРНОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА*

А.Е. Конева

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

В настоящее время высказывается множество идей по совершенствованию деятельности механизмов универсальной правозащитной системы, одной из самых амбициозных среди которых можно считать учреждение всемирного суда по правам человека. Предполагается, что создание такого судебного органа позволит решить трудности, с которыми в настоящее время сталкивается данная система, включая ее ключевой компонент — систему договорных органов по правам человека. Однако представляется, что данное предложение должно быть воспринято с осторожностью, поскольку крайне важно не допустить снижения эффективности в работе универсальной правозащитной системы вследствие тех изменений, которые неизбежно будут внесены в ее деятельность в результате создания всемирного суда по правам человека.

В этой связи в рамках данной статьи автор проводит подробный анализ предложения об учреждении всемирного суда по правам человека на вопрос выявления его плюсов и минусов с точки зрения потенциала повысить эффективность функционирования универсальной правозащитной системы, включая договорные органы по правам человека. Автор обозначает основные этапы истории формирования данной идеи, обращая особое внимание на ее развитие в контексте процесса укрепления системы договорных органов по правам человека, а также выделяет и критически анализирует ключевые аргументы, обосновывающие необходимость и эффективность создания всемирного суда по правам человека.

На основе проведенного анализа автор, опираясь на доводы концептуального порядка и соображения, касающиеся практических аспектов реализации предложения, делает вывод о бесперспективности данной инициативы на современном этапе развития универсальной правозащитной системы. Учитывая, что именно недопустимость внесения изменений в правовые основы функционирования договорных органов по правам человека является одной из базовых установок текущего процесса укрепления договорных органов по правам человека, предлагается наиболее эффективный, нежели чем создание всемирного суда, механизм совершенствования системы договорных органов. Данный механизм предполагает принятие мер, направленных на усиление процедур договорных органов, повышение качества принимаемых ими рекомендаций в плане обоснованности и правовой ясности. Такой подход является более гибким и имеет шансы получить гораздо больше поддержки как со стороны самих договорных органов, для которых вопросы компетенции являются наиболее «чувствительными», так и со стороны государств-участников.

Ключевые слова: международное право; права человека; универсальная правозащитная система; система договорных органов по правам человека; всемирный международный суд по правам человека; укрепление системы договорных органов по правам человека; Совет ООН по правам человека; Универсальный периодический обзор

Статья подготовлена в ходе работы по гранту Президента РФ для государственной поддержки молодых ученых — кандидатов наук по теме «Система договорных органов по правам человека: вчера, сегодня, завтра» МК-1952.2017.6 (научный руководитель — А.Е. Конева).

I. ВВЕДЕНИЕ

Можно с уверенностью констатировать, что на современном этапе развития универсальная правозащитная система требует повышения эффективности деятельности ее механизмов, функционирующих на основе уже сформировавшейся международно-правовой базы. В этой связи высказывается множество идей по совершенствованию универсальных правозащитных механизмов, одной из самых амбициозных среди которых можно считать учреждение всемирного суда по правам человека (далее — ВСПЧ или всемирный суд). Стоит отметить, что в данном исследовании термин «всемирный суд по правам человека» применяется в качестве аналога термина «world court of human rights», широко используемого в западной юридической литературе для обозначения международного суда по правам человека, который будет функционировать на универсальном уровне. Напомним, что в то время как на региональном уровне учреждены и действуют международные судебные учреждения, обладающие юрисдикцией по рассмотрению жалоб на нарушения прав человека, на универсальном уровне такой орган еще не создан.

Инициатива об учреждении ВСПЧ не является новой, она находится на повестке дня мирового сообщества на протяжении десятилетий начиная со второй половины 1940-х гг. [1]. В последнее время эта идея получила развитие в свете процесса укрепления системы договорных органов по правам человека (далее — договорные органы или комитеты)¹ [2]. Высказываются надежды, что создание такого судебного органа позволит решить трудности, с которыми в настоящее время сталкивается система договорных органов, являющаяся, несомненно, важнейшим элементом универсальной правозащитной системы.

Однако представляется, что данное предложение, которое в случае его осуществления привнесет существенные изменения в работу всей универсальной правозащитной системы, должно быть воспринято с осторожностью, поскольку крайне важно оценить его потенциал действительно повысить эффективность данной системы на современном этапе ее развития.

II. ГЕНЕЗИС ИДЕИ О СОЗДАНИИ ВСПЧ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

В рамках проведения подробного анализа предложения об учреждении ВСПЧ на вопрос выявления его преимуществ и недостатков с точки зрения возможности повысить эффективность функционирования универсальной пра-

¹ Договорные органы — механизмы, состоящие из независимых экспертов и осуществляющие контроль над выполнением государствами-участниками основных международных договоров по правам человека обязательств по данным договорам.

возащитной системы, включая договорные органы, крайне важно обратиться к истории возникновения и развития данной идеи.

В 1947 г. Австралия выдвинула предложение о создании международного суда в области прав человека на универсальном уровне, которое, однако, продемонстрировало отсутствие озабоченности со стороны Австралии по поводу возможности рассмотрения данным судом ситуации с правами человека в государстве в контексте его миграционной политики (так называемая «Белая Австралия»)², запрещающей въезд на территорию государства лиц азиатского происхождения, а также национальных законов, лишаящих коренное население Австралии ряда гражданских и политических прав, включая право избирать [3. Р. 200].

Впоследствии инициативы, подчеркивавшие необходимость создания ВСПЧ, нередко опирались на положительный опыт функционирования региональных международных судов в рамках региональных систем защиты прав человека, в особенности это касается Европейского суда по правам человека, который был учрежден ранее других региональных судебных органов в межамериканской и африканской системах. Так, западные государства, выдвигавшие в начале 1950-х гг. идею о введении в действие на универсальном уровне системы подачи индивидуальных жалоб, в качестве эффективной модели такого суда рассматривали Европейский суд по правам человека [4. Р. 700].

Указанные идеи о создании ВСПЧ не были реализованы, однако в течение последующих десятилетий периодически появлялись на международной арене, тем не менее не получая значительной поддержки со стороны государств.

Рассматриваемая инициатива получила активное развитие в 2011 г., когда правительство Швейцарии при поддержке ряда известных экспертов-юристов по правам человека выдвинуло идею о создании на основе отдельного международного договора постоянно действующего суда, компетентного рассматривать жалобы о нарушениях прав человека, совершенных государствами или негосударственными субъектами, выносить окончательные и обязательные для выполнения решения, предусматривающие конкретные средства возмещения ущерба, понесенного жертвами таких нарушений. Подчеркивалось, что «абсолютно независимый Всемирный суд по правам человека, призванный дополнять, а не дублировать усилия существующих региональных судов, может повысить подотчетность целого ряда различных субъектов в отношении нарушений прав человека»³.

² Immigration Restriction Act 1901. Courtesy National Archives of Australia. Режим доступа: <https://www.legislation.gov.au/Details/C1901A00017>. Дата обращения: 24.10.2016.

³ Доклад Комиссии по защите человеческого достоинства «Защита достоинства: Повестка дня по правам человека». 2011. Режим доступа: <http://www.geneva-academy.ch/docs/projetsPanel%20on%20Human%20Dignity/RUS-ADH%20Human%20Rights-8P.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

Предложение о создании всемирного суда было изложено в проекте Статута ВСПЧ⁴, который сопровождался разработанными к нему комментариями. Авторами данной инициативы, которые вошли в состав Комиссии по защите человеческого достоинства, явились Мэри Робинсон (экс-Верховный комиссар ООН по правам человека), Теодор Мерон (экс-Президент Международного трибунала по бывшей Югославии), а также независимые эксперты системы специальных процедур Совета ООН по правам человека, включая экс-Специального докладчика ООН по пыткам Манфреда Новака, и известные правозащитники из Австрии, Бразилии, Египта, Финляндии, Пакистана, Южной Африки и Тайланда.

С точки зрения авторов проекта Статута, создание ВСПЧ не предполагает внесения изменений в какие-либо уже действующие международные договоры по правам человека. Согласно проекту Статута юрисдикция всемирного суда будет распространяться не только на основные международные договоры по правам человека, но также и на ряд других договоров по правам человека (ст. 5 (1) проекта Статута). Суд сможет принимать и рассматривать индивидуальные сообщения о нарушениях государством прав человека, предусмотренных только теми договорами, участником которых является это государство. Каждому государству будет представлена возможность выбрать те международные договоры, в отношении которых Международный суд может распространять юрисдикцию, включая договоры, в настоящее время не предусматривающие процедуры подачи жалоб.

Государства, присоединившись к Статуту ВСПЧ, отказываются от участия в процедурах подачи сообщений в договорные органы в рамках соответствующих конвенций. В соответствии с проектом Статута ратификация государством данного договора означает приостановление действия в отношении этого государства компетенции договорных органов по рассмотрению индивидуальных жалоб (ст. 1). Иными словами, государства передают компетенцию по рассмотрению индивидуальных сообщений от договорных органов всемирному суду.

Кроме того, суд будет распространять юрисдикцию не только на государства, но также и другие субъекты — межправительственные организации (например, ООН, Всемирная торговая организация, Всемирный банк, НАТО) или другие негосударственные субъекты (транснациональные компании — ТНК) — при условии, что они сделают соответствующее заявление (ст. 7 (2) проекта Статута), устанавливающее круг международных договоров и их положений, на которые будет распространяться юрисдикция всемирного суда.

ВСПЧ в случае выявления нарушений будет предписывать обязательства по возмещению ущерба, а также принимать временные меры.

⁴ Kozma J., Nowak M., Scheinin M.A. World Court of Human Rights — Consolidated Draft Statute and Commentary, 2010. Режим доступа: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/Professors/Scheinin/ConsolidatedWorldCourtStatute.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

Вышеобозначенное предложение о создании ВСПЧ получило широкое освещение со стороны международного сообщества, привлекло внимание международных организаций⁵ и ученых-международников [5; 6]. Такой немалый интерес подтверждается следующими обстоятельствами.

Во-первых, идея была поддержана некоторыми государствами, в том числе Швейцарией, Австрией и Норвегией. Во-вторых, данное предложение является продуктом длительного процесса проведения исследований и переговоров среди известных экспертов по правам человека. В-третьих, история демонстрирует, что порой самые «революционные» идеи могут быть осуществлены с течением времени. Так, сторонники создания ВСПЧ подчеркивают, что изначально некоторые перспективные предложения не получали поддержки по той причине, что они противоречили установившейся практике и угрожали *status quo* [3. Р. 201]. Несмотря на это, со временем они в итоге были реализованы и стали неотъемлемой частью правозащитного институционального ландшафта. Ярким примером этого является введение должности Верховного комиссара ООН по правам человека. Идея ее учреждения была сформулирована еще в 1947 г., последовательно отвергалась на протяжении последующих четырех десятилетий. В конце концов она была одобрена в 1993 г. в ходе Всемирной конференции по правам человека в Вене⁶.

Другой пример касается создания Международного уголовного суда в 1998 г., который предлагалось учредить еще в первой половине XX в. В результате обобщения данных примеров высказывается точка зрения о том, что нужно всего лишь подождать некоторое время, прежде чем государства согласованно признают необходимость создания ВСПЧ.

III. ВОПРОС СОЗДАНИЯ ВСПЧ В КОНТЕКСТЕ УКРЕПЛЕНИЯ СИСТЕМЫ ДОГОВОРНЫХ ОРГАНОВ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Сторонники идеи создания ВСПЧ утверждают, что деятельность данного органа позволит решить проблемы, препятствующие эффективному функционированию универсальной правозащитной системы, включая ее ключевой компонент — систему договорных органов по правам человека. Представляется, что в свете инициатив по укреплению системы договорных органов идея о создании ВСПЧ зазвучала по-новому.

⁵ Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Accountability of International Institutions for Human Rights Violations // Doc. AS/Jur (2013) 17. Para. 38. Режим доступа: <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2013/ajdoc172013.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

⁶ Резолюция ГА ООН «Верховный Комиссар ООН по поощрению и защите всех прав человека» от 20 декабря 1993 г. // Док. ООН A/RES/48/141, п. 4. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/012/58/PDF/N9401258.pdf?OpenElement>. Дата обращения: 24.10.2016.

Напомним, что процесс совершенствования деятельности договорных органов в интересах наиболее эффективного достижения их целей имеет более чем 30-летнюю историю, в ходе которой выдвигались инициативы, перекликающиеся с идеей о создании ВСПЧ. В 2009 г., Комитет по ликвидации расовой дискриминации (далее — КЛРД) выдвинул идею создания единого договорного органа по рассмотрению индивидуальных жалоб⁷, которая стала результатом изучения различных вариантов реформы системы договорных органов после инициативы бывшего Верховного комиссара ООН по правам человека Луизы Арбур об учреждении унифицированного постоянно действующего договорного органа⁸. Впоследствии в 2012 г. предложение о едином договорном органе по рассмотрению индивидуальных жалоб по инициативе КЛРД эволюционировало в идею об учреждении совместной межкомитетской рабочей группы по сообщениям⁹. Эта идея была отражена в итоговом докладе бывшего Верховного комиссара ООН по правам человека Н. Пиллэй, подготовленном по результатам процесса укрепления системы договорных органов, запущенного в 2009 г. Впоследствии процесс укрепления перешел в межправительственное русло под эгидой Генеральной Ассамблеи ООН (далее — ГА ООН) (2012–2014 гг.).

В 2014 г. процесс повышения эффективности функционирования системы договорных органов завершился принятием резолюции ГА ООН 68/268¹⁰, в которой, однако, не было рекомендовано учреждение совместной межкомитетской рабочей группы по сообщениям. Это обусловлено тем, что именно недопустимость внесения изменений в правовые основы функционирования договорных органов явилась одной из базовых установок текущего процесса укрепления договорных органов, поскольку опыт предыдущих инициатив показал неэффективность идей по реформированию системы, т.е. пересмотру международно-правовых основ ее деятельности.

⁷ Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, 2005. Supplement № 18 // UN Doc A/60/18. P. 114–115. Режим доступа: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhJ4NMy4Lu1TOebIA4cMpvGqXnlCE2OapccdE1swj%2FEVvXfoz%2FeqM2hgCtGC1ikZ7Nq4%2B%2BpYpuzg2QtW7gwwCkHavxfYMYpHpHDNjBkqvClplhUOPu5W8Z0G>. Дата обращения: 24.10.2016.

⁸ Концептуальный документ, касающийся предложения Верховного комиссара относительно единого постоянного договорного органа. 14 марта 2006 г. // Док. ООН HRI/MC/2006/2. Режим доступа: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=HRI/MC/2006/2&Lang=en. Дата обращения: 24.10.2016.

⁹ Submission by the Committee on the Elimination of Racial Discrimination on a joint inter-committee working group on communications. 9 March 2012. Режим доступа: http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/docs/LetterfromChairperson_treatybodysubmission.pdf. Дата обращения: 24.10.2016.

¹⁰ Резолюция ГА ООН «Укрепление и повышение эффективности функционирования системы договорных органов» от 9 апреля 2014 г. // Док. ООН A/RES/68/268. Режим доступа: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/268&referer=http://www.un.org/en/ga/68/resolutions.shtml&Lang=R. Дата обращения: 24.10.2016.

На современном этапе продолжающийся процесс укрепления характеризуется принятием мер по совершенствованию системы, предложенных в резолюции ГА ООН 68/268.

Как представляется, вышеуказанные инициативы КЛРД являются своеобразным преломлением идеи об ВСПЧ, поскольку основываются на концепции учреждения единого органа, который занимался бы исключительно рассмотрением индивидуальных жалоб, поступающих во все договорные органы, в то время как комитеты могли бы сосредоточиться на других главных функциях — рассмотрении периодических докладов, принятии замечаний общего порядка. Создание ВСПЧ могло бы позволить договорным органам сосредоточиться на процедуре изучения докладов государств и приложить усилия для повышения ее эффективности, в то время как всемирный суд взял бы на себя функцию рассмотрения индивидуальных жалоб на нарушения прав, предусмотренных договорами, контроль над осуществлением которых реализуют комитеты. Предложение о ВСПЧ приобретает очевидную актуальность ввиду того факта, что на данном этапе девять из десяти ныне действующих договорных органов (за исключением Подкомитета по предупреждению пыток) наделены полномочиями по рассмотрению индивидуальных жалоб¹¹.

На фоне текущего процесса укрепления системы договорных органов, несмотря на выбранный курс по отказу от ее реформирования, инициатива об учреждении ВСПЧ продолжает выступать предметом дискуссий на различных уровнях. Так, создание ВСПЧ обсуждалось в ходе международной конференции «Вена + 20», посвященной 20-летию Венской декларации и Программы действий 1993 г., и было отражено в ее итоговых документах¹². Данное предложение также было поддержано в Декларации Международной комиссии юристов об обеспечении доступа в правосудие и права на возмещение ущерба в международных системах защиты прав человека¹³. Инициативы по унификации деятельности договорных органов по рассмотрению индивидуальных жалоб, включая учреждение совместной межкомитетской рабочей группы по сообщениям, до сих пор обсуждаются в рамках процесса осуществления мер, предло-

¹¹ После вступления в силу процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб Комитета по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей в соответствии со ст. 77 Конвенции о защите прав трудящихся-мигрантов (т.е. признания компетенции Комитета десятью государствами-членами) все договорные органы, за исключением Подкомитета по предупреждению пыток, будут иметь возможность получать и рассматривать индивидуальные сообщения.

¹² The Vienna + 20 CSO Declaration, adopted in Vienna on 26 June 2013. P. 67. Режим доступа: <http://www.cesr.org/downloads/vienna20-cso-declaration-final.pdf?preview=1>. Дата обращения: 24.10.2016.

¹³ The International Commission of Jurists Declaration on Access to Justice and Right to a Remedy in International Human Rights Systems, adopted in Geneva, Switzerland, 12 December 2012. Режим доступа: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2013/02/Congress-Declaration-adoptedFINAL.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

женных в резолюции ГА ООН 68/268. Данные идеи изучаются в рамках исследовательского проекта, реализуемого Женевской академией международного гуманитарного права и прав человека, направленного на поиск и изучение возможных предложений по укреплению системы договорных органов в свете имплементации мер, рекомендованных ГА ООН в резолюции 68/268, которые будут использованы в ходе всеобъемлющего обзора прогресса, достигнутого на пути укрепления системы, на уровне ГА ООН в 2020 г.¹⁴ Указанный проект предполагает проведение региональных семинаров с участием представителей академических кругов. 18 ноября 2016 г. представители кафедры международного права РУДН приняли участие в региональном семинаре, организованном в рамках данного проекта в Москве на базе Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ¹⁵.

IV. КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ КЛЮЧЕВЫХ АРГУМЕНТОВ, ОБОСНОВЫВАЮЩИХ НЕОБХОДИМОСТЬ СОЗДАНИЯ ВСПЧ

Изучив основные этапы формирования идеи создания ВСПЧ, представляется необходимым выделить и подробно проанализировать ключевые аргументы, обосновывающие необходимость и эффективность создания ВСПЧ, в целях выявления потенциала рассматриваемой инициативы содействовать совершенствованию работы универсальной правозащитной системы.

1. Всемирный суд обеспечит целостный и юридически обязательный механизм по рассмотрению жалоб на универсальном уровне, что, в свою очередь, позволит устранить недостатки процесса осуществления универсального контроля в области прав человека, который носит юридически необязательный характер.

По мнению сторонников ВСПЧ, данный орган позволит значительно повысить эффективность процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб на нарушения прав человека на универсальном уровне, поскольку договорные органы на современном этапе испытывают значительные трудности в выполнении возложенных на них функций, включая рассмотрение индивидуальных сообщений. В подтверждение этого отмечается, что расширение системы договорных органов (ввиду роста числа ратификаций основных международных договоров по правам человека и, соответственно, учреждения новых комитетов, увеличения количества самих договоров и появления новых функций у комитетов) оказало негативное влияние на ключевые аспекты ее деятельности, в частности, спровоцировало существенное отставание в рассмотрении комитетами докладов

¹⁴ Официальная страница проекта. Режим доступа: <https://www.geneva-academy.ch/our-projects/our-projects/un-human-rights-mechanisms/detail/16>. Дата обращения: 24.10.2016.

¹⁵ Режим доступа: <https://www.geneva-academy.ch/news/detail/20>. Дата обращения: 24.10.2016.

государств и индивидуальных сообщений. Все это происходит на фоне хронического недостатка в предоставляемых системе ресурсах (времени, финансов и обслуживающего персонала), которые не способны обеспечить ее эффективное функционирование с учетом расширения и увеличения объема работы.

Учитывая, что заявителям приходится ждать рассмотрения их жалобы и вынесения по ней решения со стороны договорных органов продолжительное время (от 1 до 3–4 лет в зависимости от комитета), высказывается надежда, что в рамках ВСПЧ данный промежуток времени будет значительно меньше.

Соответственно, всемирный суд будет более доступным и оперативным механизмом рассмотрения индивидуальных жалоб по сравнению с договорными органами.

Данные соображения вызывают следующие сомнения. Каким образом можно изыскать средства на создание и поддержание работы ВСПЧ, если выделяемые ныне на правозащитную деятельность средства из регулярного бюджета ООН не отвечают реальным потребностям универсальной правозащитной системы, включая систему договорных органов?

Вряд ли на данном этапе можно предусмотреть, что государства с легкостью выразят готовность финансирования данного масштабного проекта, учитывая то, с каким трудом выделяются дополнительные средства системе договорных органов. На фоне указанного еще более непонятно, как можно будет исключить проблему накопления индивидуальных жалоб в ВСПЧ, учитывая, что на современном этапе региональные суды по правам человека, включая ЕСПЧ, а также Межамериканский суд по правам человека и Африканский суд по правам человека и народов испытывают значительные трудности в этом направлении.

Помимо вышеобозначенных преимуществ, сторонники ВСПЧ также подчеркивают еще одно положительное качество всемирного суда, которое заслуживает особого внимания. Речь идет о том, что решения международного суда по жалобам будут являться юридически обязательными, в то время как акты, принимаемые договорными органами, носят рекомендательный характер.

Действительно, критика деятельности договорных органов, в том числе по рассмотрению индивидуальных сообщений, в основном касается необязательного характера принимаемых ими актов [7. Р. 201]. Утверждается, что именно обязательный характер решений ВСПЧ будет стимулировать государства выполнять предписанные им меры по возмещению вреда жертвам нарушений прав человека, а также обеспечит основу для того, чтобы решения всемирного суда могли выступать в качестве авторитетного источника толкования международных норм по правам человека, который будет активно применяться национальными судами во всем мире. В дополнение к вышеуказанному в рамках ВСПЧ в силу наличия в его составе судей — лиц, обладающих юридическим опытом — будет повышено качество процедуры рассмотрения жалоб на универсальном уровне, поскольку будут решены проблемы недостатка профессиональной ква-

лификации и независимости членов договорных органов, а также отсутствия у них полномочий по расследованию и установлению фактов и проведению устных слушаний. Соответственно, решения ВСПЧ будут более легитимными и получат большее одобрение со стороны государств [5. Р. 267].

Однако у идеи придания юридически обязательного характера актам, принимаемым по итогам процедуры рассмотрения индивидуальных сообщений на универсальном уровне, есть оппоненты. В целом противники этой идеи высказывают серьезные сомнения относительно того, что обязательный характер решений ВСПЧ позволит повысить уровень их выполнения, поскольку суть проблемы заключается не в рекомендательной природе актов договорных органов, а в непреклонности государств-нарушителей в плане следования данным рекомендациям. Профессор Ф. Олстон, опираясь на опыт системы мониторинга над выполнением международных договоров в области международного экологического права, подчеркивает неопределимое преимущество применения методики стимулирования государств путем отказа от вынесения обязательных предписаний, особенно в отношении развивающихся государств [3. Р. 205].

На наш взгляд, предложение о создании ВСПЧ умаляет значимость и пользу процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб в договорных органах, поскольку именно квазисудебный характер их деятельности, осуществляемой в форме конструктивного диалога, позволяет государствам более охотно находить пути для совершенствования защиты прав человека на национальном уровне, включая восстановление нарушенных прав, без каких-либо опасений получить жесткие предписания, в отличие от ситуаций рассмотрения споров в судебных учреждениях. В этой связи показательно соображение А.С. Исполинова о том, что достигнутый в международных пактах по правам человека «уровень сотрудничества и контроля является на сегодня тем максимумом, на который готовы пойти государства на универсальном уровне», из чего следует, что «любые высказываемые предложения о создании Всемирного Суда по правам человека (*World Court of Human Rights*) на сегодня пока иллюзорны»¹⁶.

Более того, рассмотрение индивидуальных сообщений в договорных органах существенно дополняет процедуру представления государствами отчетов, поскольку «часто при изучении периодических докладов детали теряются, и только разбор индивидуальных сообщений позволяет делать окончательные выводы о соответствии законов и судебной или административной практики требованиям Пакта» [8. С. 103].

¹⁶ Исполинов А.С. К 50-летию Международных Пактов о правах человека: цена почти всеобщего участия государств. 25.11.2016. Режим доступа: https://zakon.ru/blog/2016/11/25/k_50letiyu_mezhdunarodnyh_paktov_o_pravah_cheloveka_cena_pochti_vseobshego_uchastiya_gosudarstv. Дата обращения: 24.10.2016.

Стоит также отметить, что государства-участники соответствующих международных договоров по правам человека могут получить поддержку УВКПЧ в целях наращивания потенциала для выполнения решений договорных органов по индивидуальным сообщениям. Кроме того, не следует забывать, что договорные органы просят государства-участники предоставлять информацию о последующих мерах по выполнению обозначенных рекомендаций в течение установленного срока во всех случаях выявленного нарушения соответствующего договора. Это позволяет поддерживать диалог комитетов и государств-участников на устойчивой основе и отслеживать прогресс, достигнутый государствами в деле выполнения решений договорных органов.

2. Создание ВСПЧ на основе Статута не потребует внесения изменений в тексты международных договоров по правам человека, предусматривающих функции договорных органов, включая рассмотрение сообщений.

Сторонники идеи создания ВСПЧ утверждают, что учреждение всемирного суда на основе Статута не потребует внесения изменений в тексты международных договоров по правам человека, наделяющих договорные органы полномочиями по рассмотрению сообщений. Так, М. Новак отмечает, что в то время как создание единого унифицированного договорного органа потребует продолжительного внесения изменений во все основные международные договоры по правам человека, учреждение ВСПЧ не потребует каких-либо изменений в тексты данных договоров и не повлечет упразднение действующих договорных органов [9. Р. 255].

Государства, готовые признать юрисдикцию всемирного суда по рассмотрению жалоб о нарушении прав, закрепленных в международных договорах, во время ратификации Статута обозначают, что ВСПЧ может рассматривать жалобы о нарушении определенных международных договоров (например, Международного пакта о гражданских и политических правах — МПГПП), и одновременно с этим денонсируют соответствующий факультативный протокол, наделяющий договорный орган компетенцией по рассмотрению индивидуальных сообщений (в случае с Комитетом по правам человека — денонсируют Факультативный протокол к МПГПП в соответствии со ст. 12).

В отношении тех комитетов, которые наделены данной компетенцией на основе соответствующих статей конвенций, государства отзывают заявления о признании данной компетенции в соответствии с данными статьями посредством уведомления на имя Генерального секретаря.

Действительно, можно предположить, что такой порядок не повлечет изменений в тексты международных договоров, однако данное соображение вызывает вопросы в свете юрисдикции суда по рассмотрению жалоб в отношении международных межправительственных организаций и ТНК. Существенные сомнения вызывает тот факт, что указанные субъекты не являются сторонами основных международных договоров по правам человека. Следовательно, возникает вопрос, каким образом без изменения договоров сторонники создания ВСПЧ предполагают предусмотреть рассмотрение сообщений о предполагае-

мых нарушениях прав человека, закрепленных в данных договорах, со стороны обозначенных субъектов, поскольку данная возможность не предусмотрена ни в самих договорах, ни в дополнительных протоколах к ним.

3. Учреждение всемирного суда позволит привлечь к ответственности международные организации и ТНК за нарушения прав человека.

Затрагивая в целом вопрос рассмотрения ВСПЧ жалоб против ТНК, следует отметить, что сама идея рассмотрения жалоб против ТНК вызывает большие нарекания в силу отсутствия у них статуса субъектов международного права, а также, как было указано выше, того факта, что участниками основных международных договоров по правам человека являются исключительно государства и, соответственно, ответственность за нарушения прав человека несут именно государства.

4. Создание всемирного суда предоставит индивидуальным лицам или группам лиц возможность в порядке обращения в международный судебный орган реализовать право на возмещение ущерба, понесенного в результате нарушений их прав, на универсальном уровне (с особенности это касается тех лиц, которые в ином случае не смогут получить возмещение ущерба на региональном уровне).

Право на возмещение ущерба, понесенного в результате нарушений прав человека, вне всяких сомнений, имеет ключевое значение для носителей данных прав. Сторонники идеи ВСПЧ подчеркивают, что действующие международные механизмы защиты прав человека не предоставляют жертвам адекватные средства возмещения ущерба, поскольку используют далеко не весь спектр форм возмещения ущерба [9. Р. 257]. В качестве примера приводится практика ЕСПЧ, который в свете чрезмерно узкого толкования ст. 41 Конвенции о защите прав человека и основных свобод чаще всего ограничивается назначением компенсации, игнорируя такие формы возмещения ущерба, как реституция, реабилитация, сатисфакция, гарантии неповторения случившегося. Вместе с тем одна из самых развитых, отличающихся инновационностью систем по возмещению ущерба реализуется в рамках межамериканской системы защиты прав человека, а именно ее механизмами — Межамериканской комиссией по правам человека и Межамериканским судом по правам человека [10]. В целом наиболее проработанный механизм предоставления возмещения в плане разнообразия форм возмещения ущерба предусмотрен в Основных принципах и руководящих положениях, касающихся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права ООН 2005 г., на которые в своей практике опирается Международный суд¹⁷, а также сами договор-

¹⁷ Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 2010. Режим доступа: <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

ные органы¹⁸. Безусловно, необходимо укреплять практику обеспечения возмещения ущерба в контексте применения более широкого перечня форм возмещения ущерба в деятельности международных правозащитных механизмов. Однако очевидно, что создание МПСЧ не сможет полностью решить данный вопрос. Более целесообразно совершенствовать подходы, реализуемые действующими механизмами, нежели чем создавать новые механизмы. Как видится, наиболее полезной мерой является наращивание сотрудничества между соответствующими региональными и универсальными механизмами защиты прав человека [11], включая обмен наилучшими практиками в контексте назначения средств возмещения ущерба. В этом смысле, возможно, наиболее эффективным способом будет обращение именно к практике межамериканских механизмов.

5. Учитывая, что ЕСПЧ может стать эффективной моделью, которая легла бы в основу функционирования ВСПЧ, по аналогии с полномочиями Комитета министров Совета Европы, осуществляющего контроль над исполнением решений ЕСПЧ, Совет ООН по правам человека, а именно действующий в его рамках Универсальный периодический обзор, мог бы выполнять роль межправительственного механизма по мониторингу за осуществлением решений ВСПЧ. Соответственно, ВСПЧ может обеспечить необходимый баланс между экспертной и межправительственной составляющей универсальной институциональной правозащитной системы, что является трудно достижимым в контексте действующих ныне договорных органов и Совета ООН по правам человека.

Не является обоснованным соображение о том, что Универсальный периодический обзор СПЧ может стать механизмом по осуществлению контроля над выполнением решений МСПЧ по аналогии с механизмом, созданным в рамках Совета Европы по мониторингу исполнения решений ВСПЧ, а именно Комитетом министров Совета Европы.

Утверждается, что на уровне универсальной правозащитной системы не предусмотрено эффективное распределение полномочий между ее неправительственными (экспертными) и межправительственными органами, что является одной из основных причин ее неэффективности и политизации. Причиной этого является тот факт, что вопрос отслеживания выполнения рекомендаций договорных органов по правам человека, включая рекомендации по итогам рассмотрения индивидуальных сообщений, был возложен на плечи самих договорных органов [9. P. 252]. Создание в целях обеспечения деполитизированного сотрудничества государств в области защиты прав человека такого мощного

¹⁸ UN Committee against Torture, *Kepra Urra Guridi v Spain*, May 2005, Communication No. 212/2002, para. 6.8 Режим доступа: <http://hrlibrary.umn.edu/cat/decisions/212-2002.html>; UN Committee against Torture, *Ali Ben Salem v Tunisia*, 7 November 2007, Communication no. 269/2005, para. 16.8. Режим доступа: <http://nawaat.org/portail/wp-content/uploads/2007/12/Ali-Ben-Salem-v-Tunisia-Decision-7-November-2007.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

межправительственно механизма, как СПЧ, предполагает функционирование такой же мощной системы экспертных механизмов, чтобы обеспечить баланс между экспертной и межправительственной составляющей универсальной правозащитной системы. В этом смысле на фоне создания ВСПЧ УПО не должен быть платформой для оценки ситуации с правами человека в государствах со стороны самих же государств, поскольку это вновь влечет риск политизации универсальной системы, а скорее выполнять функции по контролю над выполнением решений Международного суда.

В противовес данным соображениям стоит отметить, что создание МСПЧ и внедрение такого рода контрольного механизма в отношении исполнения его решений, наоборот, влечет подрыв эффективности функционирования всей универсальной правозащитной системы. Мандаты механизмов данной правозащитной системы разграничены, каждый механизм играет отведенную ему роль. Договорные органы предоставляют четкое и авторитетное руководство государствам в вопросе выбора наиболее эффективных способов обеспечения соответствия их внутренней политики и мер нормам международных договоров по правам человека на основе устойчивого интерактивного диалога действующих в личном качестве экспертов с признанной компетенцией в области прав человека с государством. УПО, напротив, обеспечивает диалог исключительно между государством — объектом обзора и другими государствами, представляет собой платформу для того, чтобы государства «выпустили пар» и в конструктивном ключе обсудили ситуацию с правами человека в каждом государстве-члене ООН. Не стоит также забывать, что данные механизмы призваны взаимодействовать друг с другом таким образом, чтобы УПО дополнял, а не дублировал работу договорных органов¹⁹. Соответственно, как верно отмечает А.Х. Абашидзе, внутри универсальной системы защиты прав человека установился баланс сил между ее неправительственным (экспертным) компонентом в лице договорных органов по правам человека и межправительственной составляющей в лице СПЧ и Универсального периодического обзора (УПО) [12]. Создание ВСПЧ и, следовательно, пересмотр полномочий УПО подорвет указанный баланс.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, проведенный анализ развития предложения о создании всемирного суда по правам человека и его ключевых положений показывает, что данная идея является бесперспективной с точки зрения повышения эффективности функционирования современной системы защиты прав человека. Данный вывод основан на доводах концептуального порядка и соображениях, ка-

¹⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 60/251 «Совет по правам человека». 15 марта 2016 г. // Док. ООН A/RES/60/251. Режим доступа: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/68/PDF/N0550268.pdf?OpenElement>. Дата обращения: 24.10.2016.

сающихся практических аспектов реализации предложения. Концептуальный довод касается подрыва основ и ценности деятельности договорных органов как важнейшего элемента универсальной правозащитной системы.

Идея учреждения ВСПЧ стоит в одном ряду с такими предложениями, направленными на излишнюю унификацию деятельности договорных органов и пересмотр правовых основ не только самих комитетов, но и УПО, как создание единого унифицированного договорного органа, единого договорного органа по рассмотрению индивидуальных жалоб, единой рабочей группы по этим вопросам.

Указанные попытки умаляют ценность системного характера функционирования и независимого статуса договорных органов, а также нарушают уже сложившуюся специализацию деятельности каждого договорного органа по правам человека, обеспечивающую «децентрализованный» и относительно автономный подход в деле поощрения различных категорий прав человека и защиты прав уязвимых групп.

На фоне указанного, как представляется, идея об учреждении ВСПЧ в большей степени подрывает основы деятельности договорных органов. Это обусловлено тем, что в состав ВСПЧ войдут эксперты, которые не вовлечены в работу системы договорных органов, не имеют такого широкого опыта защиты прав человека, предусмотренных основными правозащитными международными договорами, которым обладают члены комитетов в ходе работы в качестве экспертов, специализирующихся в вопросах, охватываемых соответствующими договорами. Это чревато тем, что опыт, накопленный комитетами, который играет ключевую роль при рассмотрении индивидуальных жалоб, касающихся сферы компетенции данных договорных органов, будет утерян в рамках данной процедуры, что может негативно сказаться на правовом качестве их решений.

Более того, придание юридически обязательного характера процессу, осуществляемого на универсальном уровне контроля в области прав человека, умаляет ценность работы договорных органов, которая лежит в плоскости, расположенной между юридически-обязательной и чисто политической областями. Международно-правовой статус договорных органов и рекомендательный характер их актов соответствует главной цели договорных органов — предоставлению четкого и авторитетного руководства государствам в вопросе выбора наиболее эффективных способов обеспечения соответствия их внутренней политики и мер нормам международных договоров по правам человека. Очевидно, что государства, не опасаясь получить обязательные предписания, готовы с большим желанием взаимодействовать с договорными органами на основе устойчивого интерактивного диалога.

На данный момент очевидна необходимость сохранения указанного баланса и недопущения придания юридически обязательного характера процессу, осуществляемому на универсальном уровне контроля в области прав человека. Данный тезис в том числе обоснован тем, что именно квазисудебная деятельность договорных органов по правам человека позволяет государствам в более

конструктивном виде находить пути для усиления защиты прав человека на национальном уровне.

Учреждение ВСПЧ несет риск подрыва установившегося баланса в универсальной правозащитной системе между ее неправительственным (экспертным) компонентом в лице договорных органов по правам человека и межправительственной составляющей в лице СПЧ и Универсального периодического обзора (УПО).

Если обратиться к трудностям практического характера, свидетельствующим о невозможности реализации предложения о создании ВСПЧ, то следует выделить следующие аспекты. Во-первых, возникают сомнения относительно экономической целесообразности создания ВСПЧ ввиду большого количества финансовых и людских ресурсов, которые обеспечили бы работу всемирного суда. Во-вторых, не совсем ясно, каким образом можно избежать внесения изменений в тесты основных международных договоров и их факультативных протоколов в свете юрисдикции ВСПЧ по рассмотрению жалоб о нарушении прав человека ТНК. В-третьих, возникает вопрос о том, каким образом будут соотноситься решения ВСПЧ с рекомендациями, которые договорные органы будут продолжать выносить по итогам рассмотрения индивидуальных сообщений, а также с решениями международных судов по правам человека на региональном уровне и Международного суда, который в своей практике также рассматривает вопросы защиты прав человека. Каким образом возможно обеспечить выполнение ВСПЧ функции апелляционной инстанции по отношению к решениям региональных международных судов по правам человека, как это утверждается сторонниками создания ВСПЧ?²⁰

В целом представляется, что упразднение одного из полномочий комитетов в целях передачи указанной компетенции международному судебному органу потребует значительных усилий со стороны государств, включая готовность принять ответственность по выполнению обязательных решений данного органа и огромнейших стараний в деле достижения компромисса между собой в целях изменения существующих основополагающих договоров в области прав человека. На современном этапе государства не готовы принять такие кардинальные шаги.

Учитывая, что именно недопустимость внесения изменений в правовые основы функционирования договорных органов является одной из базовых установок текущего процесса укрепления договорных органов, представляется, что существует возможность в более мягкой форме, нежели чем создание ВСПЧ, стимулировать государства более активно следовать рекомендациям договорных органов. Это может быть осуществимо при принятии мер, направленных на

²⁰ Scheinin M. *Towards a World Court of Human Rights. Research report within the framework of the Swiss Initiative to commemorate the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights.* 2009. Режим доступа: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/AcademyofEuropeanLaw/CourseMaterialsHR/HR2009/Scheinin/ScheininClassReading1.pdf>. Дата обращения: 24.10.2016.

усиление процедур договорных органов, повышение качества принимаемых ими рекомендаций в плане обоснованности и правовой ясности. Такой подход является более гибким и имеет шансы получить гораздо больше поддержки как со стороны самих договорных органов, для которых вопросы компетенции являются наиболее «чувствительными», так и со стороны государств-участников.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Glendon M.A.* A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights. New York: Random House, 2001. xxi and 333 p.
- [2] *Абашидзе А.Х., Конева А.Е.* Договорные органы по правам человека: учебное пособие. 2-е изд. М: РУДН, 2015. 437 с
- [3] *Alston Ph.* Against a World Court for Human Rights // *Ethics & International Affairs*. 2014. Vol. 28. Issue 2. P. 197–212.
- [4] *Nowak M.* Eight Reasons Why We Need a World Court of Human Rights // *Zayas A., Alfredsson G., Ramcharan B.G., Grimheden J., editors. International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller.* 2nd rev. ed. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 695–706.
- [5] *Ulfstein G.* Do We Need a World Court of Human Rights? // *Engdahl O., Wrangé P., editors. Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be.* Leiden, The Netherlands: Koninklijke Brill BV. 2008. P. 261–272. Режим доступа: <http://ulfstein.net/wp-content/uploads/2012/08/UlfsteinWorldCourt2008.pdf>. Дата обращения: 10.11.2016.
- [6] *Ssenyonjo M.* Conclusion: Towards a World Court of Human Rights // *Ssenyonjo M., editor. Economic, Social and Cultural Rights in International Law.* Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2009. P. 401–406.
- [7] *Schmidt M.* Follow-up Procedures to Individual Complaints and Periodic State Reporting Mechanisms // *Alfredsson G., Grimheden J., Ramcharan B., Zayas A., editors. International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller.* The Hague, London, Boston: Kluwer Law nternational, 2001. P. 201–216.
- [8] *Мюллерсон Р.А.* Права человека: идеи, нормы, реальность. М.: Юридическая литература, 1991. 160 с.
- [9] *Nowak M.* The Need for a World Court of Human Rights // *Human Rights Law Review*. 2007. Vol. 7. Issue.1. P. 251–259.
- [10] *Abashidze A.Kh., Keburia Ch.O., Solntsev A.M.* The Legal Analysis of the Right to Reparation for the Victims of the Human Rights Violations in the European, Inter-American and African Human Rights Protection Systems // *Indian Journal of Science and Technolog.* 2016. Vol 9. Issue 37. Режим доступа: <http://www.indjst.org/index.php/indjst/article/view/102173/74166>. Дата обращения: 24.10.2016.
- [11] *Конева А.Е.* Сотрудничество договорных органов по правам человека и региональных правозащитных механизмов // *Евразийский юридический журнал*. 2014. № 11. С. 47–51.
- [12] *Абашидзе А.Х.* Институциональные пробелы в универсальной правозащитной системе как фактор негативного влияния на эффективность работы системы договорных органов по правам человека // *Sumus ubi sumus. Международное право XXI века: мир и безопасность, сотрудничество, права человека: LIBER AMICORUM в честь профессора Людмилы Петровны Ануфриевой.* М: Проспект, 2016. С. 54–67.

© Конева А.Е., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Конева Александра Евгеньевна — кандидат юридических наук, ассистент кафедры международного права Юридического института Российского университета дружбы народов.

Контактная информация:

e-mail: koneva_ae@rudn.university

**THE ISSUE OF FUTILITY OF CREATING
WORLD COURT OF HUMAN RIGHTS**

A.E. Koneva

RUDN University
Law Institute

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

At present moment many ideas on improvement of the activities of mechanisms of universal human rights system are put forward. The creation of the world court of human rights is regarded as one of the most ambitious among these ideas. It is supposed that the establishment of this judicial body would solve difficulties facing this system, including its main component — human rights treaty body system. However, it seems that this suggestion should be taken carefully, since it is crucial to avoid decrease in the effectiveness of the work of the universal human rights system in the result of the changes that would be brought to its activities by the creation of world court of human rights.

In this respect in frames of this article the author analyses the proposal of creation of world court of human rights in order to determine its advantages and disadvantages in terms of its capability to enhance effectiveness of functioning of universal human rights system, including human rights treaty bodies. The author identifies key stages in the history of formation of this idea, paying special attention to its development in the context of the process of strengthening the human rights treaty body system as well as determines and critically analyses the main arguments justifying the necessity and effectiveness of creation of world court of human rights.

On the basis of the analysis, the author, using arguments of conceptual and practical character, justifies the futility of this initiative at present stage of development of universal human rights system. Considering that the non-amendment of the legal foundations of the functioning of the human rights treaty bodies constitutes the basic requirement of the ongoing treaty body strengthening process, a more effective, than the creation of world court of human rights, mechanism of improving the human rights treaty body system is proposed. This mechanism provides the adoption of measures targeted at strengthening the procedures of the human rights treaty bodies, improving the quality of their recommendations in terms of argumentation and legal clarity. Such an approach is more flexible and has chances to get more support on the side of the treaty bodies themselves, who consider the issues of their competence being most sensitive, as well as on the side of the States Parties.

Key words: international law; human rights; universal human rights system; human rights treaty body system; world court of human rights; strengthening human rights treaty body system; UN Human Rights Council; Universal Periodic Review

REFERENCES

- [1] Glendon MA. *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House; 2001. xxi and 333 p.

- [2] Abashidze AKh, Koneva AE. *Dogovornye organy po pravam cheloveka* [The human rights treaty bodies]. 2nd ed. Moscow: RUDN; 2015. 437 p. (In Russian).
- [3] Alston Ph. Against a World Court for Human Rights. *Ethics & International Affairs*. 2014;28(2):197–212. doi:10.1017/S0892679414000215.
- [4] Nowak M. *Eight Reasons Why We Need a World Court of Human Rights*. In: Zayas A, Alfredsson G, Ramcharan BG, Grimheden J, editors. *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*. 2nd rev. ed. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers; 2009. p. 695–706. doi:10.1163/ej.9789004162365.i-728.357
- [5] Ulfstein G. *Do We Need a World Court of Human Rights?* In: Engdahl O, Wrangé P, editors. *Law at War: The Law as it Was and the Law as it Should Be*. Leiden, The Netherlands: Koninklijke Brill BV; 2008. p. 261–272. [cited 2016 Nov 10]. Available from: <http://ulfstein.net/wp-content/uploads/2012/08/UlfsteinWorldCourt2008.pdf>
- [6] Ssenyonjo M. *Conclusion: Towards a World Court of Human Rights*. In: Ssenyonjo M, editor. *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing; 2009. p. 401–406. doi:10.5040/9781472564818.ch-010.
- [7] Schmidt M. *Follow-up Procedures to Individual Complaints and Periodic State Reporting Mechanisms*. In: Alfredsson G, Grimheden J, Ramcharan B, Zayas A, editors. *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International; 2001. p. 201–216.
- [8] Müllerson R. *Prava cheloveka: idei, normy, real'nost'* [Human rights: the ideas, norms, reality]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1991. 160 p. (In Russian).
- [9] Nowak M. The Need for a World Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2007;7(1):251–259. doi:10.1093/hrlr/nlg1026.
- [10] Abashidze AKh, Keburia ChO, Solntsev AM. The Legal Analysis of the Right to Reparation for the Victims of the Human Rights Violations in the European, Inter-American and African Human Rights Protection Systems. *Indian Journal of Science and Technology*. 2016;9(37). Available from: doi:10.17485/ijst/2016/v9i37/102173. [Accessed 12th November 2016].
- [11] Koneva AE. Cooperation Between Human Rights Treaty Bodies and Regional Human Rights Mechanisms. *Eurasian Law Journal*. 2014;(11):47–51.
- [12] Abashidze AKh. *Institutsional'nye probely v universal'noi pravozashchitnoi sisteme kak faktor negativnogo vliyaniya na effektivnost' raboty sistemy dogovornykh organov po pravam cheloveka* [The Institutional Gaps in the Universal Human Rights System as a Factor of the Negative Impact on the Effectiveness of the System of Human Rights Treaty Bodies] In: *Sumus ubi sumus. Mezhdunarodnoe pravo XXI veka: mir i bezopasnost', sotrudnichestvo, prava cheloveka: LIBER AMICORUM v chest' professora Lyudmily Petrovny Anufrievoy* [International Law of the XXI Century: Peace and Security, Cooperation, Human Rights: LIBER AMICORUM to Honor of Professor Lyudmila Petrovna Anufrieva]. Moscow: Prospekt; 2016. p. 54–67. (In Russian).

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Koneva Aleksandra E. — Candidate of Legal Sciences, Assistant, International Law Department, Law Institute, RUDN University.

Contact information:

e-mail: koneva_ae@rudn.university.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-102-114

OUTER SPACE AND COMMON HERITAGE OF MANKIND: CHALLENGES AND SOLUTIONS

Siavash Mirzaee

RUDN University
Law Institute

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

The purpose of this research is to provide a comprehensive international legal analysis of the concept of common heritage of mankind as it exists in international space law. In this article scientific methodological approach was used which facilitate determination the whole canvas of the research, identify the main aspects and concepts of the study. The author also widely investigated the concept of common heritage of mankind in the practice of States and international organizations and bodies.

Since mankind succeeded to access outer space and opened the window of this infinite realm, the effort was made to systematize spatial activities by codification and adoption numerous international treaties and declarations. One of the significant result of these efforts was the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies that adopted by the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space by consensus on 5 December 1979, declares the Moon and other celestial bodies to be the common heritage of mankind. This Agreement has never been ratified by any State that engaged in self-launched manned space exploration or has plans to do so and thus has an insignificant effect on spatial activities.

This article analysis the concept of common heritage of mankind that consists of five elements: non-appropriation, international management of resources, sharing of financial and technological benefits, reservation for peaceful purposes and reservation for further generations. It is shown that the Moon Agreement applying the concept of common heritage of mankind to outer space, Moon and other celestial bodies which has been presented by developing countries to preserve essential resources, always been associated with some problems.

Also, on the one hand, there is an attempt to scrutinize these obstacles that prevent applying this concept by paying attention to its challenges. On the other hand, author presents some solutions to strengthen this concept in outer space legal system and motivate space powers to join the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies.

Key words: Moon Agreement; Outer Space Treaty; common heritage of mankind; space law; sharing of benefits; developing countries; celestial body

I. INTRODUCTION

The second half of the twentieth century evidenced the realization of a longstanding dream, i.e. the entry into the outer space. On 4 October 1957, Soviet Union's Sputnik I surpassed the earth's gravitational force and entered the outer space

opening up a new era of scientific and technological civilization popularly called as “space age” [1. P. 92]. After this historical event, the need for a legal regime to govern the space gained importance. The striking feature of the regime to govern the space is the concept of common heritage of mankind, which had its origin in the law of the sea. The concept of common heritage of mankind displays a deep gap between developed and developing countries, when it is surveyed in the outer space framework. Developing countries hold a pivotal position in the creation of this concept, looks at the common heritage of mankind concept as a protecting instrument for vital resources belonging to all human being. Developing countries in the process of implementation of The Moon Agreement¹ and UNCLOS² have attempted to use the common heritage of mankind concept in order to generate a legal framework for the exploitation of moon and seabed. This principle ensures developing countries participation in exploitation and management of space and seabed resources and prevent developed countries to monopoly on these areas. Therefore, if the concept of common heritage of mankind turn into a binding principle, applying its elements will challenge all of current spatial activities and make conditions harder for space powers. The aim of this article is to look into the meaning of the concept, and its application to solve the outer space challenges.

II. RESULTS AND DISCUSSION

2.1. International Space Law

The success of the space programs of the United States and the Soviet Union have demonstrated the feasibility of space use and has spurred the development of economically practical space activity. While space activity has increased, the world community had increasing difficulty agreeing on specific rules of conduct to govern space use. Existing space law is based on broad theoretical principles contained in the first international agreement governing space use sponsored by the United Nations [2. P. 14]. These broad principles were sufficient to guide space use during the formative years of the space age, but as space activity has flourished, space law has lagged behind. Specifically, states attempting to formulate rules to govern specific space activities have not agreed on the meaning of space law principles [3. P. 403].

One of the earliest declaration concerning the legal status of outer space was that all states are free to explore and use space.³ This broad declaration, however, has not proved workable for space activities functionally related to earth. For example, while

¹ The Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, 1363 UNTS 21; 18 ILM 1434 (1979); 18 UST 2410.

² The United Nations Convention on the Law of the Sea, 1833 UNTS 3 / (1994) ATS 31 / 21 ILM 1261 (1982).

³ General Assembly. Res. 1721, 16 U.N. GAOR Supp. (No. 17), U.N. Doc. A/5100 (1961).

all states may operate satellites, the world community has not accepted unrestricted satellite use for remote sensing of the earth surface or direct broadcasting of television programs. Another early declaration of space law was that the exploration and use of outer space is the province of mankind⁴. This idea is repeated and expanded in the proposed Moon Agreement, which states that the moon and other space resources are the common heritage of mankind. From each of these declarations flows the proposition that benefits from space shall accrue to all mankind.

2.2. Definition of Common Heritage of Mankind

The doctrine of common heritage of mankind can be seen from the words of the great sixteenth/seventeenth century legal scholar Grotius who first defined the doctrine as “God himself says 'speaking through the voice of nature' inasmuch as it is not His will to have Nature supply every place with all the necessaries of life; He ordains that some nations excel in one art and others in another. So, by the decree of divine justice it was brought about that one people should supply the needs of another” [4. P. 309].

Under the common heritage of mankind principle, no one legally owns international areas designated as part of the «common heritage of mankind», though theoretically everyone manages the areas. National sovereignty does not exist, nor its attendant legal attributes and consequences. Under a common heritage of mankind regime, no state or group of states could legally own any part of an international area. The international community, through appropriate treaties or norms of international law, would administer the area [5. P. 228].

There are five elements of the common heritage of mankind concept.

First, the common heritage of mankind could not be appropriated; it was open to use by the international community but was not owned by the international community. Second, it required a system of management in which all users have a right to share. Third, it implied an active sharing of benefits, not only financial but also benefits derived from shared management and transfer of technology, thus radically transforming the conventional relationships between states and traditional concepts of development aid. Fourth, the concept of common heritage implied reservation for peaceful purposes, insofar as politically achievable, and, fifth, it implied reservation for further generations, and thus had environmental implications [6. P. 87].

2.3. Challenges of Common Heritage of Mankind in Outer Space

Applying the concept of common heritage of mankind to outer space, moon and other celestial bodies always been associated with some problems. Ambiguous of the

⁴ Outer Space Treaty. 18 UST 2410, 610 UNTS 205, 6 ILM 386 (1967).

precise meaning of this concept, developed countries' opposition, imperfection and ineffectiveness of Moon Agreement and absence of an international entity to administer this infinite area are the most important challenges.

2.3.1. Ambiguous of the Concept

The concept of common heritage of mankind is not susceptible to a precise definition. It has been subjected to different interpretations by the developed and developing countries. While the developing states gave wider interpretation to the concept, the developed states interpreted it narrowly. Some of the developed states have even expressed the view that the concept is neither realistic nor practical [1. P. 172]. Many jurists have criticized any possible suggestion that the phrase expresses a legal concept [7. P.153].

One jurist has stated that:

“One caution lawyers, diplomats and statesmen should observe is to avoid trying to treat layman's language as if it were formulated in terms of technical legal concepts... On the other hand, the phrase, common heritage of mankind, a layman's formula if ever there was one should be given the greatest respect While it should not, indeed cannot be viewed as a prescription, it can be accepted as an important hortatory message, a kind of policy directive...” [8. P. 819]

It may be observed that the development and growth of the law is, in many cases, a slow process. Terms and phrases which carry only very vague or general connotations may, with the passage of time, ripen into legal concepts and principles. Undoubtedly, the concept of common heritage of mankind will need clarification with particular emphasis on its juridical ramifications. Otherwise, how can we expect the international community to honor the requirements pertaining to mankind which have been incorporated in significant international agreements or to live up to the spirit of United Nations resolutions if there is no clear understanding of at least the basic legal implications? [9. P. 402]

2.3.2. Developed Countries' Opposition

Development in the concept of common heritage of mankind always been associated with opposition of developed countries, especially major space powers. This opposition is rooted in political, economic and military reasons.

Regarding political reasons, Daniel Goedhuis, Chairman of the Space Law Committees of both the International Law Association and the World Peace through Law Organization, rejects the view that outer space is now recognized as the common heritage of mankind. He argues that an interpretation of this kind would oblige every state to share with every other state the advantages and benefits flowing from their space activities. In Goedhuis view this would mean states have “surrendered vital sovereign powers... and have agreed to a fundamental change in the political structure

of international society” [3. P. 424]. In like manner, Arvid Pardo, one of the founders of the common heritage of mankind concept has claimed that it challenges the structural relationship between rich and poor countries and amounts to a revolution not merely in the law of the sea, but also in international relations [10. P. 559].

Economic reasons of developed countries’ opposition have reflected on the issue of equitable benefit sharing as one of the most important elements of the concept of common heritage of mankind. Unfortunately, there exists some misinformation about the concept of equitable benefit sharing, even in some official circles. For example, the United States Army Space Reference Text on Space Policy and Law mentions that the Moon Agreement “was signed by five countries but not the United States or the Soviet Union. It states that the Moon is a common heritage for all mankind which implies that all nations would share equally in any benefits derived from Moon exploration. If the United States signed this Agreement, it would be hard to get private firms to invest in future Moon projects if they had to divide the profits” [11. P. 104]. Also developed countries have their own interpretation on the concept of benefit sharing. For example, Germany and France presented a paper in 1995 which had two central points: first, that nations act freely in determining their international co-operation; and second that they should choose the most efficient means of resource allocation. The Franco-German proposal made it clear that the developed nations continued to demand free choice as to what projects their funds would be directed, and to which nations [12. P. 64].

Peaceful uses and demilitarization of outer space is another reason for disagreement of developed countries concerning common heritage of mankind concept. Acceptance of this concept implies prohibition of all activities in this area with the aim of militarization. Spatial activities of developed countries in the past and now indicate that their exploitation and exploration in the outer space is related to military purposes and they prefer this aspect of activity more than other aspects. Firing a ballistic missile by China on one of its meteorological satellite in 2007 and destroying a reconnaissance satellite by United States in 2008 testify to this fact that their initial goal is militarization of outer space.

2.3.3. The Ineffectiveness of Moon Agreement

Moon Agreement is the last international Agreement in the field of Space Law. The importance of the Agreement on the grounds that there are many consideration to the framework of the concept of common heritage of mankind compared to other documents. The Moon Agreement is contentious because it amends the legal status of the Moon, from the ‘province of all mankind’ under the Outer Space Treaty, to the ‘common heritage of mankind’ [13. P. 7]. Although it was adopted by the United Nations General Assembly, but it has not welcomed by the international communities. The most important reasons for ineffectiveness of Moon Agreement are failure to comply with realities and containing the concept of common heritage of mankind.

Earlier space treaties were based on contemporary problems and drew on factual testimony from experts. In the Moon Agreement drafters attempted to develop binding rules decades ahead of the necessary technology. If history is a guide, then the international community must wait for natural resource exploitation to become a contemporary problem on which experts can offer informed expertise before regulation can proceed [14]. In the time of drafting of Moon Agreement, the necessity of complying the provisions with realities were supported by the Soviet Union. The Soviet Union took the position that since exploitation of the moon would not be economically feasible for some time, provisions for such exploitation were premature. The United States favored the inclusion of such provisions because it believed that future conflicts could be avoided by present action [3. P. 419]. Therefore, it seems that some of provisions of the Agreement neither in the time of adoption nor in the present time have not much compliance with realities. Some countries, including Russia, think these provisions are inadequate because they do not address all possible situations. Accordingly, they have suggested that a new, comprehensive Agreement should be negotiated [15. P. 232].

The most important reason for ineffectiveness of Moon Agreement is related to including the concept of common heritage of mankind (Article 11, Paragraph 1) against countries with advanced space technology. In order to fulfill this principle, the Agreement states that an international regime should be founded with the aim of the development of the natural resources of the moon, the rational management of those resources, the expansion of opportunities in the use of those resources and an equitable sharing by all States Parties in the benefits derived from those resources, whereby the interests and needs of the developing countries (Article 11, Paragraph 7). It has been one of the main reasons for disapproval of space powers and it has led to the failure of the Agreement. The developed nations fear that adoption of the common heritage principle in space exploration would tantamount to transfer of wealth, political power, and technology from the space-faring nations to the Third World countries [16. P. 213]. This approach made dissatisfied those private firms that they have undertaken spatial researches. For example, the L5 Society, as a private firm succeed to convince the Senate Foreign Relations Committee of the United States to oppose signing of the Moon Agreement [17]. In addition to the aforementioned subject, there are more reasons for developed countries disapproval regarding Moon Agreement as following: First, Principles enshrined in the Moon Agreement are a departure from traditional property rights. Second, the Agreement would establish guiding principles for the international regime inimical to the interests of private enterprise. Third, the Agreement gives to other countries political control over commercial exploitation of the moon [3. P. 421].

2.3.4. Lack of an International Entity to Administer Outer Space

Given that common heritage of mankind resources belongs to the international community as a whole, the second common heritage of mankind element is an inter-

national management regime incorporating “representatives from all nations”. Because developed states often have greater access to common heritage of mankind resources, international management is intended to provide developing states with a measure of control over exploitation [18. P. 231]. At the present time, there is no international entity to administer the legal status of outer space strongly or dispute settlements among States. Disagreement of developed countries' and inefficiency of current entities are the main reasons for this shortage in outer space.

2.4. Solutions to Realizing of the Common Heritage of Mankind in Outer Space

As we have discussed before, the concept of common heritage of mankind doesn't have a strong position in the international legal system and application of this concept has associated with some challenges. It seems that by considering some items such as founding the Authority of Outer Space, amendment in Moon Agreement and explanation of the common heritage of mankind's elements, we can strengthen this concept in outer space legal system.

2.4.1. Amendment in Moon Agreement

Moon Agreement has addressed issues related to the concept of common heritage of mankind more than other documents but it has not welcomed by space powers. This Agreement required some amendment (According to the provisions of 17 and 18 of the Agreement) in order to encourage countries to join it. These amendments would be effective if consider some items such as: regulate the system of property, changing in the concept of equitable sharing of benefits and consideration of the benefits of private enterprises.

Regulate the system of property has been considered by developed countries. In January 2004, the US President George W. Bush announced his vision for the future of space exploration and the development of space resources and infrastructure and created the Commission on Implementation of United States Exploration Policy which recommends that Congress increase the potential for commercial opportunities related to the national space exploration vision by: 1. providing incentives for entrepreneurial investment in space; 2. creating significant monetary prizes for the accomplishment of space missions and/or technology developments; and 3. assuring appropriate property rights for those who seek to develop space resources and infrastructure. The report also recommends protecting and securing the property rights of private industry in space and recognizes that the issue of private property rights in space is a complex one involving national and international issues. A general view in this regard is that the implementation of this vision requires an overhaul of the current treaties and laws that govern property rights in space in order to develop better and more workable models that will stimulate commercial enterprise on the moon, aster-

oids, and Mars [16. P. 214]. It seems that ratifying an additional agreement similar to 1994 Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UNCLOS (that moderated the extreme approaches of UNCLOS against the concept of common heritage of mankind) regarding Moon Agreement can integrate classical concepts of common property with limited property legal regimes.

Wording of equitable sharing of benefits in the Moon Agreement implies a mandatory sharing of benefits and transferring of technology to developed countries. Technology transfer to developing countries should not be obligatory. Modern technologies represent valuable assets that must be equally protected by existing laws governing intellectual property rights. The entities, having worked, risked, and spent money on research and development, should be allowed to maintain their technologies and retain any profits from them. Developing countries should obtain technology at market price, but the price should be fair and reasonable. Other ways can be formulated to promote the transfer of technology to developing countries, such as establishment of joint ventures with developing countries [19. P. 289].

Although some researchers argue that the financial exploitation and commercialization of space by private entities are not in conformity with benefit of mankind, but international procedure accepted their presence at the time of concluding the Outer Space Treaty. Despite the importance of commercialization and privatization of spatial activities and increasing private enterprises participation in the field of satellite communications, remote sensing and launching of objects, international space treaties are mainly state-centric. Private enterprises have little place in these treaties and their benefits are not considered adequately. The Moon Agreement in articles 11 and 14 takes into account the private enterprises briefly and put some restrictions on their property rights and licensing procedure without paying attention to their rights. Given the efforts and success of private enterprises in space fields, it is vital to consider their benefits in the amendments of Moon Agreement.

2.4.2. Founding the Authority of Outer Space

Founding an international authority to administer outer space affairs is an inevitable necessity. Accordingly, it deserves consideration that establishing this authority should be based on those criteria that cover needs of developing and developed countries equally. The most important necessities that justify the creation of an international authority are demilitarization of outer space and monitoring economic activities.

At the United Nations, the initial inspiration behind the proposal to create a World Space Organization in 1985 was a campaign against the militarization of outer space. This inspiration remains valid today and forms the basis of any concept of international cooperation in managing outer space as a global resource. The essential concepts for a meaningful management regime for outer space namely, disarmament and development overlaid by the common heritage of mankind philosophy and the concept of «comprehensive security» are already in place and the concrete proposal

for the creation of a World Space Organization has already been tabled at the United Nations General Assembly [20].

Realizing the commercial potential of outer space is an issue in need of urgent resolution. It is important to devise a regime for the exploitation of outer space by reaching a balance between protecting the profits of relevant exploiting entities and serving the interests of humankind. Existence of a stable governance regime can, as in the case of the deep seabed, enhance the confidence of space investors and promote further development of commercial space activities [19. P. 287]. A practical solution is having an authority in the lines of the International Seabed Authority, which would create economic incentive for nations and firms to simultaneously invest in outer space. The primary purpose of the organization, would be to regulate the use and exploration of outer space and therefore, all the space-faring nations should be part of the treaty. Alternatively stated, one may state that in order for a State or its citizens to carry on commercial activities in space, the State should be a member of the treaty. The proposed, International Space Resource Management Organization maybe formed under the aegis of the General Assembly and later when feasible may be made as a specialized organ of the United Nations. In order for the International Space Resource Management Organization to truly fulfil its goals, it must be able to effectively monitor the activities by commercial entities in space. This Organization should be empowered to visit the outer space sites of commercial enterprises to ensure that the rules and procedures with regard to Outer Space Activities are strictly complied with [16. P. 217].

2.4.3. Explanation of the Common Heritage of Mankind's Elements

The common heritage of mankind's elements has always been associated with ambiguities. There are two processes to resolve these ambiguities: explanation in domestic law and international law.

Without a doubt, the entry of a concept of international law into domestic legal system and practice it can contribute to the confirmation of this concept. The United States National Aeronautics and Space Act of 1958⁵ (NASA) provides an example of this process. A provision of that act states: "The Congress declares that it is the policy of the United States that activities in outer space should be devoted to peaceful purposes for the benefit of all mankind." Another section of that act declares that one objective of the United States space program is "cooperation by the United States with other nations ... in work pursuant to this act and the peaceful application thereof." These provisions reflect a convergence of national legislation with international space law principles [6. P. 425].

⁵ National Aeronautics and Space Act of 1958. Pub. L. No. 85-568, 72 Stat. 426-438 (Jul. 29, 1958).

The common heritage of mankind's elements and related categories that hold close relationship with this concept, can be defined by those documents that issued by those international institutes that are engaged in space law affairs. Due to the lacking capacity of the United Nations General Assembly to enact its own distinct legislation, such resolutions lack legally binding force. However, they are still important for a certain *opinio juris* of a significant number of States, even more so if these resolutions are adopted by consensus. Therefore, space activities like the use of nuclear power sources, the use of telecommunications satellites, or of remote sensing satellites, as well as other possible commercial uses, are not confronted with a complete legal vacuum. Rather, the constant conduct and respect for such resolutions may build up to eventually become customary international law. In this regard, a short word must be said about some earlier observations of the space law age. Here, the famous legal scholar Bin Cheng had observed that after the adoption of a United Nations General Assembly resolution for activities in outer space, this resolution would *instantly* become customary international law. There is a correct part of this observation, namely, that for such resolutions, even more so if adopted by consensus to be significant for a respective *opinio juris* of States, one still needs the time element, that is a certain period of time over which such resolutions are observed by States in order to speak of the development of a respective custom [21. P. 5].

III. CONCLUSION

The Moon Agreement was the first attempt to expand the scope of outer space law by declaring that the natural resources of outer space are the common heritage of mankind. This principle, however, has not been unanimously accepted by space powers. Developed countries have been reluctant to accept what they see as an attempt by developing states to force a division of benefits extracting from space exploitation. Ambiguity of the meaning of common heritage has caused space powers to defer ratification of the Moon Treaty, thereby effectively preventing the treaty from entering into force. In addition, among five elements of common heritage of mankind, only non-appropriation element has been accepted by the world community and the rest of the elements have been neglected through political, economic and military reasons. Lack of an authority to realize cooperative management of area is another challenge of the concept. The author suggests three solutions that they ensure the space law would remain a viable branch of international law. These solutions are as follows: amendment in moon agreement, founding the authority of outer space, explanation of the common heritage of mankind's elements. There is support for these suggestions in the literature on space law and in the language of the Outer Space Treaty and the Moon Agreement.

In the conclusion I would like to quote prof. P. Taylor, he refers to the realization of the concept of the common heritage of mankind in international environmental law. It's quite similar to international space law. He said, that the concept of the

common heritage of mankind “is far from reality if we expect the realization of these solutions in near future and common heritage of mankind may be a concept whose time is yet to come” [22. P. 328].

REFERENCES

- [1] Bhat SB. The Concept of Common Heritage of Mankind in the Governance of the Moon — An Insight into Article 11 of the Moon Agreement. *Legal Opus*. 2007;1:92–107.
- [2] Zhukov GP, Abashidze AKh. *International space law*. Moscow: RUDN; 2014. 524 p. (In Russian).
- [3] Ervin S. Law in a Vacuum: The Common Heritage Doctrine in Outer Space Law. *Boston College International and Comparative Law Review*. 1984;7(2):403–431.
- [4] Nandakumar S. Common Heritage of Mankind — Property Rights, in the Wake of Commercial Use of the Moon and Other Celestial Bodies. In: *Proceedings of the Forty-Eighth Colloquium on the Law of Outer Space*. Reston: American Institute of Aeronautics and Astronautics. 2005. p. 308–317.
- [5] Rana HS. The Common Heritage of Mankind &(and) the Final Frontier a Reevaluation of Values Constituting the International Legal Regime for Outer Space Activities. *Rutgers Law Journal*. 1994;26(1): 225–250.
- [6] Goldie LFE. A Note on Some Diverse Meanings of the Common Heritage of Mankind. *Syracuse Journal of International Law and Commerce*. 1983;10(1):69–112.
- [7] Arnold RP. The Common Heritage of Mankind as a Legal Concept. *The International Lawyer*. 1975;9(1):153–158.
- [8] Goldie LFE. A General International Law Doctrine for Seabed Régimes. *The International Lawyer*. 1973;7(4):796–824.
- [9] Gorove S. Concept of Common Heritage of Mankind Political Moral or Legal Innovation. *The San Diego Law Review*. 1972;9(3):390–403.
- [10] Pardo A. Third World Lecture 1984. Ocean Space and Mankind. *Third World Quarterly*. 1984;6(3):559–575.
- [11] Jakhu R. Legal Issues Relating to the Global Public Interest in Outer Space. *Journal of Space Law*. 2006;32(1):31–110.
- [12] Dietrich GB. *Extending the Principle of the Common Heritage of Mankind to Outer Space*. Montreal, Quebec: McGill University; 2002. 91 p. Available from: http://digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=0&dvs=1485783073303~907 [Accessed 18th November 2016].
- [13] Hearsey ChM. A Review of Challenges to Corporate Expansion into Outer Space. In: *AIAA SPACE Conference & Exposition 9 — 11 September 2008*. San Diego, California. Available from: http://www.astrosociology.org/Library/PDF/Hearsey_CorporateExpansion.pdf [Accessed 18th November 2016].
- [14] Shackelford SJ. The Tragedy of the Common Heritage of Mankind. *Stanford Environmental Law Journal*. 2009;28(1). Available from: <https://ssrn.com/abstract=1407332> [Accessed 18th November 2016].
- [15] Gabrynowicz JI, Serrao JE. An Introduction to Space Law for Decision Makers. *Journal of Space Law*. 2004;30(2):227–233.
- [16] Cherian G, Abraham J. Concept of Private Property in Space — An Analysis. *Journal of International Commercial Law and Technology*. 2007;2(4):211–220.
- [17] Brandt-Erichsen, David; Brief History of the L5 Society. Available from: <http://www.nss.org/settlement/L5news/L5history.htm> [Accessed 18th November 2016].

- [18] Jacobs B. The Future of Energy Lunar Resource Management and the Common Heritage of Mankind. *Georgetown International Environmental Law Review*. 2012;24(2):221–244.
- [19] Zhao Y. An International Space Authority: A Governance Model for a Space Commercialization Regime. *Journal of Space Law*. 2004;30(2):277–296.
- [20] Payoyo PB, editor. *Ocean Governance: Sustainable Development of the Seas*. Tokyo, New York, Paris: United Nations University Press; 1994. Available from: <http://archive.unu.edu/unupress/unupbooks/uu15oe/uu15oe00.htm#Contents> [Accessed 18th November 2016].
- [21] Hobe S. Current and Future Development of International Space Law. Available from: http://www.unoosa.org/pdf/publications/st_space_28E.pdf [Accessed 18th November 2016].
- [22] Taylor P. *The concept of the common heritage of mankind*. In: Fisher D, editor. *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing; 2016. p. 306–334.

© Mirzaee Siavash, 2017

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Mirzaee Siavash — Post-graduate student, International Law Department, Law Institute, RUDN University.

Contact information:

e-mail: siavash.mirzaei1988@gmail.com

**КОСМИЧЕСКОЕ ПРОСТРАНСТВО
И ОБЩЕЕ НАСЛЕДИЕ ЧЕЛОВЕЧЕСТВА:
ВЫЗОВЫ И РЕШЕНИЯ**

Сиаваш Мирзаи

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

Цель статьи заключается в исследовании концепции общего наследия человечества в рамках международного космического права. В этой статье используется научно-методический подход, который позволяет выявить основные аспекты и понятия в рамках анализируемой проблематики. Используемая методология позволила широко исследовать реализацию концепции общего наследия человечества в практике государств и международных организаций.

С тех пор как человечество стало покорять космос и «открыло окно» для этой бесконечной области исследования, начался процесс международно-правового регулирования деятельности по использованию космического пространства. Одним из важных результатов этих усилий стало принятие в рамках ООН Соглашения о деятельности государств на Луне и других небесных телах от 5 декабря 1979 г., в соответствии с которым Луна и другие небесные тела стали признаваться общим наследием человечества. Однако Соглашение о Луне не было ратифицировано государствами, занимающимися пилотируемой космонавтикой, его ратифицировали несколько государств, оказывающих незначительное влияние на космическую деятельность.

В статье подробно анализируется концепция общего наследия человечества, которая включает в себя пять элементов: неприисвоение, международное управление ресурсами, распределение финансовых и технологических преимуществ, использование в мирных целях и в интересах нынешнего и будущих поколений. Показывается, что применение концепции общего наследия человечества к Луне и другим небесным телам, что так важно для развивающихся стран с целью сохранения ресурсов, всегда было связано с некоторыми проблемами.

Кроме того, с одной стороны, предпринимается попытка тщательного изучения подобных препятствий, которые мешают применению этой концепции. С другой стороны, автор предлагает некоторые решения для укрепления реализации этой концепции в космическом пространстве и мотивации космических держав к ратификации этого Соглашения.

Ключевые слова: Соглашение о Луне; Договор по космосу; общее наследие человечества; международное космическое право; совместное использование выгод; развивающиеся государства; Луна

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Мирзаи Сиаваш — аспирант кафедры международного права Юридического института РУДН.

Контактная информация:

e-mail: siavash.mirzaei1988@gmail.com



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-115-135

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТНОШЕНИЙ В ГАЗОВОЙ ПРОМЫШЛЕННОСТИ ИНДИИ И ЮЖНО-АФРИКАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

А.К. Волков

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

Статья посвящается исследованию правового регулирования отношений по поводу природного газа в Индии и ЮАР. Прежде всего автор представляет общий обзор состояния и перспектив развития газовой отрасли экономики данных государств и отмечает, что данные страны имеют много общего. Оба государства обладают незначительными резервами природного газа, спрос на ресурс выше, чем собственное производство. Однако правительства стараются развивать собственную добычу, а не полагаться на импорт, для чего и были предприняты реформы.

Анализ правового регулирования начинается с выявления исследователем источников правового регулирования и установления роли международного права. Далее дается детальный анализ правового регулирования проведения работ по геологическому изучению, добыче природного газа, его транспортировке, дистрибуции, торговле, экспортно-импортной деятельности в Индии и ЮАР.

В заключение автор подводит итоги сравнительно-правового исследования, оценивая каждую из моделей правового регулирования, указывая на недостатки, а также возможные варианты их преодоления.

Автор приходит к выводу, что в ЮАР разработано ясное, понятное, кодифицированное законодательство. В то же время в Индии были изменены не столько законы, сколько подзаконное регулирование. В обоих государствах учреждены специализированные регуляторы.

Несмотря на заявленный курс демонаполизации данного сектора экономики, в Индии так и не было принято мер по осуществлению разделения видов деятельности. Законодательством ЮАР в свою очередь предусматриваются меры для ограничения злоупотреблений вертикально-интегрированными компаниями: деятельность должна осуществляться при помощи использования отдельных счетов, кросс-субсидирование не допускается.

Если в Индии в сфере добычи природного газа используется более гибкая контрактная форма — соглашение о разделе продукции, то в ЮАР — лицензионная. В обеих странах применяется государственное регулирование тарифов, транспортировка, хранение, дистрибуция и поставка природного газа осуществляются на основе лицензии. В Индии право доступа к газопроводам третьих лиц обеспечивается лишь в отношении одной трети мощностей.

Несмотря на несистемность индийского подхода к регулированию, в отличие от ЮАР эта страна достигла более значительных успехов: было проведено большее число разведывательных работ, добывается больше газа.

Ключевые слова: БРИКС; газ; нефть; правовые аспекты; энергетика; Индия; ЮАР; энергетическое право

І. ВВЕДЕНИЕ

Республика Индия (Индия) и Южно-Африканская Республика (ЮАР) не являются государствами с богатыми запасами природного газа. В то же время правительства данных стран обеспокоены проблемой диверсификации матрицы используемых энергетических ресурсов в целях обеспечения собственной энергетической безопасности. В этом контексте газ представляет собой отличную альтернативу в силу таких своих характеристик, как экономическая эффективность и причинение наименьшего вреда окружающей среде в сравнении с другими ископаемыми энергетическими природными ресурсами.

Несмотря на то, что уже в XIX в. природный газ, доставляемый по трубопроводам, использовался в ЮАР, на сегодняшний день он удовлетворяет менее 3%¹ энергетических потребностей государства². В 2011 г. в стране было добыто лишь 13,7 млрд кубических метров природного газа, при этом употреблено 49,3 млрд (в три раза больше); оставшаяся часть была импортирована из Мозамбика³. В целях преодоления зависимости от импорта природного газа и использования угля [1. Р. 6] Правительство ЮАР приняло решение создавать благоприятные условия для добычи собственного газа и планирует увеличение добычи на 10% в ближайшее десятилетие⁴. Тем более есть основание полагать, что прибрежные зоны могут быть богаты данным природным ресурсом [2. Р. 536]. В соответствии с недавним исследованием Энергетического информационного агентства ЮАР обладает значительными запасами природного газа в районе бассейна Кару (*Karoo Basin*): около 147 триллионов кубических метров⁵.

В Индии потребность в природном газе еще выше. Будучи одним из самых населенных государств, оно является пятым по объему потребителем энергетических ресурсов. Для обеспечения существующего экономического роста в 5% в год, стране потребуется дополнительная выработка не менее чем 4% энергии в год [3. Р. 49]. Природный газ составляет около 9,8% потребления энергии, к 2025 г. его долю планируется увеличить до 25%⁶.

¹ Задержка в развитии газовой отрасли в ЮАР связана с относительной доступностью электрической энергии, неразвитой системой трубопроводов, как магистральных, так и распределительных.

² Gas regulations and rights in Southern Africa. Режим доступа: <http://www.25degrees.net/index.php/Latest/gas-regulations-and-rights-in-southern-africa.html>. Дата обращения: 20.12.2016.

³ U.S. Energy Information Administration. South Africa. Режим доступа: <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>. Дата обращения: 20.08.2016.

⁴ Gas regulations and rights in Southern Africa. Режим доступа: <http://www.25degrees.net/index.php/Latest/gas-regulations-and-rights-in-southern-africa.html>. Дата обращения: 20.12.2016.

⁵ U.S. Energy Information Administration. South Africa. Режим доступа: <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>. Дата обращения: 20.08.2016.

⁶ Oil and Gas Industry in India. Режим доступа: <http://www.ibef.org/industry/oil-gas-india.aspx>. Дата обращения: 12.08.2016.

Средством достижения цели может стать добыча собственного природного газа. Данная задача кажется реалистичной: в последние годы Индия стала одним из самых перспективных регионов в мире по добыче нефти и газа, как материковых, так и офшорных. В соответствии со статистикой Министерства нефти и природного газа доказанные резервы Индии составляют 0,6% доли мировых резервов⁷. Основные месторождения в последние 10 лет были обнаружены в бассейне Кришна Годавари (*Krishna Godavari*), Маханади (*Mahanadi fields*), Мангале (*Mangala*), Бхагиан (*Bhagyam*) и Эйшвариа (*Aishwarya*) (3). Запасы Индии оцениваются в 1,241 трлн кубических метров [4. Р. 906]. Важным представляется тот факт, что более 50% месторождений полностью не исследованы, 35% — являются слабоизученными [5. Р. 221].

Таким образом, Индия и ЮАР, даже будучи государствами с незначительными запасами природного газа, испытывают необходимость для развития газовой промышленности. Данная цель может быть достигнута только при условии наличия качественного правового регулирования. Неудивительно, что оба государства как раз находятся в процессе его формирования. Опыт законодательного оформления проводимых реформ газовой промышленности может быть полезным и для законодателей других государств.

II. ИСТОЧНИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

На конституционном уровне в ЮАР регулирование данной сферы является достаточно ограниченным по объему. В секции 24 Основного закона от 10 декабря 1996 г.⁸ устанавливается, что «каждый имеет право на защищенную окружающую среду... посредством осуществления законодательных и иных мер, которые (iii) обеспечивают экологически устойчивое развитие и использование природных ресурсов при сохранении оправданного уровня экономического и социального развития». Более детальное регулирование предусматривается на законодательном уровне: в Акте «О нефтепродуктах» № 120 1997 г. с поправками, внесенными Актом № 2 2005 г.; Акте «О центральном энергетическом фонде» № 38 1977 г.; Акте «О регистрации прав недропользования» 1977 г. с поправками, внесенными Актом № 24 2003 г.; Акте «О газе» № 48 2001 г. (Газовый акт) с поправками, внесенными Актом № 40 2004 г.⁹; Акте «О разработке минеральных и нефтяных ресурсов» № 28 2002 г. с поправками, внесенными Актом № 49 2008 г.; Акте «О налогообложении в газовой промышленности» № 75 2002 г.; Акте «О национальном энергетическом регуляторе» № 40

⁷ Oil and Gas: sector overview. Режим доступа: http://www.investindia.gov.in/?q=oil-and-gas-sector_. Дата обращения: 12.08.2016.

⁸ Конституция ЮАР 1996 г. в ред. 2012 г. Режим доступа: <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/theconstitution/thetext.htm>. Дата обращения: 28.08.2016.

⁹ Акт ЮАР «О газе» №48 2001 г. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Admin/Document/Editor/file/Legislation/Piped%20Gas/Acts/Gas%20Act.pdf>. Дата обращения: 20.08.2016.

2004 г.¹⁰; в Акте «О национальной энергетике» № 34 2008 г.; Акте «О роялти в отношении минеральных и нефтяных ресурсов» № 28 2008 г.

Кроме того, действует обширное подзаконное регулирование, разработанное Департаментом по энергетике Правительства ЮАР, например: Регламент «О применении Газового акта № 48 2001 г.» от 31 декабря 2009 г.¹¹; Регламент «О разработке минеральных и нефтяных ресурсов» от 23 апреля 2004 г.; Регламент «О лицензиях по осуществлению деятельности в сфере оптовой торговли» от 27 марта 2006 г.; Регламент «О лицензиях на добычу природных ресурсов» от 23 июня 2006 г.; Регламент «О регистрации прав недропользования» от 14 мая 2004 г.; Регламент «О транспортировке природного газа» от 20 апреля 2007 г.¹²

Отношения в сфере газопроводного транспорта также регулируются Национальным энергетическим регулятором ЮАР (*National Energy Regulator of South Africa, NERSA*)¹³, полномочия которого определяются в Газовом акте и Акте «О национальном энергетическом регуляторе». Нефтяное агентство ЮАР (*Petroleum Agency South Africa, PASA*)¹⁴ ответственно за регулирование отношений в сфере добычи и разведки природного газа.

В ст. 297 Конституции Индии от 29 ноября 1949 г.¹⁵ устанавливается, что «все земли, минералы и недра в пределах территориальных вод, континентального шельфа и исключительной экономической зоны относятся к компетенции Союза и могут быть использованы для его целей». Что касается разделения компетенции между индийским Парламентом и legislatures штатов, в соответствии со ст. 246 парламент обладает исключительными полномочиями по осуществлению законодательной деятельности в пределах Списка № 1 (Союзный список) Каталога № 7 Конституции.

В пункте 53 Союзного списка устанавливается, что к компетенции федерации относится регулирование и разработка нефтяных месторождений и минеральных ресурсов; нефть и нефтяные продукты; другие жидкости и вещества, провозглашаемые парламентом в качестве легко воспламеняемых. Однако в то же

¹⁰ Акт ЮАР «О национальном энергетическом регуляторе» № 40 2004 г. Режим доступа: <http://www.pprotect.org/legislation/docs/NATIONAL%20ENERGY%20REGULATOR%20ACT%2040%20OF%202004.pdf>. Дата обращения: 20.08.2016.

¹¹ Регламент ЮАР «О применении Газового акта № 48, 2001 г.» от 31 декабря 2009 г. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Admin/Document/Editor/file/Legislation/Rules/1-32849%2031-12%20Energy.pdf>. Дата обращения: 20.08.2016.

¹² Регламент ЮАР «О транспортировке природного газа» от 20 апреля 2007 г. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Default.aspx#>. Дата обращения: 20.08.2016.

¹³ Официальный сайт Национального энергетического регулятора ЮАР. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Default.aspx>. Дата обращения: 20.08.2016.

¹⁴ Официальный сайт Нефтяного агентства ЮАР. Режим доступа: <http://www.petroleumagency.com/>. Дата обращения: 20.08.2016.

¹⁵ Конституция Индии 1949 г. в ред. 2011 г. Режим доступа: <http://lawmin.nic.in/olwing/coi/coi-english/coi-indexenglish.htm>. Дата обращения: 02.01.2017.

время к предмету ведения legislatures штатов было отнесено правотворчество в сферах, указанных в Списке № 3 (Конкурентный список) Каталога № 7: в пункте 25 указаны «газ и газовые работы».

В 2000 г. legislature штата Гуджарат приняла Акт «О правовом регулировании транспортировки, поставки и дистрибуции газа в штате Гуджарат», вступивший в силу в 19 декабря 2001 г. В связи с принятием документа в Верховный суд Индии был направлен запрос: «Относится ли регулирование отношений по поводу природного газа к компетенции штатов на основании п. 25 Списка № 3 Каталога № 7?»

Верховный суд Индии¹⁶ определил, что в соответствии с Актом «О шахтах и минералах» 1957 г. к понятию минеральные масла относятся газ и нефть. В то же время в Правилах «О нефти и природном газе» указывается, что под нефтью понимаются углеводороды, находящиеся в свободном состоянии в форме природного газа, жидкой или твердой форме, но не включая гелий, ассоциированный с нефтью, углем или сланцем, или любое вещество, которое может быть добыто из угля, сланца или любой горной породы путем использования химикатов и нагревания. Такой же подход зафиксирован в Акте «О нефтяных и минеральных трубопроводах» 1962 г., Акте «О нефтяной промышленности» 1974 г.

Таким образом, Верховный суд Индии пришел к выводу, что природный газ подпадает под сферу регулирования, указанную в п. 53 Союзного листа № 1, и Союз имеет исключительные права законодателя в данной сфере.

Федеральное (союзное) законодательство в отношении природного газа представлено: Актом «О нефти» 1934 г., Актом «О разработке нефтяных месторождений» 1948 г., Актом «О горной промышленности» 1952 г., Актом «О шахтах и минералах» 1957 г., Актом «О нефтяных и минеральных трубопроводах» 1962 г., Актом «О нефтяной промышленности» 1974 г., Актом «Об учреждении Бюро нефти и природного газа» от 31 марта 2006 г.; Правилами «О нефти и природном газе» 1959 г.

Министерство нефти и природного газа Индии ответственно за увеличение производства природного газа и нефти. Оно регулирует добычу, розничную и потовую куплю-продажу, уровень цен, экспорт, дистрибуцию, импорт природного газа. В 1993 г. под административным контролем Министерства нефти и природного газа было учреждено Генеральное управление по углеводородам (*Directorate General of Hydrocarbons, DGH*)¹⁷. Оно является регулятором, специализирующимся на вопросах добычи природного газа, обеспечения экологической, технологической безопасности, ответственно за заключение договоров о

¹⁶ Supreme Court of India *Association of Natural Gas vs Union of India (Uoi) and Ors.* on 25 March 2004
Режим доступа: <http://www.indiankanoon.org/doc/354032/>. Дата обращения: 02.01.2017.

¹⁷ Официальный сайт Генерального управления по углеводородам Индии
Режим доступа: <http://www.dghindia.org>. Дата обращения: 12.08.2016.

разделе продукции, привлечение инвестиций, мониторинг деятельности по добыче, кроме того, организует обнаружение и изучение новых месторождений.

Что касается сектора транспортировки, дистрибуции (распределения) и купли-продажи — он регулируется Бюро нефти и природного газа (*Petroleum and Natural Gas Regulatory Board, PNGRB*)¹⁸, учрежденным в 2006 г. Его члены хотя и назначаются Правительством, являются независимым от него. Однако последнее может давать ориентиры для работы органа в целях обеспечения энергетической безопасности. Настоящий институт защищает права потребителей, выдает лицензии компаниям, осуществляющим операции с СПГ, в сфере хранения, дистрибуции и транспортировки, устанавливает правила доступа к трубопроводам и тарифы [6].

В связи с тем, что международное право отчасти также регулирует отношения, связанные с использованием природных ресурсов, актуально определить соотношение указанной системы с внутринациональным правом [7. Р. 22]. Оба государства имеют сходный подход к вопросу о юридической силе международного права, признавая ее наравне с национальным законодательством. Страны являются членами ВТО (с 1 января 1995 г.), участвуют в международных многосторонних конвенциях (подписали и ратифицировали Конвенцию «Об учреждении Многостороннего агентства по инвестиционным гарантиям» 1985 г. (Индия участвует с 6 января 1994 г. и ЮАР с 10 марта 1994 г.)¹⁹ и двусторонних инвестиционных договорах, но не подписали Договор к Европейской энергетической хартии.

2.1. Правовое регулирование изучения и добычи природного газа

В соответствии с секцией 1 главы 1 Акта ЮАР «О разработке Минеральных и нефтяных ресурсов» 2002 г. под нефтью понимается любая жидкость, углеводороды в твердой форме или горючий газ, залегающие в недрах, которые могут быть возвращены в первоначальное состояние, однако не включая уголь, сланцы или другие стратифицированные месторождения, из которых нефть может быть извлечена посредством разрушающей дистилляции, а также газы, добываемые из болот или других наземных месторождений. Таким образом, регулирование в отношении нефти и газа в стране строится на схожих принципах.

Нефтяное агентство ЮАР, действующее на основании Акта «О минеральных и нефтяных ресурсах», Директивы Министерства от 16 апреля 1999 г., Белой бумаги «Об энергетической политике» 1998 г., полномочно координировать

¹⁸ Официальный сайт Бюро нефти и природного газа Индии. Режим доступа: <http://www.pngrb.gov.in>. Дата обращения: 12.08.2016.

¹⁹ Однако Индия и ЮАР не участвуют в Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств 1965 г.

деятельность в сфере изучения и добычи нефтегазовых ресурсов, получает заявки на предоставление *TCP*, *EP*, разрешений на осуществление изучения и добычу, оценивает их, выступает с рекомендациями Министру. Кроме того, Агентство осуществляет мониторинг выполнения сторонами обязательств; получает, хранит и иным образом работает с геологической или геофизической информацией, связанной с природным газом; взимает платежи, связанные с использованием вышеуказанными правами; выступает с предложениями по улучшению планов работ в природоохранной сфере, программ по разработке месторождений и пр.

Главой 6 вышеупомянутого закона регулируется предоставление разрешений на осуществление технического содействия²⁰, а также разрешения на осуществление работ по изучению. Первое наделяет правами на камеральное исследование, получать сейсмические данные, второе позволяет проводить геологическое, геофизическое, фотогеологическое изучение, в том числе с использованием технических средств (не предполагает бурение)²¹.

Таким образом, изучение месторождений в ЮАР начинается с получения разрешения на осуществление технического содействия (*TCP*), которое впоследствии является основанием для получения разрешения на осуществление работ по изучению (*EP*), выдаваемое Министром минералов и энергетики.

В целях предоставления последнего вида разрешений Министерство публикует в официальном издании «Газета» (*Gazette*) информацию о приглашении заинтересованных лиц для подачи заявок на получение прав на осуществление операций по изучению в соответствии с одобренной программой работ по изучению. Эти права предоставляются на срок три года с правом продления. В объявлении указываются блок или блоки, период предоставления заявок и условия на которых будут предоставляться права.

На практике государственные органы предоставляют разрешения на осуществление технического содействия (*TCP*), однако очень редко трансформируют их в разрешения на осуществление операций по изучению. Компания *Shell*²² уже много лет ожидает ответа по поводу своих трех заявок на получение разрешения на осуществление операций по изучению, тоже самое касается *Falcon Oil and Gas Ltd.* и *Bundu Gas & Oil*. Кроме того, в апреле 2011 г. Правительство объявило мораторий на выдачу разрешений в случае проведения работ с использованием воды (например, по гидравлическому разрыву), однако в сентябре 2012 г. запрет был снят²³.

²⁰ Права предоставляются в соответствии с программой по осуществлению работ по техническому содействию на срок не более одного года, не подлежат передаче или продлению.

²¹ Разрешение предоставляется на срок до одного года, не является эксклюзивным правом, не передается, не обновляется.

²² Shell планирует потратить 200 миллионов долларов на бурение 6 скважин.

²³ U.S. Energy Information Administration. South Africa. Режим доступа: <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>. Дата обращения: 20.08.2016.

Процедура получения разрешений на осуществление исследовательских работ и добычи начинается с того, что Министр минералов и энергетики публикует в официальном издании «Газета» информацию о приглашении подавать заявки на получение прав на добычу в отношении определенного блока или блоков. Министр должен предоставить данные права, если заявитель докажет наличие у него доступа к финансовым ресурсам и технической возможности осуществлять добычу эффективно. Объем затрат определяется характером работ и сроком их проведения. Добыча не должна привести к неприемлемому загрязнению или причинению вреда окружающей среде. Заявитель обязуется соблюдать требования Акта № 29 «О безопасности и здоровье при осуществлении горнодобывающей деятельности» 1996 г. Если министр отказывает в предоставлении прав на добычу, он в течение 30 дней после принятия решения в письменном виде указывает заявителю на причины отказа. Права добычи действуют на предписанных условиях и выдаются на срок, не превышающий 30 лет, что не исключает многократного права на подачу заявления на его продление на тот же срок.

Владелец прав на добычу должен активно осуществлять его в соответствии с одобренной программой работ; выполнять требования и условия выдачи прав на добычу, законодательства, программы по защите экологии и социально-трудового плана; уплачивать роялти и налоги (роялти 7%, налог на прибыль 28%)²⁴; начать работы по добыче не позднее года после получения прав.

Министр может отменить или приостановить использование горных прав, если их владелец нарушает условия их выдачи, не выполняет требований программы по защите экологии; предоставил неверную или неточную информацию для получения прав. Однако прежде Министр должен сообщить о своем намерении, указав на причины, предоставив тем самым возможность выполнить требования.

Законодательство ЮАР в сфере природного газа является относительно недавно разработанным. В стране до сих пор действует не так много производителей природного газа, неудивительно, что в данном секторе доминирует подконтрольная государству Нефтегазовая корпорация ЮАР (*Petroleum Oil and Gas Corporation of South Africa, PetroSA*).

Первая скважина в Индии была пробурена в 1866 г., в 1889 г. геологи обнаружили первое коммерчески рентабельное месторождение рядом с г. Дигбой (*Digboi*). Традиционно исследователи выделяют четыре периода в истории правового регулирования добычи и осуществления разведки природного газа в Индии: 1) этап до объявления независимости, 2) эпоха «назначений», 3) период до принятия Новой лицензионной политики (*Pre-NELP*), 4) эпоха Новой лицензи-

²⁴ EIA/ARI, World Shale Gas and Shale Oil Resource Assessment. Режим доступа: http://www.advres.com/pdf/19_XIX_EIA_ARI_S%20Africa_June_2013.pdf. Дата обращения: 20.08.2016.

онной политики (*The New Exploration Licensing Policy, NELP*)²⁵. Первый характеризуется существованием монополии Империи, в результате добычу осуществляли британские компании *Assam Oil Company* и *Attock Oil* (ВОС/АОС)²⁶. В период «назначений» действовала государственная монополия: права на разведку и добычу природного газа были предоставлены национальным нефтяным компаниям Нефтегазовой корпорации (*Oil and Natural Gas Corporation, ONGC*)²⁷ и Нефтяной компании Индии (*Oil India Limited, OIL*)²⁸.

В 90-е гг. начинается период, предваряющий Новую лицензионную политику Индии. В это время правительство Индии инициировало процесс либерализации, то есть проведение реформы по внедрению рыночных механизмов регулирования, путем уменьшения государственных компаний, постепенного отказа от регулирования тарифов, создания для входа на рынок новых участников и пр. [8. Р. 55]. В 1993 г. для регулирования сектора разведки, добычи нефти и газа было учреждено Главное управление по углеводородам. Постепенно на конкурсной основе для привлечения инвестиций права по добыче и исследованию стали предоставляться частным лицам. Было проведено 9 раундов торгов, закончившихся подписанием лишь 28 контрактов, 14 из которых действуют до сих пор.

В 1997 г. Правительство Индии совместно с Главным управлением по углеводородам сформулировали Новую лицензионную политику, основанную на использовании соглашений о разделе продукции. Политика, направленная на привлечение инвестиции состояла в следующем: реализация проектов по добыче и разведке отныне не требует обязательного участия государства, частным, в том числе иностранным инвесторам, обеспечивается доступ к участию в аукци-

²⁵ Подробнее про историю развития газовой промышленности Индии см. Официальный сайт Генерального управления по углеводородам Индии. Режим доступа: <http://www.dghindia.org>. Дата обращения: 12.08.2016.

²⁶ Официальный сайт Нефтяного агентства ЮАР. Режим доступа: <http://www.petroleumagencyrsa.com/>. Дата обращения: 20.08.2016.

²⁷ Комиссия нефти и природного газа (*Oil & Natural Gas Commission*) была учреждена 14 августа 1956 г. на основе Акта «Об учреждении Комиссии нефти и природного газа» (*The ONGC Act*) для добычи и продажи углеводородных ресурсов. В 1956 г. в соответствии с Актом «О компаниях» она была преобразована в публичную компанию и получила с 1 февраля 1994 г. название Нефтегазовой корпорации (*Oil and Natural Gas Corporation Limited*). Дочерняя компания *ONGC Videsh Limited (OVL)* ответственна за осуществление деятельности в сфере нефти и газа за пределами Индии. *OVL* ведет 37 проектов в 17 странах мира, включая Россию, Колумбию, Судан, Вьетнам.

²⁸ Нефтяная компания Индии была учреждена в 1959 г. Две трети уставного капитала контролировались ВОС/АОС и лишь треть Правительством. В 1961 г. доля последнего была увеличена до 50%, а в 1981 г. организация стала полностью подконтрольной государству. Компания занимается деятельностью по разведке и добыче природного газа и нефти, в том числе в Ливии, Габоне, Иране, Нигерии, Йемене, Бангладеше. *Oil and Gas. India in Business*. Режим доступа: <http://www.indiainbusiness.nic.in/industry-infrastructure/industrial-sectors/oil-gas1.htm>. Дата обращения: 12.08.2016.

онах и права продавать газ на местном рынке, постепенный переход к рыночным ценам²⁹. Первый раунд по новым правилам, на котором компании *ONGC* и *OIL* были поставлены в равное положение с другими участниками, состоялся в январе 1999 г. В соответствии с заключенными соглашениями о разделе продукции³⁰ часть дохода, оставшаяся после уплаты роялти и возмещения затрат, должна распределяться между заинтересованной компанией и правительством Индии.

В течение первых десяти лет после начала добычи инвестор имеет право на полное возмещение затрат, связанных с осуществлением разведки. Частным инвесторам гарантируется привлекательное налогообложение, включая семилетнее освобождение от налогов и импортных пошлин, и право продавать природный газ на внутреннем рынке по согласованной с Правительством цене³¹.

Размер роялти для месторождений, расположенных на суше, устанавливается в размере 10%, на континентальном шельфе — 5%. Налоговая нагрузка фиксируется специальным налоговым актом, одобренным Министерством финансов. Данный документ кодифицирует налоговое регулирование и дает представление инвестору о подлежащих уплате налогах и сборах. Не требуется уплата подписного бонуса [5. Р. 228–229]. К спорам применим Акт «Об арбитраже и примирительных процедурах» 1996 г., разработанный на основе модельного закона Комиссии по международной торговле.

После проведения девяти раундов размер территории, на которой была проведена разведка увеличился в 6 раз. Из 326 блоков, предложенных правительством, 239 были распределены, 72 — частным компаниям и совместным предприятиям. Число добывающих компаний увеличилось с 2 по состоянию на 1990 г. до 12 в 2000 и 71 в 2009 г., количество разрабатываемых бассейнов — с 3 в 1990 г. до 10 в 2009 г.³² Однако по-прежнему *ONGC* и *OIL* осуществляют более 70% добычи, остальные 30% распределены между *Hindustan Petroleum Corporation Ltd.*, *Bharat Petroleum Corporation Ltd.*, *Gas Authority of India Ltd.*, *Reliance Industries Ltd.*, *Essar Oil*, *Adani Gas*, *Petronet LNG*, *Cairn Energy*, *Shell*, *British Gas* и *BP*³³.

²⁹ Официальный сайт Нефтяного агентства ЮАР. Режим доступа: <http://www.petroleumagencyrsa.com/>. Дата обращения: 20.08.2016.

³⁰ Модельное соглашение «О разделе продукции». Режим доступа: <http://www.dghindia.org/ModalPSCContract.aspx>. Дата обращения: 12.08.2016.

³¹ Официальный сайт Нефтяного агентства ЮАР. Режим доступа: <http://www.petroleumagencyrsa.com/>. Дата обращения: 20.08.2016.

³² Официальный сайт Нефтяного агентства ЮАР. Режим доступа: <http://www.petroleumagencyrsa.com/>. Дата обращения: 20.08.2016.

³³ Oil and Gas: sector overview. Режим доступа: <http://www.investindia.gov.in/?q=oil-and-gas-sector>. Дата обращения: 12.08.2016.

В 2007 г. Правительство Индии приняло решение о приостановлении процесса по либерализации рынка. В 2008 г. Министерство финансов отказалось от предоставления так называемых «налоговых каникул», но в начале 2008 г. данное постановление было отменено. Однако соглашения о разделе продукции, заключенные после 2009 г., не содержат более положений об освобождении от налогов. В то же время правительство планирует начать предоставлять права на добычу природных ресурсов на континентальном шельфе³⁴. В 2016 г. был проведен первый раунд торгов по новым правилам, предполагающим начало распределения добытого продукта до возмещения инвестиций и переход с фиксированного налога на рассчитываемый от стоимости добытого ресурса (*ad valorem tax*)³⁵. В результате, удалось привлечь инвесторов для разработки более 60 месторождений³⁶.

Однако *DGH* указало на то, что в скором времени возможен переход к режиму Открытой системы предоставления прав (*Open Acreage Licensing System, OALP*). Она позволит участникам аукциона выступать с предложениями в течение всего года, а не только в рамках раундов. Информация о блоках будет предоставляться Национальным архивом (*National Data Repository, NDR*), ответственным за ее сбор. Так как три четверти бассейнов не изучены или изучены плохо, впереди еще большая работа, и до сих *NDR* не достиг существенных успехов³⁷.

2.2. Правовое регулирование транспортировки и хранения природного газа

Правовое регулирование транспортировки, хранения, дистрибуции и поставки природного газа в ЮАР регулируется Газовым актом 2001 г. Целями данного закона являются обеспечение эффективной, устойчивой и упорядоченной деятельности в упомянутых сферах; упрощение порядка привлечения инвестиций; обеспечение безопасности, в том числе для окружающей среды; поддержка компаний ЮАР; предоставление упомянутых услуг на справедливых условиях, без дискриминации; формирование конкурентного рынка природного газа и пр.

В соответствии с Газовым актом, *NERSA*, упомянутый газовый регулятор предоставляет лицензии для строительства объектов, обеспечивающих транспортировку, хранение газа, его дистрибуцию, а также лицензии для осуществления указанной деятельности, включая поставку. Агентство собирает инфор-

³⁴ Western Australia Trade Office — India. An Overview of India's Oil and Gas Market. Режим доступа: http://www.dsd.wa.gov.au/documents/India_Oil_Gas_Report_January_2012.pdf. Дата обращения: 12.08.2016.

³⁵ Данная мера представляется более мягкой для предпринимателей.

³⁶ U.S. Energy Information Administration. India. Режим доступа: <https://www.eia.gov/beta/international/analysis.cfm?iso=IND>. Дата обращения: 12.08.2016.

³⁷ India to move towards Open Acreage Licensing System for Exploration & production acreages. Режим доступа: <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=52297>. Дата обращения: 12.08.2016.

мацию, регулирует тарифы на транспортировку, хранение и обеспечивает их действие на недискриминационной основе. Агентство имеет право экспроприировать земли, необходимые для осуществления прав, обеспечивает оптимальное использование ресурсов и развивает конкуренцию. Газовый регулятор может с согласия сторон спора действовать в качестве посредника или арбитра или назначить лицо, которое могло бы выполнить данные функции.

Таким образом, для осуществления всех видов деятельности в газовом секторе экономики требуется получение лицензии, предоставляемой на основании заявления. Оно должно содержать указание на наименование, местонахождения компании; документы, подтверждающие административные, финансовые, технические возможности предприятия осуществлять деятельность; описание объекта, подлежащего строительству, включая карты, диаграммы; общее указание на категории потребителей, которые будут обслуживаться, а также размер тарифа; соответствие требованиям трудового, природоохранного законодательства; детальную спецификацию природного газа, который будет поставляться и пр.

В случае подачи заявления на получение лицензии заинтересованное лицо должно опубликовать об этом информацию по крайней мере в двух средствах массовой информации. В объявлении указывается на наименование заявителя, предмет заявки, период, в течение которого любое заинтересованное лицо может выступить с возражениями, направив их газовому регулятору. Перед принятием решения по заявлению *NERSA* рассматривает его на предмет гарантирования прав доступа третьих лиц к инфраструктуре, соответствия законодательству в сфере здравоохранения, природоохраны, выполнения требований технических регламентов, и в связи с этим может потребовать внесения изменения в проект строительства того или иного объекта. Если не поступило возражений третьих лиц, регулятор принимает решение в отношении заявления в течение 60 дней после получения ответа заявителя на возражения регулятора. При принятии решения *NERSA* исходит также из того, что проект по строительству или оказанию услуги должен соответствовать национальным интересам, обеспечивать развитие экономики на региональном уровне или иметь любую другую социально значимую цель.

Важно отметить, что регулятор выдает отдельные лицензии на осуществление деятельности по строительству, хранению, транспортировке, дистрибуции и поставке. Вертикально интегрированная компания (т.е. компания, ведущая деятельность по добыче, транспортировке, розничной и оптовой купле-продаже газа) [9. Р. 75] осуществляет их отдельно посредством использования различных счетов в целях недопущения кросс-субсидирования. Выдача лицензий не должна приводить к дискриминации между потребителями или категориями потребителей в отношении доступа их к инфраструктуре, тарифов, цен, условий и услуг, за исключением случаев, которые оправданы различиями в объемах, сроках, расстояниями поставки и пр.

Лицензия действительна в течение 25 лет, однако по решению регулятора может быть выдана и на больший срок. Кроме того, последний может продлить лицензию. Владелец исключительных прав не имеет права передавать их третьему лицу. В случае, если публичная компания, получившая лицензию, в последствии уступает долю или ее часть в своем уставном капитале любому частному лицу, такая сделка должна заключаться на открытых торгах. С разрешения лицензиата или в случае невыполнения требований лицензий газовый регулятор может вносить изменения в условия пользования лицензией.

Обеспечение доступа третьих лиц к газотранспортной системе и инфраструктурам хранения гарантируется применением правила *use it or lose it*³⁸, принцип недискриминации, временной ограниченности и технической обоснованности. В случае конкуренции заявок приоритет отдается, содержащей наиболее привлекательные условия относительно цены, сроков, объемов.

В законодательстве могут быть предусмотрены специальные правила в отношении международной транспортировки природного газа, осуществляемой на основе международного договора. Примером объекта подобного регулирования является трубопровод Мозамбик–ЮАР³⁹. Он принадлежит Инвестиционной трубопроводной компании Республики Мозамбик (*Republic of Mozambique Pipeline Investment Company, PTY Ltd*), учредителями выступают *Sasol*, Девелоперская южно-африканская газовая компания (*South African Gas Development Company, iGas*)⁴⁰ и Правительство Мозамбика. С момента заключения данного соглашения⁴¹ его условия являются положениями лицензии, включая правила об исключительных правах и сроках в отношении транспортировки и дистрибуции природного газа, о доступе третьих лиц к трубопроводу и некоторым трубопроводам компании *Sasol*, об установлении цены поставки природного газа *Sasol*, о ее обязательстве удовлетворить спрос потребителей, дистрибьюторов и пр.

Не так давно *Sasol* и *Shell* выступили с предложением о строительстве второго международного регионального трубопровода, соединяющего офшорное месторождение Намибии Куду (*Kudu*) и СПГ терминал в заливе Моссел (*Mossel Bay*), принадлежащий компании *Petrosa*. Однако на сегодняшний день проект заморожен из-за сложностей по финансированию разработки самого месторождения⁴².

³⁸ В случае, если заказчик транспортных услуг не использует их, он утрачивает права на зарезервированные транспортные мощности [10. Р. 75].

³⁹ Трубопровод имеет пиковую нагрузку в 159 млн кубических метров в день, однако он был спроектирован исходя из нагрузки в два раза больше.

⁴⁰ *iGas* или Девелоперская южно-африканской газовая компания уполномочена действовать в качестве государственного агентства по развитию углеводородной отрасли ЮАР, диверсификации использования энергетических ресурсов.

⁴¹ Соглашение ЮАР и *Sasol* в отношении мозамбикского газопровода 2001 г. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Default.aspx#>. Дата обращения: 03.01.2017.

⁴² U.S. Energy Information Administration. South Africa. Режим доступа: <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>. Дата обращения: 20.08.2016.

Законодательство Индии не является таким же ясным и детализированным, как нормативные акты ЮАР. Возможно, это объясняется отсутствием необходимости в таковом. Исторически индийская компания *GAIL*⁴³ обладала монополией в газотранспортном секторе и была ответственна за его развитие⁴⁴. Однако в декабре 2006 г. Правительство приняло решение поддержать строительство транспортных трубопроводов и лишила компанию исключительных прав: на рынке транспортировки появился еще один участник — частная компания *Reliance Gas Transportation Infrastructure Ltd (RGTIL)*, дочерняя структура *RIL*. В 2007 г. *GAIL* и *RIL* даже подписали соглашение об использовании трубопроводов друг друга при транспортировке природного газа из месторождений бассейна *KG*. Другие участники рынка, например, *Guajarat Petronet* имеют статус региональных. Регулятор *PNGRB* разрабатывает Кодекс поведения компаний на газовом рынке⁴⁵, обеспечивающий доступ третьих лиц к мощностям транспортной сети на основе регулируемых тарифов⁴⁶. Однако обязательство о предоставлении доступа к газопроводам третьим лицам действует лишь в отношении одной трети мощностей транспортной компании. Среди мер, фигурирующих в кодексе, значится указание на необходимости выделения подразделения вертикально интегрированной компании, ответственного за транспортировку (*unbundling*), в форме передачи функций и активов третьему лицу. Корпорация *GAIL* запросила Верховный суд Дели на предмет обязательности данного требования. Суд в решении от 23 апреля 2014 г. указал на юридически необязательный характер данного требования Кодекса⁴⁷.

⁴³ Компания *GAIL Ltd (Gas Authority of India Limited)* была учреждена Министерством Нефти и природного газа в августе 1984 г. в качестве публичной компании (*Central Public Sector Undertaking, PSU*). Организация была назначена ответственной за строительство, управление и сохранение трубопровода *Hazira — Vijaypur — Jagdishpur (HVJ)*, в свое время бывшего одним из самых протяженных на планете (длиной более 1800 км). Впоследствии компания *GAIL* построила более 9500 км газопроводов. Сегодня она занимает около 78% индийского рынка транспортировки природного газа История компании *Gail Ltd*. Режим доступа: http://www.gail.nic.in/final_site/successstory.html. Дата обращения: 12.08.2016.

⁴⁴ За последние 10 лет длина газотранспортной сети увеличилась в два раза. См.: U.S. Energy Information Administration. Режим доступа: <http://www.eia.gov/countries/cab.cfm?fips=SF>. Дата обращения: 20.08.2016.

⁴⁵ Кодекс поведения компаний на газовом рынке от 17 июля 2008 г. Режим доступа: [http://www.pngrb.gov.in/OurRegulation/pdf/Gazette-Regulation/English/GSR540\(E\)-E.pdf](http://www.pngrb.gov.in/OurRegulation/pdf/Gazette-Regulation/English/GSR540(E)-E.pdf). Дата обращения: 12.08.2016.

⁴⁶ Официальный сайт Бюро нефти и природного газа Индии. Режим доступа: <http://www.pngrb.gov.in>. Дата обращения: 12.08.2016.

⁴⁷ Отчет о деятельности Бюро нефти и природного газа Индии 2015-2016 гг. Режим доступа: [http://www.pngrb.gov.in/pdf/annualreports/Annual-Report2015-16\(English\).pdf](http://www.pngrb.gov.in/pdf/annualreports/Annual-Report2015-16(English).pdf). Дата обращения: 12.08.2016.

2.3. Правовое регулирование дистрибуции и поставки природного газа

Как уже упоминалось выше, в ЮАР действует лицензионная система в отношении дистрибуции и поставки природного газа. Потребитель свободно выбирает поставщика, который в свою очередь имеет право доступа к сетям дистрибьютора, обладающего исключительными правами в отношении определенной территории. Дистрибьютор получает права на строительство, управление и обязан осуществлять поставку по требованию любого потребителя, если предоставление этой услуги является экономически рентабельным. В регионах, в которых отсутствует конкуренция, максимальная цена устанавливается газовым регулятором⁴⁸. Тарифы (в виде максимальной цены) фиксируются для всех категорий потребителей исходя из затрат, стоимости на альтернативные энергетические ресурсы. При этом их уровень должен позволять предпринимателям иметь возможность возместить инвестиции в газовую промышленность. *NERSA* рассматривает обращения потребителей по поводу поставки природного газа, установления завышенных цен и тарифов и в отношении любой дискриминации, осуществляемой лицензиатом. На сегодняшний день *Sasol Gas* является основным поставщиком, что не удивительно в условиях незначительного количества потребителей.

Получение прав на оказание услуг и строительство трубопроводов дистрибуции в Индии осуществляется по результатам аукционов, организуемых *PNGRB*. Дистрибьюторы получают также эксклюзивные права поставки газа физическим лицам, малым и средним компаниям сроком на пять лет. В аукционах на равной основе имеют право участвовать как иностранные, так и индийские компании. В 2008, 2009 г. прошло несколько раундов. По состоянию на 2009 г. лишь в 41 городе существовали сети дистрибуции, однако в течение следующих 10 лет *PNGRB* планирует проложить газопроводы более чем в 250 городах.

В сфере поставки, впрочем так же как и транспортировки, доминирует компания *GAIL*, контролируя более 51% рынка природного газа страны. Дело в том, что весь газ, добываемый *ONGC*, продает на рынке именно эта компания, в то время как фирма *OIL* по историческим и географическим причинам сама реализует добытый ею газ. Также поступают и компании *Cairn Energy* и *GSPC*. В последнее время стали развиваться небольшие региональные компании-дистрибьютеры, однако действуют они, как правило, в качестве совместных предприятий с *GAIL*, например: *Indraprastha Gas Ltd (IGL)* (Дели), *Mahanagar Gas* (Мумбай) и *Gujarat Gas Company Ltd (GGCL)* (Гуаджарат).

⁴⁸ Тарифы устанавливаются в соответствии с методологией «Об установлении максимальных цен на природный газ» 2011 г. Режим доступа: <http://www.nersa.org.za/Admin/Document/Editor/file/Piped%20Gas/Pricing%20and%20Tariffs/Pricing%20Decisions/Current/Methodology%20to%20approve%20Maximum%20Prices%20for%20Piped-Gas%20in%20South%20Africa.pdf>. Дата обращения: 20.08.2016.

Одной из причин отсутствия развития сетей дистрибуции в Индии являются особенности и тарифной политики, которая ранее не стимулировала инвесторов. Сегодня газ, производимый *ONGC* и *OIL*⁴⁹, а также добытый в блоках, распределяемых в соответствии с *NELP* и *pre-NELP* (если соглашением о разделе продукции предусматривалось утверждение цены Правительством⁵⁰), реализуется по цене, определяемой Правительством. Начиная с 2014 г. фиксирование тарифов происходит каждые шесть месяцев исходя из средней цены на рынках Европы, Северной Америки и России⁵¹. В остальных случаях газ, добытый совместными предприятиями, частными компаниями, реализуется по цене, зафиксированной в соглашениях о разделе продукции. Тарифы на СПГ полностью дерегулированы⁵².

2.4. Правовое регулирование экспорта-импорта природного газа

Природный газ является объектом экспортно-импортного контроля, таким образом, компания или индивид, планирующие экспортировать или импортировать газ в ЮАР, нуждаются в получении соответствующего разрешения. Выдача данных прав осуществляется Комиссией по управлению международной торговлей с согласия Департамента энергетики. Разрешения по импорт действуют в течение 12 месяцев, а на экспорт — шести⁵³.

В Индии до *NELP* частные добывающие компании в соответствии с соглашениями о разделе продукции продавали газ Правительству по фиксированной цене и лишь в исключительных случаях могли его экспортировать [11]. Сегодня экспорт возможен только в случае, если в предшествующем году был удовлетворен внутренний спрос на природный газ. В таком случае действие обязательства по продаже газа в Индии приостанавливается на период, установленный Правительством, и компании получают право экспортировать свою долю добытого природного ресурса. Импорт природного газа в Индии осуществляется на основе лицензий, выдаваемых Министерством нефти и природного газа. Однако до сих пор государство не соединено с соседними. Существуют лишь проекты газопроводов: Туркменистан–Афганистан–Пакистан–Индия (*TAPI*),

⁴⁹ С 1959 до 1987 г. цены на природный газ устанавливались самостоятельно *ONGC* и *OIL*.

⁵⁰ Цены устанавливаются на основе *New Domestic Natural Gas Pricing Guidelines 2014* Режим доступа: <http://petroleum.nic.in/docs/NewNaturalGasPricingGuidelines.pdf>. Дата обращения: 12.08.2016.

⁵¹ До 2014 г. регулируемая цена была ниже рыночной, что ставило участников рынка в неравное положение.

⁵² U.S. Energy Information Administration. India. Режим доступа: <https://www.eia.gov/beta/international/analysis.cfm?iso=IND>. Дата обращения: 12.08.2016.

⁵³ South Africa Government Services. Import or export permits for petroleum products. Режим доступа: http://www.services.gov.za/services/content/Home/OrganisationServices/Import/Importandexportpetroleumproducts/en_ZA. Дата обращения: 20.08.2016.

Мьянма–Индия, Иран–Пакистан–Индия, таким образом импортируется СПГ из Катара, Австралии, России, Египта, Омана, Нигерии, Индонезии⁵⁴.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Анализ состояния газовой промышленности Индии и ЮАР показал, что страны имеют много общего. Оба государства обладают незначительными резервами природного газа, в тоже время для удовлетворения растущего спроса на ресурс Правительства стараются развивать собственную добычу, а не полагаться только на импорт.

В условиях дефицита природного газа принципиальной стала разработка правового регулирования, способного создать условия для привлечения частных инвестиций в данный сектор экономики. В результате в ЮАР было разработано ясное, понятное, кодифицированное законодательство.

В то же время в Индии изменения коснулись лишь подзаконного регулирования. Интересно отметить, что в обоих государствах были учреждены сразу два специализированных регулятора (чего нет даже в Европейском Союзе): для *upstream* сектора (разведка, добыча) в Индии — Генеральное управление по углеводородам, в ЮАР — Нефтяное агентство ЮАР; для *midstream-downstream* сектора (транспортировка, дистрибуция, поставка) — Национальный энергетический регулятор ЮАР и Бюро нефти и природного газа Индии.

В то же время, несмотря на разработку нового регулирования, учреждение специальных органов и провозглашение демонополизации данного сектора экономики, не была реализована основная мера по обеспечению либерализации — разделение видов деятельности (*unbundling*). Во всяком случае, именно она представляется ключевой для обеспечения конкуренции законодателю ЕС, опыт которого безусловно учитывался при разработке нового регулирования.

Данная мера в Индии является лишь рекомендацией к участникам рынка. Законодательством ЮАР, в свою очередь, предусматриваются лишь меры для ограничения злоупотреблений вертикально-интегрированными компаниями: деятельность должна осуществляться при помощи использования отдельных счетов, кросс-субсидирование не допускается.

Представляется интересным и опыт данных стран по стимулированию инвестиций в отдельных секторах газовой промышленности. Существенные отличия проявляются главным образом в сфере производства природного газа. Если

⁵⁴ Индия стала участником рынка СПГ в марте 2004 г., закончив строительство терминала *Dahej LNG*. Для осуществления операций по импорту было создано совместное предприятие *Petronet LNG Limited* с участием *GAIL, IOCL, Bahrat Petroleum, GDF Suez, the Asian Development Bank* и *ONGC*. Второй СПГ терминал мощностью 4.8 миллиарда кубических метров, расположенный в г. Хазира (*Hazira*), был введен в эксплуатацию в апреле 2005 г. Третий терминал в *Dabhol-Ratnagiri* имеет мощность миллиарда кубических метров.

в Индии в секторе добычи природного газа используется контрактная форма — соглашение о разделе продукции, то в ЮАР более жесткая — лицензионная. В то же время в остальных секторах применяются схожие принципы регулирования. В обеих странах осуществляется государственное регулирование тарифов, деятельность по транспортировке, хранению, дистрибуции и поставке природного газа осуществляется на основе лицензии. Значимая особенность правового регулирования состоит в том, что в Индии и ЮАР, несмотря на некоторые гарантии обеспечения доступа к газотранспортной системе третьих лиц (использование правила *use it or lose it*, принципа недискриминации и пр.), регулируемый доступ к сети, как в ЕС, так и не был закреплен. Транспортные компании по-прежнему сохраняют свободу управления своими активами лишь с некоторыми ограничениями. Таким образом, при реформировании законодательства Индия и ЮАР, провозглашая принципы либерализации отрасли, не в полной мере заимствовали инструменты, выработанные государствами, обладающими значительным опытом в данной сфере.

Анализируя эффективность реформирования отрасли, отметим, что Правительство Индии, несмотря на менее системный подход и схожий характер правового регулирования, в отличие от ЮАР достигло более значительных успехов. Было проведено большее число разведывательных работ, добывается больше газа. Возможно, этот факт объясняется проявленной политической волей индийского правительства.

Несмотря на успехи правительства Индии, для привлечения инвестиций в энергетический сектор по-прежнему сохраняется потребность в более четком и ясном правовом регулировании.

Другая индийская проблема — проблема коррупции и необходимость упрощения административных процедур. Компании не должны взаимодействовать с таким количеством государственных органов, от каждого из которых им требуется получение разрешения или одобрения [12. Р. 203]. Выявить же недостатки правового регулирования газовой промышленности в ЮАР гораздо сложнее. В государстве изначально менее развита инфраструктура, а законодательство, регулирующее газовую отрасль экономики, только вступило в силу и, наверное, было бы преждевременным делать выводы.

В заключение отметим, несмотря на несовершенство правового регулирования, и отсутствие значимых особенностей в сравнении с опытом передовых стран, полагаем необходимым исследовать дальнейший опыт реализации законодательства Индии и ЮАР и его реформирования. Изучение действий правительства по привлечению инвестиций в различных социально-экономических условиях может быть полезным и быть востребованным законодателем любого государства.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Youseff K., Mutanga Sh.* Energy revolution in Africa and its future potential in supplying energy to the world // Thokozani S., Abdel-Rahman M., editors. *Energy Transition in Africa*. Pretoria 0001; South Africa: Africa Institute of South Africa, 2011. P. 1–18.
- [2] *Linde M. van der*, editor. *Compendium of South African Environmental Legislation*. Pretoria; South Africa: Pretoria University Law Press, 2006. 565 p.
- [3] *Karanjia V.P.* Why India Matters: The Confluence of a Booming Economy, an Activist Supreme Court, and a Thirst for Energy // *The Villanova Environmental Law Journal*. 2009. Vol. 20. Iss. 1. P. 49–74.
- [4] *Cox P.T.* Electricity and Natural Gas in India: An Opportunity for India's National Oil Companies // *Houston Journal of International Law*. 2015. Vol. 37. N 3. P. 893–926.
- [5] *Bath D.S.* Legal Aspects of Oil and Gas Projects in India // *Australian Mining and Petroleum Law Journal*. 1999. Vol. 18. N 3. P. 221–240.
- [6] *Correau A-S.* Natural Gas in India, 2010 // URL: http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/natural_gas_india_2010.pdf (Дата обращения: 12.08.2016).
- [7] *Défis énergétiques et droit international / sous la dir. de S. Doumbé-Billé.* Bruxelles: Larcier, 2011. 376 p.
- [8] *Grand E., Veyrenc Th.* L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations. Paris: Economica, 2011. 564 p.
- [9] *Lemaire Ch.* Energie et concurrence: Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz. T. II. Aix-en-Provence: Presses universitaire d'Aix Marseille, 2003. 817 p.
- [10] *Chevalier J.-M., Percebois J.* Gaz et électricité: un défi pour l'Europe et pour la France. Paris: La documentation française, 2008. 147 p.
- [11] *Jain A., Sen A.* Natural Gas in India: An Analysis of Policy. 2011 // URL:http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wpcontent/uploads/2011/05/NG_50.pdf (Дата обращения: 12.08.2016).
- [12] *Devidoss K.A.* Energizing the Indian Economy: Obstacles to Growth in the Indian. Oil and Gas sector and Strategies for Reform. Boston College International and Comparative Law Review. 2007. Vol. 30. Issue. 1. P. 199–210.

© Волков А.К., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Волков Александр Константинович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства Юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» — Санкт-Петербург.

Контактная информация:

e-mail: akvolkov@hotmail.com

LEGAL ASPECTS OF GAS INDUSTRY REGULATION IN INDIA AND REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

A.K. Volkov

National Research University Higher School of Economics — Saint-Petersburg
Law Faculty

17, Promyshlennaya st., Saint-Petersburg, Russia, 198099

The present paper is devoted to a study of the legal regulation of the relations in the gas industry of India and RSA. In the first instance the author represents the overall survey of the state of the gas industry in these countries and perspectives of its development. He finds out that they have a lot in common. Both do not have considerable gas reserves, at the same time the demand for the resource is higher than production in the State. However, the Governments endeavor to develop proper production and not to import the gas, to which end the reforms of the legal regulation were undertaken.

The present research is accented on the legal sources of regulation in that domain and the role of the international law. In the article the detailed analysis is made on legal regulation of activities of exploration, production of natural gas, on its transportation, distribution, commercialization, import-export activity in India and in RSA.

In conclusion the author resumes the results of the comparative legal analysis, estimating the models of regulation, pointing out their weaknesses and possible treatment for its correction.

The researcher comes to conclusion that in RSA the clear, comprehensible, codified legislation was elaborated. In the meantime, in India it is not the legislation which was changed but the sub legislative acts. In both States the special regulators were established.

Notwithstanding the proclaimed policy of deregulation of gas industry in India no unbundling measures were undertaken. The legislation of RSA in its turn foresee the measures of restriction of the abuse of dominant position by vertically integrated companies: the activity should be undertaken with the usage of separate bank accounts, the cross subsidization is forebeeden.

If in India in the domain of the gas production the supple form — product sharing agreements is used, in RSA — the license. In both countries there is a State regulation of tariffs, transportation, storage, distribution and gas supply are performed in virtue of license. In India the right to acces to transport system is secured only in respect of the one third of the transport capacities.

In spite of unsystematicity of indian approach to the regulation unlike RSA this State has reached more significant results: more explorations works were undertaken, more gas is produced.

Key words: BRICS; petrol; gas; legal aspects; energetics; India; RSA; energy law

REFERENCES

- [1] Youseff K, Mutanga Sh. *Energy revolution in Africa and its future potential in supplying energy to the world*. In: Thokozani S, Abdel-Rahman M, editors. *Energy Transition in Africa*. Pretoria 0001; South Africa: Africa Institute of South Africa; 2011. pp. 1–18.
- [2] Linde M van der, editor. *Compendium of South African Environmental Legislation*. Pretoria; South Africa: Pretoria University Law Press; 2006. 565 p.
- [3] Karanjia VP. Why India Matters: The Confluence of a Booming Economy, an Activist Supreme Court, and a Thirst for Energy. *Vill. Envtl. L.J.* 2009;20(1):49–74.
- [4] Cox PT. Electricity and Natural Gas in India: An Opportunity for India's National Oil Companies. *Houston Journal of International Law*. 2015;37(3):893–926.
- [5] Bath D.S. Legal Aspects of Oil and Gas Projects in India. *Australian Mining and Petroleum Law Journal*. 1999;18(3):221–240.

- [6] Correau AS. *Natural Gas in India*. 2010. Available from: http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/natural_gas_india_2010.pdf [Accessed 12th August 2016].
- [7] Doumbé-Billé S, editor. *Défis énergétiques et droit international*. Bruxelles: Larcier; 2011. 376 p. (In French).
- [8] Grand E, Veyrenc Th. *L'Europe de l'électricité et du gaz. Acteurs, marchés, régulations*. Paris: Economica; 2011. 564 p. (In French).
- [9] Lemaire Ch. *Energie et concurrence: Recherches sur les mutations juridiques induites par la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz*. Vol. II. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix Marseille; 2003. 817 p. (In French).
- [10] Chevalier J.-M., Percebois J. *Gaz et électricité: un défi pour l'Europe et pour la France*. Paris: La documentation française; 2008. 147 p. (In French).
- [11] Jain A, Sen A. *Natural Gas in India: An Analysis of Policy*. 2011. Available from: http://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2011/05/NG_50.pdf [Accessed 12th August 2016].
- [12] Devidoss KA. Energizing the Indian Economy: Obstacles to Growth in the Indian. Oil and Gas sector and Strategies for Reform. *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 2007;30(1):199–210.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Volkov Aleksandr K. — Candidate of Legal Sciences, Associate professor, Department of the Theory and History of Law and State, Law faculty, Higher School of Economics – Saint-Petersburg.

Contact information:

e-mail: akvolkov@hotmail.com



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-136-152

**ГОСУДАРСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ (НАДЗОР) —
ИНСТРУМЕНТ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ УГРОЗАМ
НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ
В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ ИЛИ СРЕДСТВО ЗАЩИТЫ
НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ:
СООТНОШЕНИЕ ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ИНТЕРЕСОВ**

В.П. Иванский, Г.В. Мельничук

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

В статье рассматривается проблема соотношения двух основополагающих ценностей — правовой защиты публичного и частного интересов в сфере обработки компьютерных данных. С одной стороны, использование информационно-коммуникационных технологий может служить потенциальной площадкой для подготовки, организации и реализации преступлений, угрожающих безопасности государству, обществу и личности. С другой, эти технологии являются средством сбора, хранения, преобразования и распространения приватной информации о гражданах (персональных данных). При этом важно отметить, что в соответствии с ФЗ от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» цель обработки персональных данных ограничена достижением заранее определенных и законных целей. Более того, Доктрина информационной безопасности РФ признает обеспечение и защиту неприкосновенности частной жизни при использовании информационных технологий *национальными интересами*. Тем не менее, наряду с обозначенными выше правовыми актами, направленными на защиту информации о частной жизни граждан, целью сбора, хранения и использования персональных данных согласно «закону Яровой» является противодействие терроризму и обеспечение общественной безопасности, то есть защита *публичного интереса*. Из сказанного вытекает, что законодательством регламентированы одновременно две взаимоисключающие друг друга цели обработки персональных данных. Между тем Роскомнадзор является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти по защите прав субъектов персональных данных, осуществляющим функции государственного контроля (надзора) за соответствием требований законодательства РФ, в том числе в части определения цели обработки персональных данных. По причине того, что цели обработки персональных данных являются законными, но противоречащими друг другу, то Роскомнадзор вынужден нарушать принцип беспристрастности при осуществлении контроля (надзора), изначально отставив публичные интересы, тем самым ущемляя частные, состоящие в защите информационного аспекта неприкосновенности сферы частной жизни граждан. В связи с указанными выше обстоятельствами авторы статьи предлагают найти баланс соотношения частного и публичного интересов в формировании независимой от государства системы национальных органов по защите персональных данных на основе законодательного опыта индустриально-развитых государств.

Ключевые слова: государственный контроль; информационная сфера; неприкосновенность частной жизни; терроризм; персональные данные; информационная безопасность; национальный орган по защите персональных данных

I. АБРИС НАУЧНО-ПРАВОВЫХ ПРОБЛЕМ ИССЛЕДОВАНИЯ

Развитие личности, общества и государства в различные исторические периоды всегда проходило и проходит через стадию кризиса, проявляющегося в их разнообразных взаимодействиях в отношении определения демаркационной линии публичной и частной сфер. В условиях развития компьютерных и информационно-телекоммуникационных технологий нахождение границы частного и публичного интересов становится с каждым разом все более затруднительным, особенно в свете недавно принятых законодательных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности. Между тем кризис выступает не только орудием расшатывания сложившейся системы ценностей, в которой пребывает общество и человек, но переломным моментом в осмыслении того огромного значения, которое несет в себе неприкосновенность частной жизни для развития правосознания человека.

В связи со сказанным имеются три пути выхода из кризиса: 1) перемещение государством прежде всего финансовых (материальных) ресурсов на укрепление и защиту сложившегося публичного правопорядка в информационной сфере; 2) направление материальных потоков на заимствование и внедрение исключительно ценностей (опыта) индустриально-развитых государств по расширению сферы частной жизни и ее правовой защиты при использовании информационно-коммуникационных технологий; 3) нахождение баланса между первым и вторым трендами. Возникает вопрос: какой концептуальный подход выхода из кризиса приемлем для российского государства?

Кроме того, следует сказать, что кризис, который охватил человека и общество (соответственно и государство), имеет качество системно-глобального [1. С. 44–52]. А это означает, что глобальный кризис затронул наиболее жизненно необходимые основы их существования — духовный мир, к которому следует отнести мировоззрение в самом широком смысле слова. При этом формирование конструктивного мировоззрения представляется возможным лишь в рамках эффективной защиты неприкосновенности частной жизни от разрушающей человеческую личность информации. Как раз право на невмешательство в частную жизнь обеспечивает возможность индивидууму оставаться наедине с самим собой — со своим «Я» для конституирования естественным для человеческой природы механизмом созидательного правосознания. По этой причине, изучая проблему соблюдения баланса между правовой защитой неприкосновенности частной жизни человека и обеспечением национальной безопасности в информационной сфере, следовало бы разобраться, какая информационная технология должна играть ключевую роль в формировании правосознания гражданина — органов публичной власти или врожденный самоорганизующий-

ся внутренний механизм человека? Иначе говоря, суть научно-правовой проблемы заключается в том, какая сфера — публичная или правовая — в большей степени отражает *национальный интерес* российского государства? И совпадают ли между собой публичный и национальный интересы?

Следующая научно-правовая проблема: можно ли оставлять инструмент контроля (надзора) в сфере обработки персональных данных, тем более в ситуации кризиса, лишь государственным органам, являющимся частью публичной администрации? И целесообразно ли передать осуществление функции государственного контроля (надзора) за соблюдением законности обработки персональных данных независимым от государства организациям?

II. ИЗЛОЖЕНИЕ ОСНОВНОГО МАТЕРИАЛА

Трансформационные процессы в российском обществе, начавшиеся еще в конце 80-х гг. XX в., связаны с наступлением информационно-сетевой эпохи и началом процесса глобализации [2. С. 73–78]. В последние годы обеспечение информационной безопасности государств (в том числе меры, принятые по противодействию экстремизма и терроризма) занимает одно из актуальнейших направлений научных исследований в юриспруденции [3; 4; 5. С. 43–66]. Это связано с повышенной террористической активностью, вызванной сменой государственно-политических режимов стран Северной Африки и Ближнего Востока. По этой причине в июле 2016 г. был принят антитеррористический «пакет (закон) Яровой» (названный так в СМИ и общественных дискуссиях в честь одного из его авторов — Ирины Яровой), состоящего из следующих федеральных законов:

1) Федеральный закон от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О противодействии терроризму” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности»¹ (далее по тексту — «закон (пакет) Яровой»);

2) Федеральный закон от 6 июля 2016 г. № 375-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности»².

¹ Федеральный закон от 06 июля 2016 г. № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О противодействии терроризму” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // Собрание законодательства РФ. 11.07.2016. № 28. Ст. 4558.

² Федеральный закон от 06.07.2016 № 375-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» // Собрание законодательства РФ. 11.07.2016. № 28. Ст. 4559.

5 декабря 2016 г. Указом Президента РФ № 646 была утверждена «Доктрина информационной безопасности Российской Федерации»³ (далее по тексту — Доктрина информационной безопасности № 646), раскрывающая официальные взгляды на обеспечение национальной безопасности в информационной сфере. Заслуживает также внимания проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства РФ», регулирующий порядок проведения государственного контроля в сфере обработки персональных данных⁴ (далее по тексту — Положение о госконтроле).

Рассмотрим указанные выше правовые акты через призму осуществления государственного контроля (надзора) в информационной сфере за соблюдением баланса между неприкосновенностью частной жизни человека и защитой интересов общества и государства.

Нормативным документом, раскрывающим Стратегию национальной безопасности Российской Федерации в информационной сфере, является Доктрина информационной безопасности № 646⁵, нормы которой должны приниматься во внимание при принятии законодательства в этой области в части соотношения публичных и частных интересов. Между тем информационная Доктрина регулирует *наиболее жизненно важные* общественные отношения, касающиеся стратегических целей и основных направлений обеспечения информационной безопасности государства (п. 3 Указа).

В связи с исключительной важностью указанных правовых отношений в современную эпоху считаем целесообразным пересмотреть уровень их регламентации — с подзаконного нормотворчества на уровень законотворчества. В этом случае нам удастся избежать коллизии в понимании приоритета целей обработки персональной информации — защита *публичных интересов* или защита неприкосновенности частной жизни в качестве *национального интереса*.

Другим нормативным правовым актом, устанавливающим дополнительные меры противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности в информационной сфере, является антитеррористический «закон Яровой». Основными его целями выступают: во-первых, расширение полномочий правоохранительных органов; во-вторых, новые требования к операторам связи и интернет-проектам; в-третьих, усиление регулирования религиозно-

³ Указ Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 12.12.2016. № 50. Ст. 7074.

⁴ Проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям Федерального закона «О персональных данных» (подготовлен Роскомнадзором). Режим доступа: <http://www.economy.gov.ru/>. Дата обращения: 03.0.2017.

⁵ См. п. 3 Указа Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 12.12.2016. № 50. Ст. 7074.

миссионерской деятельности [б. С. 15–18]. В рамках заявленной темы статьи следовало бы коснуться лишь обязанностей операторов и организаторов распространения информации в сети «Интернет» в соответствии с Федеральным законом от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ. Статьи 15 и 64 данного Закона возлагают на операторов связи и организаторов распространения информации в сети «Интернет» обязанности хранения на территории РФ с 1 июля 2018 г. текстовые сообщения пользователей услугами связи, голосовую информацию, изображения, звуки, видео-, иные сообщения пользователей. Срок такого хранения может составлять до шести месяцев с момента окончания их приема, передачи, доставки или обработки. Информацию о фактах приема, передачи, доставки и (или) обработки голосовой информации, текстовых сообщений, изображений, звуков, видео- или иных сообщений пользователей услугами связи операторы связи обязаны хранить в течение трех лет, а организаторы распространения информации в сети «Интернет» — в течение одного года с момента окончания осуществления таких действий.

Помимо хранения такой информации операторами связи и организаторами распространения информации в сети «Интернет» последние обязаны предоставлять указанную информацию уполномоченным государственным органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность или обеспечение безопасности РФ. Указанные положения, по нашему мнению, противоречат пп. «а» п. 8 Доктрины информационной безопасности РФ от 05.12.2016 № 646⁶, где обеспечение и защита неприкосновенности частной жизни как конституционного права выступают *национальными интересами* в информационной сфере, а также пп. 1 п. 1 ст. 6 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»⁷ (далее по тексту — ФЗ № 152) в части получения согласия на обработку персональных данных. Иначе говоря, национальными интересами в информационной сфере являются не противодействие терроризму и обеспечение общественной безопасности, а защита неприкосновенности информационного аспекта сферы частной жизни граждан. Между тем террористические и экстремистские организации широко используют механизмы деструктивного информационного воздействия на сознание человека и общества в целях нанесения ущерба объектам критической информационной инфраструктуры (п. 13 Доктрины). В связи с этим необходим баланс между потребностью граждан в свободном обмене информацией и ограничениями, связанными с обеспечением национальной безопасностью (пп. «в» п. 34 Доктрины).

⁶ См.: пп. «а» п. 8 Указа Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 12.12.2016. № 50. Ст. 7074.

⁷ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О персональных данных» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

Исходя из сказанного, вытекает, что «закон Яровой» защищает *публичный интерес*, не соответствующий *национальному интересу*, отраженному в требованиях ФЗ № 152 и предписаниях Стратегии информационной Доктрины и представляющий собой защиту неприкосновенности частной жизни личности [7. С. 112–117]. Возникает следующий вопрос: какой государственный орган или организация возьмет на себя функцию соблюдения данного баланса посредством осуществления контроля (надзора) и как обеспечить механизм такого баланса интересов?

В настоящее время органом исполнительной власти, осуществляющим государственный контроль и надзор в информационной сфере, является Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор). В рамках изучения вышеобозначенной проблемы следовало бы сделать научный срез прежде всего не на действующем Положении о Роскомнадзоре, утвержденном Постановлением Правительства РФ 16.03.2009 г. № 228⁸ (далее по тексту — Положение о Роскомнадзоре № 228 от 16.03.2009), в котором отсутствует регламентированный порядок проведения госконтроля в сфере обработки персональных данных, а на проекте Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям Федерального закона «О персональных данных»⁹. Согласно п. 1 раздела I Положения о Роскомнадзоре № 228 от 16.03.2009 Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций осуществляет функции по контролю и надзору за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства Российской Федерации в области персональных данных. Кроме того, Роскомнадзор является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти по защите прав субъектов персональных данных. Продолжим обсуждение указанной выше проблемы коллизии нормативных правовых актов — Указа Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» и Федерального закона от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О противодействии терроризму” и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» в русле анализа полномочий Роскомнадзора.

⁸ Постановление Правительства РФ от 16.03.2009 № 228 (ред. от 01.07.2016) «О Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций» (вместе с «Положением о Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций») // Собрание законодательства РФ. 23.03.2009. № 12. Ст. 1431.

⁹ Проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям Федерального закона «О персональных данных» (подготовлен Роскомнадзором). Режим доступа: <http://www.economy.gov.ru/>. Дата обращения: 03.01.2017.

С точки зрения подхода российской правовой доктрины закон обладает высшей юридической силой по сравнению с Указом Президента РФ. Тем не менее, Указ Президента РФ от 05.12.2016 № 646 регулирует наиболее жизненно важные общественные отношения в сфере информационной безопасности нашего государства, в том числе обеспечение и защита неприкосновенности частной жизни в информационной сфере. Одним из полномочий Роскомнадзора является осуществление государственного контроля и надзора за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства РФ в области персональных данных (п. 5.1.1.4 Положения Роскомнадзора № 228 от 16.03.2009). Из последнего нормативного положения возникает следующий вопрос: как следует трактовать понятие «законодательство» – в широком (включает законы и подзаконные акты) или узком значении (только законы)?

Согласно статье 4 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» законодательство РФ в области персональных данных основывается на Конституции Российской Федерации и международных договорах Российской Федерации и состоит из настоящего Федерального закона и других определяющих случаи и особенности обработки персональных данных федеральных законов¹⁰. Следовательно, в Положении о Роскомнадзоре № 228 от 16.03.2009 законодательство понимается исключительно в узком понимании своего значения. Тогда Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций обязана руководствоваться Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» и Федеральным законом от 6 июля 2016 г № 374-ФЗ. Между тем в ст. 2 ФЗ № 152 говорится о цели данного закона — это обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных, в том числе *защиты прав на неприкосновенность частной жизни*. Согласно статьям 15 и 64 ФЗ № 374 операторы связи и организаторы распространения информации в сети «Интернет» обязаны *без согласия* субъекта персональных данных хранить перечисленную выше информацию. Тем не менее, ч. 1 ст. 24 Конституции РФ от 12.12.1993 гласит, что сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица *без его согласия* не допускаются [8]. Помимо нарушения условий обработки персональных данных (ст. 6 ФЗ № 152 — требуется также согласие), цели обработки персональных данных, в том числе их хранение, трактуются указанными законами по-разному: согласно ФЗ № 152 — обеспечение защиты права человека на неприкосновенность частной жизни, а ФЗ № 374 — противодействие терроризму и обеспечение общественной безопасности. Другими словами, обработка персональных данных должна ограничиваться достижением конкретных, заранее определенных и законных целей: для ФЗ № 152 такой целью является защита частного интереса, а для ФЗ № 374

¹⁰ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О персональных данных» // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3451.

— это защита публичного интереса. Наряду с анализируемыми законами, как было сказано выше, следует обязательно учитывать информационную Доктрину РФ № 646, в которой обеспечение и защита неприкосновенности частной жизни объявлены национальными интересами. Теперь снова вернемся к государственному контролю (надзору) в части его осуществления за соответствием обработки персональных данных требованиям ФЗ № 152 и ФЗ № 374 с учетом изложенных выше положений информационной Доктрины РФ. Так, в соответствии с п. 9 упомянутого выше проекта Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям Федерального закона «О персональных данных» должностные лица Роскомнадзора, получив доступ к информационным системам персональных данных, оценивают законность деятельности по обработке на предмет их соответствия *целям* их обработки¹¹. Если одновременно действуют нормы ФЗ № 374 и ФЗ № 152, а также предписания информационной Доктрины РФ № 646, цели которых противоположны друг другу, то какими правовыми актами следует руководствоваться Роскомнадзору в осуществлении государственного контроля (надзора) — ФЗ № 152 или ФЗ № 374?

Иначе говоря, какую позицию выберет уполномоченный федеральный орган исполнительной власти по защите персональных данных (Роскомнадзор) — защита публичного или частного интересов, общества или конкретного человека? Ответ очевиден — Роскомнадзор всегда будет отстаивать только публичные интересы. Как тогда соблюсти баланс публичного (обеспечение общественной безопасности) и частного интересов (защита неприкосновенности частной жизни граждан) в информационной сфере?

Решение данной проблемы, как нам видится, лежит в плоскости формирования *независимой от государства* национальной системы органов по защите персональных данных, *per se* выражающими «систему сдержек и противовесов» по отношению к государственным органам и его должностным лицам. Подход и принципы к организации структуры органов, организаций и должностных лиц могут быть частично заимствованы из статей 5 «Цели и принципы аккредитации» и 6 «Состав участников национальной системы аккредитации» Федерального закона от 28.12.2013 № 412-ФЗ «Об аккредитации в национальной системе аккредитации» (далее по тексту — ФЗ № 412)¹² со следующей оговоркой. В соответствии с зарубежным законодательным опытом в области защиты персональных данных:

¹¹ Проект Постановления Правительства РФ «Об утверждении Положения о государственном контроле и надзоре за соответствием обработки персональных данных требованиям Федерального закона «О персональных данных» (подготовлен Роскомнадзором). Режим доступа: <http://www.economy.gov.ru/>. Дата обращения: 03.01.2017.

¹² Федеральный закон от 28.12.2013 № 412-ФЗ (ред. от 02.03.2016) «Об аккредитации в национальной системе аккредитации» // Собрание законодательства РФ. 30.12.2013. № 52 (часть I). Ст. 6977.

1) Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) как уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных (ст. 23 ФЗ № 152) должна быть исключена из этой структуры;

2) осуществление регистрационно-разрешительных, контрольно-надзорных, экспертных и методологических функций Роскомнадзора в сфере информационных технологий и связи должны быть переданы созданному законодательным актом национальному органу по защите персональных данных.

При этом важно отметить, что к создаваемой системе национальных органов по защите персональных данных, в том числе организациям и должностным лицам, должны предъявляться такие основные требования, как компетентность и независимость. Похожий подход отражен в описанных статьей 5 ФЗ № 412-ФЗ принципах аккредитации: компетентность, независимость, беспристрастность и т.д. Независимость от государства была необходимой потому, что государство с приходом информационно-коммуникационных технологий оказалось одной из сторон, заинтересованных в обработке и использовании персональных данных, и, следовательно, ни один из государственных органов не в состоянии был занимать позицию беспристрастного арбитра по отношению к коллизии прав субъекта персональных данных (данную коллизию мы описывали выше в рамках осуществления государственного контроля (надзора)).

III. ОБСУЖДЕНИЕ

Независимость национального органа (организации или должностного лица) по защите персональных данных в различных правовых системах обеспечивается разнообразными средствами: придание ему законом особого правового статуса; его местом в системе государственной власти; процедурой совместного назначения руководителя этого органа несколькими ветвями государственной власти; разделением административной подчиненности и подотчетности национального органа защиты данных между исполнительной и законодательной ветвями власти; прямым указанием закона и многими другими методами [9]. Мы не ставим целью в рамках статьи анализировать процедуру назначения и формирования национальных органов по защите данных — уполномоченных должностных лиц, коллегиальных органов и их полномочия, так как для этого потребуется отдельное исследование, но вместе с тем остановимся на обзоре законодательных актов, в соответствии с которыми создаются независимые от государства национальные органы.

Для англосаксонской правовой семьи в качестве национального органа, как правило, выступает уполномоченный по защите прав граждан на неприкосновенность частной жизни — *Privacy Commissioner*, назначаемый на должность Королевой Великобритании. В соответствии с *Privacy Act 1988* г.¹³ в Австралии

¹³ Privacy Act 1988 No 119 (registered 25 October 2016). Режим доступа: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00979>. Дата обращения: 02.01.2017.

учреждена должность *Privacy Commissioner* (федеральный прайвеси-комиссар). В Великобритании система органов по защите данных (неприкосновенности частной жизни) согласно *Data Protection Act 1998* г.¹⁴ включает в себя: 1) независимого национального Регистратора по защите данных и защите прав индивидуума на невмешательство в его частную жизнь в связи с автоматизированной обработкой персональных данных; 2) общенациональный суд (трибунал) по защите данных, выступающий судебной инстанцией, рассматривающий апелляции пользователей данных и компьютерного бюро на решения Регистратора по защите данных [10; 11; 12. P. 93–128; 13].

Более того, на основании *Data Protection Act 1998* г. британский Регистратор и его сотрудники могут приобретать статус государственных (гражданских) служащих лишь в тех случаях, когда такой статус необходим для предоставления Регистратору доступа к файлам данных, содержащим государственную тайну.

Отличительной особенностью канадской системы защиты частной жизни в соответствии с *Privacy Act 1983* г.¹⁵ является наличие отраслевых федеральных уполномоченных по защите данных. Другими словами, должностное лицо исполняет функции Уполномоченного по защите прав граждан на неприкосновенность частной жизни (*Privacy Commissioner*) в федеральных учреждениях и ведомствах, в банковско-кредитной сфере и других отраслях. Кроме того, *Privacy Act 1983* г. предусматривает назначение специального федерального Уполномоченного по информации для контроля за исполнением своих решений. Фактически, на должности федерального Уполномоченного по информации и федерального Уполномоченного по защите прав граждан на неприкосновенность частной жизни может быть назначено одно и то же лицо.

Национальный орган по защите данных, формируемый в рамках континентальной правовой семьи, как правило, представлен в законодательстве в отличие от системы общего права не одним должностным лицом, а системой коллегиальных органов.

В Австрии закон 1978 (2000) г. о защите данных¹⁶ установил структуру, состоящую из Совета по защите данных и Комиссии по защите данных [14.

¹⁴ *Data Protection Act*. Режим доступа: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29>. Дата обращения: 05.12.2016. Уточним, что UK *Data Protection Act* был принят в 1984 г. и обновлен в 1998 г. в связи с принятием Директивы Европейского Союза о защите данных в 1995 г. (EU Directive on Data Protection).

¹⁵ *Privacy Act 1983*. Режим доступа: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-21/>. Дата обращения: 05.01.2017.

¹⁶ *Data Protection Act 2000 (Datenschutzgesetz 2000 — DSG 2000)*. Режим доступа: <http://www.oecd.org/austria/privacyanddataprotectionresourcesaustria.htm>. Дата обращения: 02.12.2016). Austrian *Data Protection Act* был принят в 1978 г. В 2000 г. парламент принял новую редакцию Закона о защите данных (*Datenschutzgesetz 2000 — DSG 2000*, Федеральный законодательный Бюллетень I № 165/1999) в рамках реализации Директивы ЕС о защите данных.

Р. 229–231]. Комиссия по защите данных (ст. 41 DSG 2000) осуществляет полномочия надзора за публичным и частным секторами, административного суда, проведения расследований и наделена другими функциями. Совет по защите данных (ч. 7 ст. 35 DSG 2000) состоит из представителей политических партий, федерального и земельных правительств, муниципалитетов, организаций работодателей и наемных работников. Основными полномочиями этого органа являются подготовка предложений для федерального и земельных правительств по улучшению этих законов, проведение мониторинга в отношении ущерба, который нанесен субъектам данных в результате обработки их данных, затребование информации и отчетов по вопросам обработки данных от организаций публичного и частного секторов и другие функции.

Бельгийским законодательным актом 1992 г. о защите частной жизни при обработке персональных данных¹⁷ также учреждается специальный независимый орган власти — Комиссия по защите неприкосновенности частной жизни (Commission for the protection of privacy), полномочия которой, как и других подобных национальных органов, состоят прежде всего в осуществлении контрольных и надзорных функций за обработкой всех данных, предоставлении консультаций по защите данных и выступает медиатором в случае возникновения правовых конфликтов в сфере обработки данных.

Национальная система органов по защите данных в Германии регламентируется Федеральным законом 1990 (2003) года о защите данных¹⁸. В соответствии с этим законом организацией контроля за деятельностью всех федеральных органов и подчиненных им структур, занятых сбором и обработкой персональных данных, за соблюдением всех требований Закона 1990 г., занимается Федеральный уполномоченный по защите данных [15. С. 322–326; 16. С. 29–44]. Согласно статье 1 параграфа 22 Закона 1990 г. Федеральный уполномоченный выбирается Бундестагом по представлению Федерального правительства и назначается на должность Федеральным президентом. Федеральный уполномоченный осуществляет контрольно-надзорные, регистрационные и экспертно-консультативные функции. Кроме того, на региональном уровне Земельные уполномоченные по защите данных назначаются правительствами земель, объемом полномочий и функций которых регламентируются законами земель. Законом 1990 г. также предусмотрены уполномоченные по защите данных в организациях, которые заняты обработкой персональных данных. Деятельность этих уполномоченных ограничена лишь контрольно-надзорными функциями.

¹⁷ Act on the Protection of Privacy in Relation to the Processing of Personal Data. Режим доступа: http://www.slideshare.net/Johan_Vdd/data-protection-act-8-dec-1992-consolidated-version-v1. Дата обращения: 01.11.2016.

¹⁸ Federal Data Protection Act. Режим доступа: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsq. Дата обращения: 01.11.2017.

И последний вопрос, требующий тщательного анализа в рамках уже самостоятельного исследования, — это проблема изучения государственного контроля в качестве механизма формирования правосознания граждан. Органы государственной власти с помощью разнообразных информационных технологий могут воздействовать на формирование правосознания (мировоззрения) человека путем закрепления публичных интересов — государственной *идеологии*, с одной стороны. Поэтому в статьях Конституции РФ у нас до сих пор отсутствует закрепление какой-либо идеологии, в том числе и государственной. И это, на наш взгляд, было верным концептуальным решением при разработке проекта Конституции РФ. Должна быть конкуренция разнообразных идеологий, которая предоставляет возможность выбора человеком любого мировоззрения — *свобода совести*. С другой, государственные органы могут создать условия (материальные и законодательные) для формирования правового механизма, обеспечивающего неприкосновенность частной жизни. В чем его суть?

Государство должно быть инструментом осуществления контроля (надзора), связанного с тем, чтобы деятельность субъектов, распространяющих информацию, в том числе и массовую, не была направлена на нарушение неприкосновенности частной жизни, выражающееся в активном или пассивном воздействии на сознание человека этой информации.

Однако государство выступает на конкурентном рынке идеологий фактически *монополистом*, то есть носителем определенных взглядов (ценностей), которые с помощью информационно-компьютерных технологий навязываются человеку и обществу в целом. В ситуации постоянного потока информации, предоставляемой СМИ, индивид не имеет возможности ее освоить, понять ее созидающие или разрушающие последствия на формирование его целостной личности. По этой причине государство должно гарантировать человеку правовую защиту неприкосновенности его частной жизни [17. Р. 543–568; 18], выражающейся не только в возможности ему пребывать наедине с самим собой, но и в возможности правовой защиты его информационного пространства от воздействия разнообразных идеологий, в том числе государственной. Но могут ли государственные органы, осуществляющие государственный контроль (надзор), не являться носителями государственной идеологии? В этом и состоит суть проблемы.

IV. ВЫВОДЫ

Из сказанного выше можно заключить, что:

1) государственный контроль (надзор) в информационной сфере в контексте темы нашей статьи — это проверка Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) деятельности организаторов распространения информации в сети «Интернет» и операторов связи, осуществляющих обработку персональных данных,

направленной на предупреждение, выявление и пресечение нарушений требований законодательства РФ в области персональных данных;

2) вместе с тем осуществление государственного контроля за требованиями законодательства в информационной сфере становится изначально предвзятым, если между нормами федеральных законов обнаруживается коллизия в части определения цели обработки персональных данных: защиты публичного интереса в целях борьбы с терроризмом и обеспечением общественной безопасности либо защиты информационного аспекта неприкосновенности сферы частной жизни граждан;

3) по причине того, что Роскомнадзор, наделенный контрольно-надзорными полномочиями, выступает уполномоченным органом по защите прав субъектов персональных данных, учрежденного исключительно исполнительной властью, то данный государственный орган будет обязан руководствоваться прежде всего защитой публичного интереса, что приводит к нарушению баланса между публичным и частным интересами;

4) в целях сохранения указанного баланса интересов и беспристрастного государственного контроля (надзора) в информационной сфере предлагаем сформировать в Российской Федерации систему национальных органов по защите неприкосновенности частной жизни в сфере обработки персональных данных, основанную на принципах независимости от государства, компетентности и беспристрастности. За базовую модель построения такой системы органов, формирования состава их членов можно взять законодательный опыт федеративных государств, например Австрии и Германии, близких нам как по форме государственно-территориального устройства, так и по характеристикам правовой системы.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] Ковалев С.И., Иванская А.В. Проблемы правовой защиты информации частного характера в условиях развития научно-технического прогресса // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2014. № 1. С. 44–52.
- [2] Демин А.А. Ценностные основания формирования идентичности сообщества // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2015. № 2–1(52). С. 73–78.
- [3] Новая парадигма защиты и управления персональными данными в Российской Федерации и зарубежных странах в условиях развития систем обработки данных в сети интернет / под ред. А.С. Дупан (Гутниковой). М.: Издательский дом ВШЭ, 2016. 344 с.
- [4] Бачило И.Л., Сергиенко Л.А., Кристальный Б.В., Арешев А.Г. Персональные данные в структуре информационных ресурсов. Основы правового регулирования. Минск: Беллітфонд, 2006. 474 с. [Bachilo IL, Sergienko LA, Kristal'nyi BV, Areshev AG. *Personal'nye dannye v strukture informatsionnykh resursov. Osnovy pravovogo regulirovaniya*
- [5] Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху больших данных (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 43–66.

- [6] *Карпович О.Г.* Сравнительно-правовой анализ «Закона Яровой» и «Акта патриота» // Закон и право. 2016. № 9. С. 15–18.
- [7] *Болгова В.В.* Публичный интерес и неприкосновенность частной жизни: некоторые проблемы баланса // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2016. Т. 1. № 2. С. 112–117.
- [8] *Любимов А.П., Авдеев М.Ю.* Конституционное право на неприкосновенность частной жизни в России и зарубежных странах. М.: Юркомпани, 2015. 216 с.
- [9] *Bygrave L.A.* Data Privacy Law: An International Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2014. 272 p.
- [10] *Calo M.R.* Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere) // Notre Dame Law Review. 2012. Vol. 87. Issue. 3. P. 1027–1072.
- [11] *Carey P.* Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law. 2nd ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2004. 532 p.
- [12] *Crawford K., Schultz J.* Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms // Boston College Law Review. 2014. Vol. 55. Issue. 1. p. 93–128.
- [13] *Freedman W.* The right of privacy in the computer age. New York: Quorum Books, 1987. 163 p.
- [14] *Mantelero A.* The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the 'right to be forgotten' // Computer Law & Security Review. 2013. Vol. 29. Issue. 3. p. 229–231.
- [15] *Горелихина О.А., Шлиньков А.А.* Правовая защита персональных данных в Германии // Вопросы экономики и права. 2012. № 45. С. 322–326.
- [16] *Проскуракова М.И.* Конституционно-правовые основы защиты персональных данных в России и Германии в истолковании органов конституционного правосудия // Сравнительное конституционное обозрение. 2015. № 1(104). С. 29–44. *McDonald A.M., Cranor L.F.*, The Cost of Reading Privacy Policies // Journal of Law and Policy for the Information Society. 2008. Vol. 4. N. 3. P. 540–568.
- [17] *Murphy R.* Social Distance and Veil // Philosophical Dimensions of Privacy. An Anthology / Ed. by F.D. Schoeman. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1984. x, 426 p.

© Иванский В.П., Мельничук Г.В., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ:

Иванский Валерий Прокопьевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов.

Контактная информация:

e-mail: ivansky_valera@mail.ru

Мельничук Григорий Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права Юридического института Российского университета дружбы народов.

Контактная информация:

e-mail: gregory@melnichuk.org

**STATE CONTROL (SUPERVISION) IS A TOOL
OF THREAT COUNTERMEASURE TO NATIONAL SECURITY
IN THE INFORMATION SPHERE OR MEANS
OF PRIVACY PROTECTION:
BALANCE OF PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS**

V.P. Ivanskiy, G.V. Melnichuk

RUDN University

Law Institute

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

The article discusses some problems related to the ratio of two fundamental values — the legal protection of the public and the private interests in the sphere of computer data processing. On one hand, the use of information and communication technologies is potentially utilized as networking platforms for the preparation, organization, and implementation of crime and thereby is threatening the security of the state, society, and the individual. However, these technologies are a means of data collection, storage, conversion, and the distribution of private information about citizens' (personal data). It is important to note the threat to public order and the inviolability of privacy forming in the information sphere is being addressed in the context of the adopted package of amendments designed to ensure public safety and security, as well as counter-terrorism, which is called the “Yarovaya Law”, Information Security Doctrine of the Russian Federation, Russian Federal Law on Personal Data Protection, and additionally as the Russian Federation Government Draft Resolution on State Control and Supervision over the Compliance of Personal Data Processing with the Requirements of the Personal Data Legislation of the Russian Federation.

However, in accordance with the Federal Law on Personal Data, the purpose of processing personal data is limited to the achievement of pre-defined and legitimate objectives. Moreover, the Information Security Doctrine of the Russian Federation recognizes the security and protection of privacy when using information technology vis-à-vis national interests. However, along with the above indicated regulations aimed at protecting the information on the private lives of citizens, the purpose of collection, storage, and use of personal data according to the “Yarovaya Law” is counter-terrorism and public safety. It follows that the legislation regulates both mutually exclusive purposes of processing personal data. Meanwhile, Roskomnadzor is an authorized federal executive for the protection of the personal data bearing subjects' rights, carrying out state control (supervision) functions over compliance requirements of legislation of the Russian Federation, which include the definition of the purpose of processing of personal data. Due to the fact that purposes of processing of personal data are legitimate, but conflicting with each other, the Roskomnadzor is forced to violate the principle of impartiality in the implementation of the control (supervision), initially defending the public interest, thereby infringing upon them and consisting of the protection of the information aspect of the inviolability of private life. In connection with the above-mentioned circumstances, the authors propose is to balance public and private interests in the formation of a supervisory bodies system for the protection of personal data based on the legislative experience of developed countries.

Key words: state control; information sphere; privacy; terrorism; personal data; information security; the national authority for the protection of personal data

REFERENCES

- [1] Kovalev SI, Ivanskaya AV. Legal defense problems of the confidential information in the conditions of scientific-technological progress development. *RUDN Journal of Law*. 2014;1:44–52. (In Russian).
- [2] Demin AA. Value Bases of Community Identity Formation. *Historical, Philosophical, Political and Law Sciences, Culturology and Study of Art. Issues of Theory and Practice*. 2015;2–1(52):73–78. (In Russian).
- [3] Dupan (Gutnikova) AS, editor. *Novaya paradigma zashchity i upravleniya personal'nymi dannymi v Rossiiskoi Federatsii i zarubezhnykh stranakh v usloviyakh razvitiya sistem obrabotki dannykh v seti internet* [New paradigm of protection and management of personal data in the Russian Federation and foreign countries in the conditions of development data processing systems on the Internet]. Moscow: HSE Publishing House; 2016. 344 p. (In Russian).
- [4] Bachilo IL, Sergienko LA, Kristal'nyi BV, Areshchikov AG. *Personal'nye dannye v strukture informatsionnykh resursov. Osnovy pravovogo regulirovaniya* [Personal data in the structure of information resources. The legal regulation]. Minsk: Bellitfond; 2006. 474 p. (In Russian)
- [5] Savelyev AI. (2015) The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. 2015;1: 43–66. (In Russian).
- [6] Karpovich OG. “Yarovaya Law” and “Patriot Act” – comparative analysis. *Law and Legislation*. 2016;9:15–18. (In Russian).
- [7] Bolgova VV. Public Interest and Privacy: Some Balance Problems. *Vestnik of Volzhsky University after V.N. Tatishchev*. 2016;1(2):112–117. (In Russian).
- [8] Lyubimov AP, Avdeev MYu. *Konstitutsionnoe pravo na neprikosновенnost' chastnoi zhizni v Rossii i zarubezhnykh stranakh* [The constitutional right of privacy in Russia and foreign countries]. Moscow: Yurkompani; 2015. 216 p. (In Russian).
- [9] Bygrave LA. *Data Privacy Law: An International Perspective*. Oxford: Oxford University Press; 2014. 272 p.
- [10] Calo M.R. Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere). *Notre Dame Law Review*. 2012;87(3):1027–1072.
- [11] Carey P. *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*. 2nd ed. Oxford, New York: Oxford University Press; 2004. 532 p.
- [12] Crawford K, Schultz J. Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms. *B.C.L. Rev.* 2014;55(1):93–128.
- [13] Freedman W. *The right of privacy in the computer age*. New York: Quorum Books; 1987. 163 p.
- [14] Mantelero A. The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the ‘right to be forgotten’. *Computer Law & Security Review*. 2013;29(3):229–231. doi:10.1016/j.clsr.2013.03.010.
- [15] Gorelikhina OA, Shlin'kov AA. Pravovaya zashchita personal'nykh dannykh v Germanii [Legal protection of personal data in Germany]. *Economic and Law Issues*. 2012;45:322–326. (In Russian).
- [16] Proskuryakova MI. Konstitutsionno-pravovye osnovy zashchity personal'nykh dannykh v Rossii i Germanii v istolkovanii organov konstitutsionnogo pravosudiya [The constitutional and legal foundations of personal data protection in Russia and Germany in the interpretation of the bodies of constitutional justice]. *Comparative Constitutional Review*. 2015;1(104):29–44. (In Russian).
- [17] McDonald AM, Cranor LF. The Cost of Reading Privacy Policies. *Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2008;4(3):540–568.

- [18] Murphy R. *Social Distance and Veil*. In: Schoeman FD, editor. *Philosophical Dimensions of Privacy. An Anthology*. Cambridge, New York: Cambridge University Press; 1984. x, 426 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS:

Ivanskiy Valeriy P. — Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Administrative and Financial Law Department, Law Institute, RUDN University.

Contact information:

e-mail: ivansky_valera@mail.ru

Melnichuk Grigory V. — Candidate of Legal Sciences, Administrative and Financial Law Department, Law Institute, RUDN University.

Contact information:

e-mail: gregory@melnichuk.org



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-153-163

ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В УСЛОВИЯХ ТРАНСФОРМАЦИИ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ

А.Г. Балыхин

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

В наши дни местное самоуправление в Российской Федерации, возродившись после долгих лет забвения, находится в состоянии поиска дальнейшего пути развития. Более чем за двадцать лет существования в новых российских условиях были достигнуты определенные качественные показатели развития местного самоуправления. Вместе с этим очевидно прослеживается противоречивость государственной политики в области местного самоуправления и часто неоднозначный подход к ее реализации на всех уровнях публичной власти.

Государственная политика в данной сфере должна исходить из понимания того, что местное самоуправление, — это основа формирования гражданского общества в стране и, соответственно, локомотив ее поступательного демократического, правового развития в рамках существующего конституционного строя.

В статье исследуется вопрос совершенствования местного самоуправления и предлагаются систематизированные инструменты его развития посредством политики государственной власти.

Совершенствование законодательной базы по вопросам местного самоуправления в 2014–2016 гг. внесло определенные коррективы в решение вопросов муниципальной практики.

Правовые основы местного самоуправления как на федеральном, так и на региональном уровнях характеризуются достаточной степенью развитости и в целом позволяют решать задачи, стоящие перед местным самоуправлением. В целях обеспечения стабильности законодательства дальнейшие изменения должны носить преимущественно компетентностный характер. Определенное внимание следует уделить дальнейшему уточнению полномочий местной власти в отраслевом законодательстве, например, исключению функций, несвойственных местной власти, согласование полномочий органов местного самоуправления с вопросами местного значения, перечню вопросов местного значения сельских поселений, с учетом формирующихся в субъектах Российской Федерации устойчивых подходов к их дополнению, а также выработке положительной практики перераспределения полномочий.

Особо следует отметить проблему участия граждан в осуществлении местного самоуправления, где важнейшим потенциалом обладает территориальное общественное самоуправление. К примеру, несмотря на неравномерность своего развития в разных регионах, ТОСы являются эффективным инструментом вовлечения граждан в местное самоуправление, повышения активности жителей. Вместе с тем в перспективе в законодательном урегулировании нуждаются иные вопросы, возникающие на местном уровне и являющиеся частью государственной политики в

сфере местного самоуправления в условиях дальнейшей трансформации политической системы России.

Ключевые слова: местное самоуправление; муниципально-правовая политика; муниципальная реформа; политическая система; модернизация; гражданское общество; конституционный строй; публичная власть

В современной России местное самоуправление переживает сложные времена. Несмотря на отдельные важные достижения, в основном ситуация, в которой находится местное самоуправление, остается достаточно противоречивой. При этом проводимая на государственном уровне линия развития местного самоуправления все-таки не носит системного характера. Необходимо констатировать, что на высшем уровне публичной власти должны понять — только сильное и самостоятельное местное самоуправление — это путь для развития страны и что без него не удастся полноценно сформировать гражданское общество.

Проблема совершенствования государственной политики в сфере местного самоуправления остается одной из самых актуальных, о чем свидетельствуют научные работы специалистов в области конституционного и муниципального права [1; 2; 3; 4; 5; 6; 7].

В настоящее время Российская Федерация находится в условиях очень важного и непростого выбора приоритетных направлений и методов дальнейшего политико-правового и социально-экономического развития общества и государства, политической системы в целом. Реформирование политической системы общества, а вместе с ней и местного самоуправления как ее неотъемлемого и важнейшего элемента является первостепенной и принципиальной задачей всех уровней публичной власти, включающей федеральную, региональную и муниципальную власть.

Президент РФ В.В. Путин в своей статье «Демократия и качество государства» следующим образом раскрывает сущность модернизации политико-правовой системы, суть которой заключается в том, что власть должна и обязана говорить населению, людям, каждому человеку правду. Система должна быть выстроена таким образом, чтобы было создано состояние взаимной ответственности. С одной стороны, те лица, которые вырабатывают и принимают эти решения, должны нести полную ответственность за их реализацию. С другой стороны, общество, которое выбирает, делегирует своих представителей во власть, должно осознавать, кого оно выбирает, соответственно, нести ответственность за свой выбор¹.

В частности, профессор В.А. Черепанов соглашается с этим мнением и считает, что основным направлением преобразований является создание устой-

¹ Путин В.В. Демократия и качество государства // Газета «Коммерсантъ». 06.02.2012. № 20.

чивой общественной системы, где по средствам непосредственной демократии формируются органы власти и происходит контроль за ними [8. С. 207].

В рамках существующего к настоящему моменту мирового опыта Ю.А. Зуева выделяет две концептуальные модели политико-правовой институционализации местного самоуправления.

Во-первых, местное самоуправление создается государственной властью, встраивается в систему публичной власти, создавая на его основе платформу для государственного управления на местах, таким образом выстраивая парадигму развития самоуправления своим волевым решением.

Во-вторых, в каждом правовом и политическом пространстве существуют самоорганизующие его элементы, разные по своим свойствам, но находящиеся в тесной взаимосвязи с обществом, преимущественно с местным населением. Такое взаимодействие создается многолетними взаимоотношениями, базирующимися на самостоятельной самоорганизации населения [9. С. 6–9].

Рассмотрим, исходя из этих аспектов, какие проблемы и сложности стоят на пути развития современного местного самоуправления, какие направления и формы правового регулирования муниципальных отношений позволят заложить основы совершенствования местного самоуправления как политико-правового института.

Конституционно-правовая норма об отделении органов местного самоуправления от государства имеет, особенно в последние годы, политический декларативный характер. Муниципально-правовая практика, отражающая тенденции государственной политики, явно показывает о преимущественном государственном влиянии на местное самоуправление, создавая так называемую систему местных органов государственной власти.

По мнению С.В. Бондарева, необходимо отметить сложившуюся ситуацию, когда вся правовая и политическая конструкция современной Российской Федерации строится на восстановленной вертикали власти, необходимой для скрепления страны как единого политико-правового, историко-культурного пространства, где местное самоуправление все отчетливее выполняет функции местных органов государственной власти [10].

Исходя из этого достаточно актуальной нужно считать одну из задач, поставленных в программе Президента РФ В.В. Путина, в которой отмечается, что процесс создания демократии занимает длительное время. Демократические начала, присутствующие в каждом элементе общества, являются отражением самостоятельного развития, без его копирования по уже существующим образцам. Само общество должно осознать, что готово использовать механизмы демократического управления. Для этого необходимо научиться постоянно каждому члену общества вкладывать усилия в построение демократического общества, участвовать в сложных управленческих механизмах².

² Путин В.В. Демократия и качество государства // Газета «Коммерсантъ». № 20 от 06.02.2012.

При всем этом на настоящий момент времени существует целый ряд проблем, которые отражают состояние местного самоуправления. Например, заострим внимание на правовых особенностях местного самоуправления в городах федерального значения. Конституция РФ устанавливает основы местного самоуправления в Российской Федерации, не упоминая при этом об отличиях в принципах его организации в городах с разным правовым статусом. На практике мы видим совершенно иную картину в положении местного самоуправления, которое влияет на его функционирование и дальнейшее развитие.

Для решения данной проблемы следует выделить несколько основных направлений.

Во-первых, реализация конституционных прав граждан на местное самоуправление через преодоление отчуждения публичной власти от населения и обеспечения реальных условий выполнения гарантий существования местного самоуправления, которые поддерживаются государственной властью.

Во-вторых, создание таких условий, при которых бы не вызывало сомнения определяющая роль непосредственной демократии, в том числе на уровне местного самоуправления.

В-третьих, развитие всех форм общественного контроля населения за органами публичной власти, и в том числе муниципальной власти.

В-четвертых, детализация форм и создание обеспечительных механизмов в ответственности выборных и назначаемых должностных лиц местного самоуправления, непосредственно перед населением.

В первую очередь, для совершенствования и обеспечения реальных гарантий местного самоуправления необходимо возобновить процесс рассмотрения законодательного закрепления основ, общих принципов и реальных гарантий местного самоуправления. Отметим, что Федеральный закон № 131-ФЗ неоднократно подвергался изменениям, и сейчас настал момент, когда должен быть подготовлен новый закон о местном самоуправлении, базирующийся на следующих основаниях.

1. Должна быть четко определена правовая природа местного самоуправления исходя из двух противоречивых позиций: конституционной, отделяющей местное самоуправление от государственных органов и реальной ситуации, сложившейся в практике муниципального строительства. По нашему мнению, необходим политико-правовой компромисс, который бы, с одной стороны, не «вырывал» местное самоуправление из политической системы общества, а с другой стороны не подчинял бы муниципальные органы государственным органам управления через механизмы административной и финансовой зависимости. Важен законодательно установленный баланс (предел) государственного «присутствия» в местных органах власти.

2. Федеральный законодатель должен уйти от детальной регламентации организационных основ местного самоуправления, обозначив лишь общие их демократические принципы и ограничения, связанные с перегрузкой муници-

пальных администраций сложными и несвойственными им государственными функциями. Главным должен стать принцип субсидиарности: на местный уровень должно быть передано только то, что там может быть более эффективно реализовано или исполнено, при обязательном конституционном условии — достаточности финансовых и материальных ресурсов. В своей статье Президент РФ В.В. Путин особо отмечает, что передача полномочий внутри органов публичной власти должна быть разумной и обоснованной, исходить из эффективности результата такой передачи. Именно максимальная польза от выполнения определенной функции может быть критерием принятием решения ее передачи от одного органа власти другому. Только это позволит создать благоприятные условия для развития гражданского общества³.

3. Следует осмыслить существующий перечень полномочий органов местного самоуправления, понять необходимость делегирования им новых компетенций, наконец, принципиально решить вопрос финансового и материального обеспечения выполнения этих функций органами местного самоуправления.

В развитии данных рассуждений полезными видятся предложения Е.А. Крупиной. Она отмечает, что, во-первых, необходимо классифицировать все имеющиеся функции у местного самоуправления на те, которые свойственны муниципальной власти и являются сутью ее существования, и те, которые являются нетипичными для нее. Во-вторых, важным является уточнение уровней иерархичности функций местного самоуправления. В эту систему должны войти, первое, вопросы местного значения, которые делегируются субъектами Российской Федерации на уровень местного самоуправления, второе, вопросы, перераспределяемые муниципальными образованиями, путем соглашений между муниципалитетами, третье, уточнение вопросов поселений. В-третьих, добиться соответствия вопросов местного значения, регламентированных Федеральным законом № 131-ФЗ и отраслевым федеральным законодательством, для того, чтобы повысить прозрачность и эффективность их выполнения [11].

4. Важнейшей задачей, которую следует решить в кратчайшие сроки — это создание устойчивого финансового, экономического и материального обеспечения самоуправления. Главной целью должно стать понимание того, каким образом возможно повысить доходную часть бюджета и преодолеть нарастающие тенденции его дефицитности. Так, следует отметить, что лишь одну пятую бюджета муниципального образования составляют собираемые местные налоги, все остальное — это переданные в различном виде средства регионального и федерального бюджетов [12].

5. Серьезной проблемой, требующей своего законодательного решения, остается нехватка квалифицированных кадров. Большинство видов муници-

³ Путин В.В. Демократия и качество государства // Газета «Коммерсантъ». 06.02.2012. № 20.

пальных образований, особенно это касается сельских поселений, испытывают колоссальные кадровые трудности. Такая же проблема возникает и на районном уровне и в городских поселениях. Важно отметить, что большое количество выпускников ВУЗов по специальности «ГМУ», «юриспруденция», «экономка» так и не приступают к работе в органах местного самоуправления, предпочитая работу в органах региональной и федеральной государственной власти.

Одно из предложений и одним из возможных способов решения этой проблемы мог бы стать муниципальный заказ на подготовку молодых специалистов и переподготовку не имеющих профильного образования граждан, с последующим обязательным направлением их на работу в местные органы власти и управления.

Более того, исходя из поставленной Президентом РФ задачи местное самоуправление должно быть «профессионально-политическим училищем» для формирования ключевых компетенций формирующегося политика, который стремится к своему совершенствованию. Работая на уровне местного самоуправления, молодой политик сможет научиться правильному пониманию механизмов общения с различными группами населения, сможет выработать навыки выражения и продвижения своих мыслей, а также усовершенствовать процедуры защиты прав своих избирателей.

Именно поэтому необходимо внести в федеральное законодательство о политических партиях, о выборах в государственные органы и о государственной гражданской службе положения, обязывающие начинать свою политическую и государственную карьеру в муниципальных органах власти и управления.

О преодолении подобных диспропорций на муниципальном уровне Президент РФ отмечал, что местное самоуправление должно оставаться самой близкой властью к народу, чтобы каждый имел возможность обратиться в органы местного самоуправления. Кроме того, следует решить вопрос финансовой самостоятельности и автономии местного самоуправления. Этот сложный процесс, когда нужно будет отказаться от финансовых вливаний со стороны государственной власти в местные бюджеты, которые делают их менее самостоятельными и лишают смысл самого существования местного самоуправления⁴.

Вторым направлением совершенствования местного самоуправления является обеспечение доминирующей роли непосредственной демократии при решении публичных вопросов. Это связано с закреплением в законодательстве конкретного перечня компетенций органов местного самоуправления, решение которых может произойти исключительно путем использования установленных форм непосредственной демократии (референдумом, сходом, собранием, конференцией и т.п.), и никаких оговорок, предоставляющих это право исполнительным органам, быть не должно.

⁴ Путин В.В. Демократия и качество государства // Газета «Коммерсантъ». 06.02.2012. № 20.

Третьим направлением совершенствования местного самоуправления должно стать развитие процедур общественного контроля в области местного самоуправления. Нормативно-правовой базой осуществления общественного контроля является целый ряд специальных законодательных актов⁵, помимо этого регулирование общественного контроля осуществляется рядом отраслевых законов⁶, а также некоторых Указов Президента РФ⁷. В них достаточное место уделено развитию информационной открытости, в том числе органов местного самоуправления, а также созданию механизмов участия граждан в подготовке и принятии решений органов власти.

Концептуально можно отметить, что данный вид контроля базируется на целой системе определенных действий:

- максимальная открытость информации о работе органов местного самоуправления;
- внедрение механизма публичных обсуждений при подготовке решений;
- обязательное проведение при принятии социально значимых решений общественной экспертизы;
- создание открытых рейтингов эффективности работы органов местного самоуправления;
- включение в общественные советы, рабочие группы, коллегии органов местного самоуправления представителей гражданского общества.

⁵ Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2014. № 30 (часть I). Ст. 4213; Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2003. № 40. Ст. 3822; Федеральный закон от 4 апреля 2005 г. № 32-ФЗ «Об Общественной палате Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2005. № 15. Ст. 1277; Федеральный закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2006. № 19. Ст. 2060; Федеральный закон от 10 июня 2008 г. № 76-ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания» // *Собрание законодательства РФ*. 2008. № 24. Ст. 2789.

⁶ Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» // *Собрание законодательства РФ*. 2011. № 7. ст. 900; Федеральный закон от 14 марта 2002 г. № 30-ФЗ «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2002. № 11. Ст. 1022; Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 315-ФЗ «О саморегулируемых организациях» // *Собрание законодательства РФ*. 2007. № 49. Ст. 6076; Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» // *Собрание законодательства РФ*. 2006. № 12. Ст. 1232; Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 2002. № 23. Ст. 2102.

⁷ Указ Президента РФ от 4 июля г. 2006 № 842 «О порядке образования общественных советов при федеральных министерствах, федеральных службах и федеральных агентствах, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, при федеральных службах и федеральных агентствах, подведомственных этим федеральным министерствам» // *Собрание законодательства РФ*. 2006. № 32. Ст. 3539; Указ Президента РФ от 23 мая 2011 г. № 668 «Об общественных советах при Министерстве внутренних дел Российской Федерации и его территориальных органах» // *Собрание законодательства РФ*. 2011. № 22. Ст. 3154.

Четвертым направлением совершенствования правового регулирования местного самоуправления является конкретизация форм и обеспечение реальных механизмов ответственности выборных и назначаемых должностных лиц местного самоуправления перед населением. Как отмечал Президент РФ, в каждом муниципалитете не только их главы и депутаты должны получать оценку от населения, но и иные местные чиновники, непосредственно влияющие на качество жизни на местах⁸.

На основании вышесказанного отметим, что обозначенные проблемы являются лишь основными, стоящими на пути дальнейшего развития местного самоуправления. Следует отметить, что на основании проведенного анализа можно понять, что они носят системный и массовый характер. Фактически каждый муниципалитет сегодня сталкивается с данными проблемами. Естественно, что формирование действенного местного самоуправления является не простым и долгим процессом, требующим политико-правового решения, финансово-экономических затрат. При этом подчеркнем, что только лишь изменениями законов не удастся достигнуть положительного результата в поступательном развитии местного самоуправления. Важно осознание сути местного самоуправления, его ключевой роли в развитии государства и общества, которая не возможна без ясной государственной политики в этой области.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Авакьян С.А.* Некоторые мысли о состоянии и перспективах конституционно-политического развития России // *Вестник Московского университета. Серия 11: Право.* 2016. № 1. С. 3–17.
- [2] *Васильев В.И.* Местное самоуправление на пути централизации и сокращения выборности // *Журнал российского права.* 2015. № 9. С. 149–161.
- [3] *Костюков А.Н.* Реформа в никуда // *Конституционное и муниципальное право.* 2014. № 4. С. 58–63.
- [4] *Пешин Н.Л.* Новые тенденции муниципальной реформы: уровень городских округов и муниципальных районов // *Конституционное и муниципальное право.* 2015. № 1. С. 57–61.
- [5] *Чихладзе Л.Т.* Развитие местного самоуправления в рамках концепции федеральных законов «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ // *Вестник Московского университета МВД России.* 2015. № 4. С. 40–48.
- [6] *Шугрина Е.С.* Новый этап муниципальной реформы или контрреформирование контрреформ? // *Конституционное и муниципальное право.* 2015. № 4. С. 68–71.
- [7] *Бондарь Н.С., Георгиева Т.П.* Устав муниципального образования как «муниципальная конституция» // *Проблемы права.* 2016. № 2 (56). С. 11–20.

⁸ *Путин В.В.* Демократия и качество государства // Газета «Коммерсантъ». 06.02.2012. № 20.

- [8] *Черепанов В.А.* О реформировании политической системы общества // Конституционное право и политика: сборник материалов международной научной конференции: юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. 28–30 марта 2012 г. / отв. ред. Авакьян С.А. М.: Издательская группа «Юрист», 2012. С. 206–210.
- [9] *Зуева Ю.А.* Институты местного самоуправления в процессе политико-правовой модернизации российского государства и общества // Юрист-Правоведь. 2009. № 1. С. 6–9.
- [10] *Бондарев С.В.* Местное самоуправление в контексте отечественной политико-правовой модернизации // Философия права. 2008. № 2. С. 91–93.
- [11] *Крупнина Е.А.* Местное самоуправление в контексте политического реформирования 2000–2008 гг. // Вестник Тамбовского университета. Сер. Гуманитарные науки. 2010. Вып. 1 (81). С. 291–296.
- [12] *Шуба К.* Местное самоуправление в современной России: достижения и проблемы // Власть. 2010. № 8. С. 65–67.

© Балыхин А.Г., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Балыхин Артем Григорьевич — соискатель кафедры муниципального права Юридического института РУДН.

Контактная информация:

e-mail: mail@munlaw.ru

**PROBLEMS OF IMPROVING OF STATE POLICY
IN THE LOCAL SELF-GOVERNMENT AREA
IN THE PROCESS OF TRANSFORMATION
POLITICAL SYSTEM OF RUSSIA**

A.G. Balykhin

RUDN University

Law Institute

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

After many years of deadlock, the local government is looking for further development in the Russian Federation. Some results have been achieved on the development of local government in more than twenties years under Russian conditions. However, there is some controversy of public policy for local government and also there is the mixed approach of realization of public policy at all levels of public authority.

In this case the State policy must be built on the understanding that the local government is the basis for creation of civil society in Russia and it is a “locomotive” of the democratic and legal development.

The article analyses the issue of improvement of the local government and proposes systematic tools of its development through the policies of the government. Improving the legal framework for local government in the 2014–2016. It has made certain adjustments to the solution of practical problems of municipal practices. The legal basis of local self-government at both the federal and regional levels are characterized by sufficiently developed and in general allow us to solve the challenges facing local government. In order to ensure stability of legislation, further changes should be primarily competence in nature. Particular attention should be given to further clarify the powers of local authorities in sectoral legislation, such as the exclusion of functions unusual for local authorities, the coordination of local government powers to local issues, the list of issues of local importance of rural settlements, taking into account emerging in the regions of the Russian Federation, sustainable approaches to their complement), as well as the operating time of the positive powers of redistribution practices. Of particular note is the problem of citizen participation in local government, where the key potential has territorial self-government. Despite the unevenness of development in different regions, TOS is an effective tool for engaging citizens in local self-government, improve the activity of the inhabitants. However, in the long term in the legislative resolution of other issues need arising at a local level and are part of the state policy in the sphere of local self-government in terms of further transformation of Russia's political system.

Key words: local government; municipal and legal policy; the municipal reform; the political system; modernization; civil society; the constitutional system; public power

REFERENCES

- [1] Avakian SA. Some thoughts on the status and prospects of the constitutional and political development of Russia. *Moscow University Bulletin. Law*. 2016;1:3–17. (In Russian).
- [2] Vasil'ev VI. Local Self Government on the Way to Centralization and Reduction of Electivity. *Journal of Russian Law*. 2015;9:149–161. (In Russian).
- [3] Kostykov AN. A reform to nowhere. *Constitutional and Municipal Law*. 2014;4:58–63. (In Russian).
- [4] Peshin NL. New tendencies of municipal reform: level of city districts and municipal districts. *Constitutional and Municipal Law*. 2015;1:57–61. (In Russian)
- [5] Chikhladze LT. Development of local government within the concept of federal laws «About the general principles of the organization of local government in the Russian Federation» of August 28, 1995 No. 154-FZ and «About the general principles of the organization of local government in the Russian Federation» of October 6, 2003 No. 131-FZ. *Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD Rossii*. 2015;4:40–48. (In Russian).
- [6] Shugrina ES. New stage of municipal reform or counter-reforming of counter-reforms? *Constitutional and Municipal Law*. 2015;4:68–71. (In Russian).
- [7] Bondar NS, Georgieva TP. Charter of the municipal formation as the “municipal constitution”. *Issues of Law*. 2016;2(56):11–20. (In Russian).
- [8] Cherepanov VA. O reformirovanii politicheskoi sistemy obshchestva [The reform of the political system of society]. In: Avakian SA. (ed.) *Konstitutsionnoe pravo i politika: sbornik materialov mezhdunarodnoi nauchnoi konferentsii: yuridicheskii fakul'tet MGU im. M.V. Lomonosova, 28-30 March 2012* [Constitutional law and politics: a Collection of Materials of the International Scientific Conference, 28-30 March 2012, Moscow]. Moscow: Izdatel'skaya gruppa «Yurist»; 2012. p. 206–210. (In Russian).
- [9] Zueva YA. Local self-administration institutions in the process of political and legal modernization of the Russian state and society. *Jurist-Pravoved*. 2009;1:6–9. (In Russian).
- [10] Bondarev SV. Local self-government in a context of state legal-political modernization. *Philosophy of law*. 2008;2:91–93. (In Russian).

- [11] Krupinina EA. Local government in a context of political reforming of 2000–2008. *Tambov University Review. Series Humanities*. 2010;1(81):291–296. (In Russian).
- [12] Shuba K. Mestnoe samoupravlenie v sovremennoi Rossii: dostizheniya i problemy. *Vlast'*. 2010;8:65–67. (In Russian).

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Balykhin Artem G. — Post-graduate student, Municipal Law Department, Law Institute, RUDN University.

Contact information:

e-mail: mail@munlaw.ru



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-164-167

**РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ Т.Я. ХАБРИЕВОЙ
«КОНСТИТУЦИОННАЯ РЕФОРМА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ»
(М.: НАУКА РАН, 2016. 320 с.)**

А.А. Клишас

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

Рецензия посвящена комплексной оценке монографии академика Российской академии наук, вице-президента Российской академии наук, доктора юридических наук, профессора, директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заслуженного юриста РФ Т.Я. Хабриевой, посвященной исследованию конституционной реформы в современном мире.

Особое внимание уделяется содержательным аспектам работы, современному состоянию разработанности научной проблематики, являющейся предметом рассмотрения автора монографии. По мнению автора рецензии, монография вносит значительный вклад в обобщение сложившихся представлений о конституционной реформе в российской и зарубежной науке, приведенные в работе выводы могут быть в значительной степени полезны в процессе государственного строительства, выработки потенциальных подходов и моделей построения системы законодательства и его реформирования.

Ключевые слова: конституционная реформа; конституция; конституционное право

Рецензируемая монография представляет собой комплексное научное исследование, посвященное конституционной реформе в современном мире. В монографии автором осуществляется обобщение опыта конституционных реформ в различных аспектах осуществления таковых в историческом, социальном и политическом контекстах.

Актуальность рассмотренной автором темы обусловлена значительным числом факторов, ключевым из которых является высокий динамизм общественных отношений в современном мире, который задает тон повестке дня для государственного строительства в различных его проявлениях.

Монография состоит из пяти глав, каждая из которых посвящена отдельным аспектам конституционных реформ.

В первых двух главах монографии автором приводится анализ наиболее общих для рассмотренного вопроса аспектов — вопросов теории конституции и

пределов реформирования конституции, отдельно оговариваются такие аспекты, как легальность и легитимность конституционных изменений. Третья и четвертая главы посвящены различным особенностям конституционных реформ, их целям, моделям осуществления. Пятая глава, дополняя положения предыдущих глав, оговаривает вопросы соотношения конституционной реформы и текущего законодательства, правоприменительной (правореализационной) практики.

Существенная часть монографии посвящена теории конституционно-правовых реформ, включает обобщение теоретических представлений о конституционных реформах на различных этапах эволюции общества, государства и права. В работе достаточно подробно разработаны «модельные» аспекты конституционно-правового реформирования, а также описаны объективные модели эволюции конституционно-правовых институтов.

Значительное внимание автором монографии уделено расставлению акцентов на понятийно-категориальном аппарате рассмотренного вопроса, на соотношении таких понятий, как «изменение конституции», «поправка к конституции», «реформа конституции» и «пересмотр конституции». Автор соотносит элементы различных аспектов с такими способами изменения конституции, как конституционная реформа и конституционная модернизация (новеллизация), определяет и характеризует их юридические составляющие.

Автором обобщены сложившиеся в науке конституционного права представления о свойствах конституционно-правовых реформ, анализируются вновь закрепившиеся в зарубежном научном обороте понятия.

Стоит особенно отметить, что комплексный характер исследования выражается в том числе в том, что автором монографии значительное внимание уделено реформированию конституционно-правовых отношений через механизмы толкования конституции, осуществляемое различными субъектами, в том числе органами конституционного контроля («конституционная реформа «без реформы»»), реформе «фактической конституции», приводятся и обобщаются сложившиеся в зарубежной науке конституционного права представления о таком способе реформы конституции. Отдельно автором монографии делается акцент на эволюции конституционных положений через наполнение их смыслом нормами текущего законодательства, анализируются способы минимизации деструктивных проявлений, связанных с недостаточным качеством законопроектов, оговаривается необходимость разработки на доктринальном уровне критериев, вносимых в текущее законодательство изменений, определяющих реальную потребность в принятии законодательных решений.

Монография включает существенный сравнительно-правовой элемент, состоящий в анализе опыта и выделении моделей конституционно-правовых реформ в разносистемных правовых порядках, выводит результаты такого анализа на теоретический уровень обобщения, что и образует квинтэссенцию научной но-

визны работы. Отдельно заслуживают внимания такие аспекты работы автора, как анализ социальных аспектов конституционной реформы.

Следует заключить, что монография вносит значительный вклад в обобщение сложившихся представлений о конституционной реформе в российской и зарубежной науке, приведенные в работе выводы могут быть в значительной степени полезны в процессе государственного строительства, выработки потенциальных подходов и моделей построения системы законодательства и его реформирования.

© Клишас А.А., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Клишас Андрей Александрович — доктор юридических наук, профессор, научный руководитель Юридического института РУДН, заведующий кафедрой теории права и государства Юридического института РУДН, председатель Комитета Совета Федерации по конституционному законодательству, правовым судебным вопросам, развитию гражданского общества, основатель фонда современной истории, член Президиума ВАК Министерства образования и науки РФ, член попечительского совета Ассоциации юристов России, заслуженный юрист РФ.

Контактная информация:

e-mail: klishas_aa@rudn.university.

**REVIEW OF THE MONOGRAPH:
T.Y. KHABRIEVA “CONSTITUTIONAL REFORM
IN TODAY’S CONTEXT”
(MOSCOW: RAS NAUKA; 2016. 320 P.)**

A.A. Klishas

RUDN University
Law Institute

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

This review evaluates the monograph written by Academician of the Russian Academy of Sciences, Vice-President of the Russian Academy of Science, Doctor of Law, Professor, Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Honored Lawyer of the Russian Federation Talia Y. Khabrieva devoted to the research of constitutional reform in today’s context.

Special attention is paid to the substantial aspects of the monograph, the current development of the scientific issues on this subject. The review’s author emphasizes that the reviewed book makes a significant contribution to the synthesizing attitudes about constitutional reform in Russian and foreign science, the conclusions given in the monograph can greatly contribute in the nationbuilding process, to develop potential approaches and improving the legislation.

Key words: constitutional reform; constitution; constitutional law

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Klishas Andrey A. — Doctor of Legal Science, Professor, Scientific Supervisor, Law Institute, Theory of Law and State Department, RUDN University, Chairman of the Federation Council Committee on Constitutional Legislation, Legal Judicial Affairs, development of civil society, founder of Modern History Foundation, member of the Presidium of the Higher Attestation Commission, Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Member of the Board of Trustees for Lawyers of Russia Association, Honored Lawyer of the Russian Federation.

Contact information:

e-mail: klishas_aa@rudn.university.



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-168-170

**РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ Т.Я. ХАБРИЕВОЙ
«КОНСТИТУЦИОННАЯ РЕФОРМА
В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ»
(М.: НАУКА РАН, 2016. 320 с.)**

В.В. Еремян

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

Работа является рецензией на монографию «Конституционная реформа в современном мире» академика Российской академии наук, вице-президента Российской академии наук, доктора юридических наук, профессора, директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, заслуженного юриста РФ Т.Я. Хабриевой. Эта монография, вышедшая в свет в 2016 г., посвящена обобщению современного опыта конституционных реформ.

Рецензия содержит высокую оценку актуальности и уровня исследования в монографии. По мнению автора рецензии, монографию следует рассматривать в качестве теоретического фундамента для сравнительно-правовых исследований по различным направлениям науки публичного права.

Ключевые слова: конституционная реформа; конституция; конституционное право

Монография «Конституционная реформа в современном мире» вновь актуализирует давно обозначенную и «отчасти спящую» проблематику. Реформирование конституции в том или ином правовом порядке, как правило, восходит к определенной разбалансировке государственно-политических сил, следствия чего обычно не заставляют себя долго ждать. Такими следствиями могут быть как проведение прогрессивной конституционной реформы, так и конституционно-политический кризис, собственно вызванный непродуманностью и непоследовательностью такой реформы.

Монография посвящена конституционной реформе как явлению государственного строительства, теории конституционной реформы. Монография включает пять глав, каждая из которых посвящена отдельным аспектам теории конституции и конституционной реформы, государственной практики ее осуществления.

Первая глава монографии посвящена, главным образом, теории конституции, ее ценностному содержанию, аспектам эволюции современного конституционализма, моделям конституционного развития.

Предмет исследования второй главы образуют вопросы, касающиеся пределов конституционных реформ, проводимых посредством различных конституционных изменений, легальности и легитимности как характеристик конституционных изменений.

Третья и четвертая главы образуют смысловое ядро работы, состоящее в описании и обобщении достижений отечественной и зарубежной науки конституционного права по вопросу конституционных реформ. Главы включают описание юридического состава различных моделей конституционных реформ, иллюстрируют примерами государственной практики различных правопорядков.

Положения пятой главы дополняют содержание предыдущих глав нормативно-практическими аспектами, связанными с реформированием или эволюцией конституции по той или иной модели, выводы данной главы могут оказать практическую полезность в контексте эволюции российского конституционализма и государственного строительства.

Важно заметить, что каждая из глав включает элементы сравнительно-правового анализа, при этом сравнительно-правовая география в достаточной степени обширная, включает множество правопорядков различных правовых семей и традиций, что также высоко характеризует работу.

Несомненной заслугой автора является логически выверенное выделение моделей конституционного реформирования, отражение в работе различных «граней» конституционных реформ в разносистемных правопорядках, обозначение юридического состава конституционных реформ, содержания его элементов, расширенных примерами из государственной практики, этапов конституционного реформирования.

Автором абсолютно справедливо акцентировано внимание на реформировании конституции «без реформы», что является актуальным для России с учетом «неисчерпанности» потенциала российской Конституции.

Нашедшие отражение в монографии выводы способны быть полезными для российского конституционного законодателя, ряд обозначенных аспектов, представляется, могут стать «опорным толчком» для реформирования нормотворческого процесса в его системной увязке с толкованием Конституции России.

Таким образом, работа автора обладает значительной научной новизной, выраженной в том числе в комплексном и системном обобщении сложившихся представлений о конституционной реформе как в отечественной, так и в зарубежной науке, а также в существенном сравнительно-правовом элементе работы.

В качестве потенциального продолжения исследования разумно было бы определить рассмотрение в сравнительно-правовой плоскости различных моделей конституционно-правовых реформ и их элементов по отдельным блокам разносистемных государств с дальнейшей экстраполяцией результатов анализа на их правовые традиции.

Монографию справедливо рассматривать в качестве теоретического фундамента для сравнительно-правовых исследований по различным направлениям науки публичного права, так или иначе затрагивающим вопросы государственного строительства.

© Еремян В.В., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Еремян Виталий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права и конституционного судопроизводства Юридического института РУДН, член Высшей квалификационной коллегии судей РФ, член Экспертного совета по праву Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки РФ, академик Российской академии естественных наук.

Контактная информация:

e-mail: eremyan_vv@rudn.university.

**REVIEW OF THE MONOGRAPH:
T.Y. KHABRIEVA “CONSTITUTIONAL REFORM
IN TODAY'S CONTEXT”
(MOSCOW: RAS NAUKA; 2016. 320 P.)**

V.V. Yeremyan

RUDN University
Law Institute

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

The present paper is the review of the monograph “Constitutional reform in today's context” written by Academician of the Russian Academy of Science, Vice-President of the Russian Academy of Science, Doctor of Law, Professor, Director of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Honored Lawyer of the Russian Federation Talia Y. Khabrieva. This monograph has appeared in 2016, it sets out to dedicate to the modern lessons learned in the constitutional reform area.

The review contains a high level assessment of the relevance and research in the monograph. In the opinion of the author of the present review, the monograph should be viewed as a theoretical foundation for comparative legal research in various fields of science of public law.

Key words: constitutional reform; constitution; constitutional law

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Yeremyan Vitaliy V. — Doctor of Legal Science, Professor, Head of Constitutional Law and Constitutional Proceedings Department, Law Institute, RUDN University, Member of the Supreme Qualification Collegium of Judges, Member of the Expert Council of the Law of the Higher Attestation Commission of the Russian Federation Ministry of Education and Science, Academician of the Russian Academy of Natural Sciences.

Contact information:

e-mail: eremyan_vv@rudn.university



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-171-172

70-ЛЕТИЕ В.П. МАЛАХОВА

Данный материал посвящен 70-летию юбилею доктора юридических наук, профессора Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя Валерия Петровича Малахова, специалиста в области философии права, методологии права, теории права и государства.

Ключевые слова: В.П. Малахов; юбилей; философия права; теория права и государства

27 февраля 2017 г. отмечает семидесятилетний юбилей замечательный ученый — профессор кафедры теории государства и права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя, Заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, доктор юридических наук, кандидат философских наук, профессор, полковник полиции в отставке Валерий Петрович Малахов.

Валерий Петрович родился 27 февраля 1947 г. в Москве. В 1970 г. успешно окончил философский факультет Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова. После прохождения офицером воинской службы в Группе советских войск в Германии в 1972 г. поступил на работу в Высшую школу МВД СССР.

Закончив обучение в заочной аспирантуре своей *alma mater* и успешно защитив диссертацию на соискание ученой степени кандидата философских наук на тему «Моральные ценности и их место в системе нравственного воспитания», в 1975 г. перешел на преподавательскую работу во вновь образованное учебное заведение — Московскую высшую школу милиции МВД СССР. С этим учебным заведением, которое за его долгую историю несколько раз переименовывалось, а в 2002 г. стало частью Московского университета МВД России, оказалась неразрывно связанной вся дальнейшая жизнь и творческая судьба Валерия Петровича. Именно здесь он защитил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Природа, содержание и логика правосознания», получил ученое звание профессора, организовал и возглавил кафедру теории государства и права. Выйдя в отставку, Валерий Петрович продолжил трудиться на родной для него кафедре в должности профессора, преподавать, писать, растить учеников.

Валерий Петрович Малахов вносит огромный вклад в развитие отечественной теории права и государства и юридического образования. Область его научных интересов — философия права и правосознания, методология общеправовой теории, теория правосознания, права человека, правовая теория госу-

дарства и гражданского общества, история политической и правовой мысли, а также традиционная и современная нормативная логика. Им подготовлено более 150 научных публикаций, среди которых множество монографий («Логика в юридической теории и практике», «Правосознание: природа, содержание, логика», «Правовое пространство», «Право в его универсальности, особенности и конкретности», «Концепция философии права», «Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории», «Мифы современной общеправовой теории» и др.), учебники и учебные пособия («Нормативная логика в правовом мышлении», «Формальная логика для юристов», «Философия права», «Введение в философию права», «Основы философии права», «Теория государства и права», «История политических и правовых учений. Хрестоматия», «Философия права: идеи и предположения», «Философия права: формы теоретического мышления о праве», «Общая теория права и государства. К проблеме правопонимания», «Гражданское общество» и др.), а также множество статей, неизменно вызывающих интерес научного сообщества.

Валерий Петрович Малахов — не только одаренный ученый, но и замечательный педагог, талантливый организатор науки. Он является основателем оригинальной научной школы, получившей признание в научном мире. Под его мудрым руководством защитило диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук и доктора юридических наук множество учеников, которые, помимо Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя, трудятся во многих высших учебных заведениях профессионального образования в разных уголках страны.

Несмотря на то, что преподавательская и научная деятельность Валерия Петровича связана прежде всего с высшими учебными заведениями системы МВД, он на протяжении многих лет тесно сотрудничает с Юридическим институтом Российского университета дружбы народов. Принимает активное участие в работе диссертационного совета Д 212.203.21. С удовольствием выступает с докладами на конференциях, проводимых в Российском университете дружбы народов, в том числе — в рамках ежегодно проводимых Жидковских чтений.

Коллектив Юридического института Российского университета дружбы народов искренне поздравляет Валерия Петровича Малахова с семидесятилетием и сердечно желает крепкого здоровья, благополучия, новых интересных работ и талантливых учеников!

70TH ANNIVERSARY OF V.P. MALAKHOV

The material focuses to the 70th anniversary of Doctor of Law, Professor of Moscow University of Ministry of Internal Affairs of Russia n. a. V.Ya. Kikot V.P. Malakhov, a specialist in the fields of philosophy of law, methodology of law, theory of law and state.

Key words: V.P. Malakhov; anniversary; philosophy of law; theory of law and state

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал
ВЕСТНИК РУДН
Серия «Юридические
науки»

20831

(индекс издания)

Количество
комплектов:

на **2017** год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДОСТАВОЧНАЯ КАРТОЧКА

ПВ	место	литер

на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

Стои- мость	подписки	руб. ___ коп.	Количество комплектов:
	переадресовки	руб. ___ коп.	

на **2017** год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДЛЯ ЗАМЕТОК

ф. СП-1

ФГУП «ПОЧТА РОССИИ»

АБОНЕМЕНТ на журнал
ВЕСТНИК РУДН
Серия «Юридические
науки»

20831

(индекс издания)

Количество
комплектов:

на **2017** год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДОСТАВОЧНАЯ КАРТОЧКА

ПВ	место	литер

на журнал

20831

(индекс издания)

ВЕСТНИК РУДН

Серия «Юридические науки»

Стои- мость	подписки	руб. ___ коп.	Количество комплектов:
	переадресовки	руб. ___ коп.	

на **2017** год по месяцам

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12

Куда

(почтовый индекс)

(адрес)

Кому

(фамилия, инициалы)

ДЛЯ ЗАМЕТОК